

Rekkevidden av artikkel 51 i FN-pakten

Når har en stat anledning til å gjøre seg nytte av retten til
selvforsvar

Kandidatnummer: 504

Til sammen 17 557 ord

25.04.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Problemstilling for oppgaven	2
1.2	Avgrensning av oppgaven	2
1.3	Rettskilder og metode	3
<u>2</u>	<u>ANALYSE AV INNHOLDET I ARTIKKEL 51, SPRÅKLIG TOLKNING OG FORSTÅELSE</u>	<u>4</u>
2.1	Forholdet mellom artikkel 2(4) og artikkel 51	4
2.2	Artikkel 51s historie og bakgrunn	6
2.3	Artikkel 51s to tolkningsmåter	8
2.3.1	Restriktiv fortolkning	8
2.3.2	Utvidende fortolkning	10
2.4	Hva menes med uttrykket ”armed attack”	12
2.4.1	Situasjoner som kan kvalifisere til et ”armed attack”	13
<u>3</u>	<u>SELVFORSVAR MOT ANGREP FRA ANNEN STAT</u>	<u>18</u>
3.1	Forholdet til FNs sikkerhetsråd	18
3.1.1	Rapportens innhold	19
3.1.2	Behandlingen i sikkerhetsrådet	19
3.1.3	Følgene av at det ikke blir sendt noen rapport	23
3.2	Grunnleggende prinsipper for selvforsvarsangrepet	25
3.3	Retten til kollektivt selvforsvar	29

<u>4</u>	<u>SELVFORSVAR MOT ANGREP FRA ANNET ENN EN STAT</u>	<u>32</u>
4.1	Er retten til selvforsvar anvendelig mot ”non-state actors”	33
4.2	Når kan retten til selvforsvar anvendes mot ”non-state actors”, eventuelt statene de måtte operere fra?	37
<u>5</u>	<u>RETTE TIL SELVFORSVAR MOT ANGREP SOM ENDA IKKE HAR FUNNET STED</u>	<u>43</u>
5.1	Begrepsavklaring	44
5.2	Hjemmel for retten til selvforsvar mot angrep som enda ikke har funnet sted	46
5.2.1	Hjemmel i art.51	46
5.3	Hjemmel i sedvanerett/statspraksis	49
5.4	Oppsummering	56
<u>6</u>	<u>ETTERORD</u>	<u>56</u>
<u>7</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>58</u>
<u>8</u>	<u>REGISTER</u>	<u>59</u>

1 Innledning

Lite har vært så ødeleggende for mennesket gjennom dets eksistens som krig. Ingen naturkatastrofer har greid å ta så mange menneskeliv, gjort så store ødeleggelser, og påført så mye smerte, som mennesket selv har greid å påføre seg gjennom sin aggressive adferd. ”*Angrep er det beste forsvar*”, er et ordtak som de fleste av oss er kjent med, og det ligger mye sannhet i dette. Lite kan vel sies å være så effektivt som å komme fienden i forkjøpet, og dermed unngå å bli utsatt for de ødeleggende handlinger som var planlagt ovenfor en.

Selvforsvarsretten er noe av det mest elementære innen naturretten, og er noe enkeltmennesket alltid har praktisert. Ved dannelsen av statene, og når de første krigene brøt ut mellom dem, ble den også et viktig prinsipp innen statsretten og folkeretten. Det er den sistnevnte retten til selvforsvar for stater, som er hovedtemaet for denne oppgaven. I motsetning til for mennesket generelt, finnes det ikke noe verdenspoliti som passer på når noen gjør noe galt. Dannelsen av FN i 1947 har vært det mest omfattende forsøket på å lovregulere og avtalefeste, hvordan land skal oppføre seg i relasjon til hverandre. Gjennom denne pakten har man forsøkt å begrense bruken av makt til et minimum, med et generelt maktbruksforbud i artikkel 2(4). Til dette forbudet er det bare blitt gitt to unntak; maktbruk godkjent av FNs sikkerhetsråd, og retten til selvforsvar i artikkel 51. Selv om man da skulle tro at området var tilstrekkelig lovregulert, er det fortsatt mange dilemmaer som reiser seg. Det skyldes først og fremst de folkerettslige reglernes vaghet, samt den posisjonen som sedvaneretten fortsatt innehar på dette området.

1.1 Problemstilling for oppgaven

Den generelle problemstillingen for oppgaven blir dermed: Hva er rekkevidden av artikkel 51 i FN-pakten. Når har en stat anledning til å gjøre seg nytte av retten til selvforsvar, og når handler man eventuelt utenfor de grenser som artikkel 51 oppstiller. Denne problemstillingen vil bli anvendt opp mot tre forskjellige tenkte scenarioer. Den første er de klassiske tilfellene der en stat angriper en annen. Hvordan skal en stat i slike tilfeller forholde seg til FN, hvilke prinsipper må det tas hensyn til, og hvilken rett har stater til å stå sammen mot angrep i såkalt kollektivt selvforsvar.

Det andre tilfellet dreier seg om artikkel 51 på generelt grunnlag vil kunne være anvendelig mot såkalte ”*non-state actors*”, og hvilke vilkår som må være oppfylt for at slike selvforsvarshandlinger eventuelt skal kunne være lovlige.

Det tredje tilfellet som vil bli behandlet er retten til selvforsvar mot angrep som enda ikke har funnet sted. Vil dette kunne forsvares med grunnlag i artikkel 51, eventuelt med grunnlag i sedvanerett/statspraksis.

1.2 Avgrensning av oppgaven

Opgaven tar bare for seg den såkalte ”*jus ad bellum*” som omhandler når man har rett til maktanvendelse. Det hele er dermed avgrenset mot den såkalte ”*jus in bello*” som gir regler for hvordan krig skal føres. Jeg vil heller ikke behandle forholdet til represalier eller humanitære intervensjoner, og det vil heller ikke bli lagt vekt på retten til maktbruk som er iverksatt av FN jf. kapittel VII i FN-pakten.

1.3 Rettskilder og metode

De folkerettslige kilder og metode skiller seg noe fra den man er vant med å bruke når man behandler norsk rett. I motsetning til nasjonal rett, som gjerne er hierarkisk oppbygget, gjerne med en grunnlov på toppen, bærer folkeretten preg av å være et horisontalt system. De rettskildene som blir vektlagt, finner man en pekepinn på i statuttene for Den Internasjonale domstol (ICJ) artikkel 38(1). Listen er ikke uttømmende.

1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;

b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;

c. the general principles of law recognized by civilized nations;

d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

Selv om man kan si at det hele er et horisontalt system, er det naturlig å gi en viss grad av forrang til internasjonale konvensjoner og traktater, for så å anvende sedvaneretten når en slik avtale ikke finnes¹. Disse to nevnte rettskildene er de mest sentrale i folkeretten, da konvensjonene er bindende for alle som har ratifisert dem, mens sedvaneretten er bindende for alle verdens stater. Det er også viktig å poengtere at internasjonale dommer også er bindende, men da bare mellom de parter som dommen involverer, og bare i den saken som dommen gjelder. Man anvender dermed ikke den prejudikatslæren som man er vant med fra norsk rett. Sammen med juridisk litteratur danner de likevel en viktig kilde for å fastlegge hvordan folkeretten skal anvendes og tolkes.

Ser man litt nærmere på traktater/konvensjoner, finner man en egen konvensjon på hvordan man skal fortolke slike. Denne er kjent som Wienkonvensjonen om traktatretten, av 23. mai

¹ Ruud og Ulfstein (2002) s.49

1969. Man vil ved en gjennomgang av denne konvensjonen se, at det er et generelt prinsipp at man skal tolke traktatbestemmelsene slik at de får en naturlig og fornuftig mening. Man skal finne frem til partenes intensjoner ved traktatsinngåelsen, og det vil være av betydning at man ser hele konvensjonen i sammenheng. Den viktigste metoden man har for å komme frem til den rette tolkningen, er at man ser på ordlyden, og eventuelt forarbeidene dersom disse kan gi veiledning. Gir ikke ordlyden et klart svar, vil et effektivitetsprinsipp også gjøre seg gjeldende. Dette vil si at man skal tolke bestemmelsene slik at de oppfyller oppgaven de var ment å ha.

Vilkårene for sedvanerettsdannelse vil jeg komme tilbake til i kapitel 5, og jeg kommer derfor ikke noe nærmere inn på dem her.

2 Analyse av innholdet i artikkel 51, språklig tolkning og forståelse

2.1 Forholdet mellom artikkel 2(4) og artikkel 51

Artikkel 51 gir hjemmel for bruk av selvforsvar i tilfeller der det foreligger et ”armed attack”. Et slikt angrep er likevel ikke utgangspunktet for bruk av makt etter FN-pakten. Går man til Artikkel 2(4), ser man at denne inneholder et generelt forbud mot slike handlinger:

“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.”

Det vi da ser, er at artikkel 51 bare er et unntak fra hovedregelen som vi finner her. Spørsmålet har da vært hvordan de artiklene skal forholde seg til hverandre. Påvirker art. 2(4) tolkningen av art.51?

Ser man på ordlyden, vil det kunne oppstå mange tilfeller hvor "*a threat or use of force*" ikke vil være et "*armed attack*" slik som art.51 krever for å kunne utøve selvforsvar, og slik jeg vil gjennomgå nedenfor. Tolker man FN-pakten konkret i disse tilfellene, vil et land som blir angrepet på et slikt vis at det ikke kvalifiserer til et "*armed attack*", stå uten mulighet til forsvar eller gjengjeldelse av et slikt omfang at det i det hele tatt vil ha en virkning. Dette kan nok for mange virke urimelig, men blir av tilhengerne til en restriktiv bruk av selvforsvar, regnet for å være den riktige måten å tolke bestemmelsene på.

Siden det er utvilsomt at ordlyden tilsier en slik tolkning, har det blitt gjort forsøk på å minske forskjellen mellom art. 2(4) og 51 fra den siden som ønsker en utvidet rett til selvforsvar gjennom alternative tolkningsmåter. Dette har blitt gjort gjennom argumentasjonen om retten til selvforsvar som en naturlig rett, som jeg vil komme tilbake til. Det vil ved en slik argumentasjon ikke være noen restriksjon i henhold til art.51, og man vil kunne forsvare seg selv mot angrep av mindre skala. Innvendinger mot dette har vært at det kan oppstå situasjoner hvor man besvarer mindre angrep, med et storskala selvforsvarsangrep. Dette blir av tilhengerne tilbakevist med at et proporsjonalitetsprinsipp fortsatt vil være gjeldene.

I tillegg har det vært argumentert med at artikkel 2(4) bare forbyr "*use of force*" av en slik skala og omfang som omfattes av art.51. Retten til å forsvare seg mot småskala angrep, blir dermed opp til hver enkelt stat å bestemme om man vil gjøre seg nytte av. Motangrepet må da være proporsjonelt med det som ble utført mot en selv, og man vil da unngå at noen av angrepene vil være forbudt etter art.2(4).

Hva som er riktig sammenheng å se artikkel 2(4) og 51 på, er vanskelig å avgjøre, og man kan se det hele som en forskjell mellom sikkerhet på den ene siden, og rettferdighet på den andre. Som Randelzhofer sier i kommentarutgaven til FN-pakten:

“However, it cannot be overlooked that, being caught in the ‘dilemma between security and justice’, the UN Charter deliberately gives preference to the former. Yet it may be doubted that the current law makes much sense, even from the security point of view.”²

2.2 Artikkel 51s historie og bakgrunn

Siden tidenes morgen har bruk av makt vært en måte å ordne opp i uoverensstemmelser på. Først mellom individer, så mellom stammer, og så mellom stater når disse først begynte å ta form. Man må dermed langt tilbake i tid for å finne opprinnelsen til selvforsvarsretten. Den hollandske juristen Hugo Grotius uttalte i sitt kjente verk *”De Jure Belli Ac Pacis”* fra 1625 følgende:

”The right of self-defence, it should be observed, has its origin directly and chiefly on the fact that nature commits to each his own protection”³

Som man ser, kan retten til selvforsvar plasseres som et av de viktige prinsippene innen naturretten, som Grotius baserte sin lære på. Man er rett og slett født med en rett til å forsvare seg, og det er en rettighet som ingen kan ta fra deg. En slik rett har man fra de tidligste tider ment at også skulle være gjeldende for stater. Selv om en slik rett eksisterte, skilte Grotius’ og andre kjente juristers tankegang rundt dette temaet seg ved, at man nå anså dette for å være en av de gyldige grunnene til at man kunne gå til krig. Tidligere var et slikt behov for et grunnlag, unødvendig. Man kunne gå til krig når man selv følte for det. I

² Randelzhofer (2002) s.792

³ Sitert i Bowett (1958) s.4

det nevnte verket av Grotius, identifiserer han tre tilfeller som kan forsvare krigshandlinger:

“The justifiable causes generally assigned for war are three, defence, indemnity, and punishment”⁴

Selv om selvforsvar nå var anerkjent som et av de vilkårene som kunne gjøre krigshandlinger lovlige, ble det ikke oppstilt noen nærmere regler for hvilke tilfeller som skulle kvalifisere til at en slik rett skulle kunne gjøres gjeldende. Her skulle det fortsatt ta lang tid. I 1837 ble en amerikansk dampbåt kalt Caroline angrepet, og senket av britiske militære på Niagara elven⁵. I den diplomatiske utvekslingen som foregikk i etterkant mellom Storbritannia og USA, fikk selvforsvarsretten sine første utformede vilkår som senere ble en del av sedvaneretten rundt selvforsvar, og som fortsatt er gjeldende den dag i dag. Dette er prinsippene om proporsjonalitet og nødvendighet, som jeg vil komme tilbake til senere i oppgaven.

Selv om man nå hadde fått en sedvanerettslig doktrine, hadde man enda til gode å traktatfeste denne retten. Selv om det ikke blir uttrykt direkte, blir det hevdet at både *“the Covenant of the League of Nations”* fra 1919, samt den mer kjente *“Kellog-Briand-pakten”* fra 1928 indirekte anerkjente denne retten⁶. Det skulle likevel gå helt til 1945, og undertegnelsen av FN-pakten, før man greide å traktatfeste denne sedvaneretten. Likevel var det ingen selvfølge at dette skulle skje. I de første utkastene til pakten, var ikke art.51 en del av avtalen. Etter påtrykk fra blant annet USA og søramerikanske land som tidligere i 1945 hadde undertegnet *“the Act of Chapultepec”*⁷, ble art.51 vedtatt. Dette skjedde først og fremst på bakgrunn av at man hadde inngått en avtale disse landene i mellom, om at

⁴ http://www.constitution.org/gro/djbp_201.htm Avsnitt nr. II. Siden gjengir *“De Jure Belli Ac Pasis”*, og er sist besøkt 20.04.08

⁵ For nærmere redegjørelse av Caroline-saken, se kap.5

⁶ Constantinou (2000) s.25

⁷ The act of Chapultepec var en forsvarsavtale inngått mellom Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, den Dominikanske Republikk, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, USA, Uruguay, og Venezuela.

man skulle stå sammen om å forsvare hverandre, dersom en stat ble angrepet. Dette var man redd for at skulle komme i konflikt med andre regler i FN-pakten, og dermed så artikkel 51 dagens lys. Selv om man nå fikk en avtalefestet hjemmel for retten til selvforsvar, har den lange forhistorien som sedvanerett ført til mange diskusjoner knyttet til tolkningen av denne artikkelen.

2.3 Artikkel 51s to tolkningsmåter

Den kanskje mest grunnleggende debatten rundt artikkel 51, har vært om man skal tolke artikkelen restriktivt eller utvidende⁸. En annen måte å se denne debatten på, har vært som et skille mellom art.51 som en juridisk rett, contra en naturlig rett⁹. På begge sider dreier det seg for det meste om språklige tolkninger av artikkelen. Betydningen for dette skillet gjør seg først og fremst gjeldende når man skal avgjøre lovligheten av forkjøpsangrep, og muligheten til å angripe såkalte ”*non-state actors*”. Den videre redegjørelsen er ment som en oversikt, da mye av diskusjonen rundt dette vil komme under kapittelet om retten til selvforsvar mot angrep som enda ikke har funnet sted.

2.3.1 Restriktiv fortolkning

Ser man først på de som velger å gi artikkel 51 en restriktiv fortolkning, er dette først og fremst de land som ikke tilhører de såkalte ”*common law*”-nasjonene. Det man først og fremst legger fokuset på ved en slik tolkning, er frasen ”*if an armed attack occurs*”. Videre blir det også en diskusjon på hva som utgjør et ”*armed attack*”. Bare i tilfeller hvor et slikt angrep foreligger, vil retten til selvforsvar gjøre seg gjeldende, og selvforsvarsretten blir dermed bare et unntak fra det generelle forbudet mot bruk av væpnet makt som er oppstilt i art.2(4). Professor Emanuel Gross sier i en av sine artikler at

⁸ Shah (2007) og Gray (2004)

⁹ Dinstein (2005) og Constantinou (2000)

”Nonetheless, whereas customary international law only requires a threat, under Article 51, threats or declarations are insufficient; an armed attack using weapons must take place.”¹⁰

Det har også blitt sagt uttalt at:

”The limits imposed on self-defence in Article 51 would be meaningless if a wider customary law right to self-defence survives unfettered by these restrictions”¹¹.

Den viktigste konsekvensen av en slik tolkningsmåte, blir som nevnt, at man dermed avskjærer retten til bruk av selvforsvar i situasjoner hvor det foreligger en trussel om angrep.

Et annet argument som har blitt gjort gjeldende i denne debatten, og som må sies å være på samme side som de med en såkalt restriktiv fortolkning, er de som ser artikkel 51 som en juridisk rett. På denne måten mener man at den tidligere sedvaneretten som fantes på området, og som tillot en utstrakt bruk av selvforsvar også i tilfeller hvor det var snakk om angrep som enda ikke hadde funnet sted, ble kraftig innsnevret ved inngåelsen av FN-pakten. Retten til selvforsvar fikk fra det tidspunktet sin hjemmel i art.51, og artikkelen ble dermed gjeldende rett på området.

Selv om man ser retten til selvforsvar som en juridisk rett, er det viktig at man også ser at det ikke dreier seg om noen plikt til selvforsvar. Et slikt synspunkt ble blant annet hevdet av den sveitsiske juristen Emmanuel Vattel i 1758, da han i sitt klassiske verk *”The Law of Nations and the Principles of Natural Law”* skrev:

”Self-defence against an unjust attack is not only a right which every Nation has, but it is a duty and one of its most sacred duties.”¹²

¹⁰ Gross (2001) s.213

¹¹ Gray (2004) s 98

Det må være klart at det er opp til hver enkelt stat om man ønsker å gjøre seg nytte av den rett man har dersom man er utsatt for et angrep. I enkelte tilfeller vil kanskje den angrepne stat være best tjent med at det kommer til en politisk løsning på konfliktspørsmålet. I andre tilfeller kan dreie seg om en så militært overlegen angrepsstat, at det å pålegge en stat en plikt til å forsvare seg selv, ville være den reneste katastrofe¹³.

2.3.2 Utvidende fortolkning

Går vi så over til den siden som velger å gi artikkel 51 en utvidende fortolkning, finner vi først og fremst land som tilhører den såkalte ”*common law*”-gruppen, samt også Israel. Det er blant disse statene man finner dem som oftest har vært involvert i konflikter hvor det har vært tale om å gjøre bruk av selvforsvarsretten utover den ordlyd som artikkel 51 oppstiller.

Hovedsynspunktet på denne siden er at man mener art. 51 åpner opp for selvforsvar også mot trusler som er nært forestående, men som enda ikke har blitt satt i verk gjennom et angrep.

“It is, therefore, fallacious to assume that members have only those rights which the Charter accords to them; on the contrary they have those rights which general international law accords to them except and in so far as they have surrendered them under the Charter. Kelsen, writing of the right of self-defence says ‘the right has no other content than the one determined by Art. 51’; this is fundamentally erroneous approach which produces a restricted interpretation of the article not warranted by the Charter.”¹⁴

En viktig del av argumentasjonen for en utvidet fortolkning av selvforsvarsretten finner man i dette sitatet fra Bowett. Man ser her at man mener sedvaneretten fortsatt skal være

¹² Sitert i Constantinou (2000) s.52

¹³ Dinstein (2005) s. 179

¹⁴ Bowett (1958) s.185

gjeldende på dette området, og at man fortsatt skal basere seg på at selvforsvarsretten er en naturlig rett. Denne ble ikke innskrenket etter vedtakelsen av art.51. Før undertegnelsen av FN-pakten, var det tillatt med en utstrakt bruk av selvforsvar også i de tilfeller som den motstridende part nå mener har blitt innskrenket av art.51.

Ser man på den begynnende setningen i art. 51 heter det at ”*Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence*”, her legger man spesielt vekt på de to uttrykkene ”*impair*” og ”*inherent*”. (I den franske utgaven, har man brukt betegnelsen ”*droit naturel*” om begrepet ”*inherent right*”). Ved at man valgte en slik uttrykksmåte ved utformingen av artikkelen, blir det fra tilhengere av en utvidet rett til selvforsvar hevdet, at artikkel 51 bare er en kodifisering og anerkjennelse av den retten til selvforsvar som fortsatt eksisterer på siden av den skrevne retten i FN-pakten. Enkelte har hevdet at man ved bruk av selvforsvar mot angrep som enda ikke er iverksatt, kan velge mellom å hevde og ha hjemmel i enten sedvaneretten, i artikkel 51, eller i begge deler.

Et annet argument som har blitt forsøkt å gjøres gjeldende på denne siden, er de såkalte ”*travaux préparatoires*”, forarbeidene til FN-pakten. Går man nok en gang til Bowett, som er en av de fremste talsmennene for at det bør gjelde en utvidet fortolkning av selvforsvarsretten, hevder han at disse forarbeidene gir grunnlag for å si at artikkel 51 ikke ble skapt med det grunnlag å innsnevre de rettigheter som finnes til selvforsvar. Han hevder derimot, at artikkelen ble skapt med det formål å verne det sedvanerettslige grunnlaget som fantes på området¹⁵. Det har også blitt tatt til inntekt for dette synet, at artikkel 51 som nevnt tidligere, ikke var en del av det opprinnelige utkastet til avtalen, de såkalte ”*Dumbarton Oaks Proposals*”. Dette kan tolkes på den måten, at man egentlig ikke ønsket å ta inn noen nærmere regulering av dette forholdet. Den reguleringen man til slutt fikk, skulle da som sagt ikke ha noen form for innvirkning, men bare være en konstatering av gjeldende rett.

¹⁵ Bowett (1958) s.188

2.4 Hva menes med uttrykket ”armed attack”

Ved en videre gjennomgang av ordlyden i artikkel 51, er det også essensielt å gi en redegjørelse for uttrykket ”armed attack”. Dette har vært en av de andre sentrale debattene rundet den semantiske forståelsen av artikkelen, og har sin store betydning i at dette er hovedvilkåret etter art.51 for at man skal kunne gjøre seg nytte av retten til selvforsvar etter FN-pakten. Dersom man skal tolke artikkel 51 kun basert på dens ordlyd, vil handlinger man utfører mot angrep som ikke er et ”armed attack”, være å regne for ulovlige represalier. Dette er likevel ikke den hele og fulle sannhet. I slike tilfeller hvor angrepet man blir utsatt for ikke tilsvare et ”armed attack”, vil man ha mulighet til å svare med samme midler som man blir angrepet med.

I en vurdering om man står ovenfor et kvalifisert angrep, har man noe av det samme problemet som ved forståelsen av art.51 som en juridisk rett som skal tolkes innskrenkende, contra en naturlig rett som kan tolkes utvidende. Problemet man i disse tilfellene sikter til, er at FN-pakten ikke er tilstrekkelig klar, og gir ingen konkrete definisjoner av begrepene man gjør seg nytte av.

*“There is no explanation of the phrase “armed attack” in the records of the San Francisco Conference, perhaps because the words were regarded as sufficiently clear”.*¹⁶

I tiden før 1945, var det også vanlig å anta at begrepene ”aggression” og ”armed attack” var synonyme betegnelser¹⁷. I dag er det nok mer riktig å si at begrepet ”aggression” er en videre betegnelse som dekker de fleste handlinger som bærer preg av tvangsutøvelse. Et ”armed attack” blir dermed å regne for å være en av flere måter det går an å utøve

¹⁶ Brownlie (1963) s. 278

¹⁷ Ibid s. 255

”aggression” på. I *Nicaragua-saken* er også definisjonsspørsmålet oppe til diskusjon. The International Court of Justice (ICJ) gir riktignok ikke noen egen definisjon av ”armed attack”, og uttaler først:

*There appears now to be general agreement on the nature of the acts which can be treated as constituting armed attack*¹⁸.

Men i stedet for å gi en definisjon av begrepet, gir man i stedet en henvisning til Art. 3(g) i ”*the Definition of Aggression*”, som ikke er rettet på å gi en definisjon av innholdet i artikkel 51:

*“(...) This description, contained in Article 3, paragraph (g), of the Definition of Aggression annexed to General Assembly resolution 3314(XXIX), may be taken to reflect customary international law*¹⁹.

Som man kan lese i siste setningen, er dette en definisjon på det man mener må være gjeldende internasjonal rett på området, og det går frem av forarbeidene til denne definisjonen at det heller ikke var intensjonen at ”*the Definition of Aggression*” skulle dekke art.51²⁰. Likevel gir denne definisjonen oss flere gode eksempler på hva som kan regnes for å være et ”armed attack”.

2.4.1 Situasjoner som kan kvalifisere til et ”armed attack”

Art.3 i ”*the Definition of Aggression*” gir oss følgende oversikt over hva som kvalifiserer som en ”act of aggression”:

¹⁸ Nicaragua, ICJ Reports (1986) para.195

¹⁹ Ibid

²⁰ Randelzhofer (2002) s.795

Any of the following act, regardless of a declaration of war, shall subject to and in accordance with the provision of Article 2, qualify as an act of aggression:

a) The invasion or attack by the armed forces of a State of the territory of another State, or any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory of another State or part thereof;

b) Bombardment by the armed forces of a State against the territory of another State or the use of any weapons by a State against the territory of another State;

c) The blockade of the ports or coasts of a State by the armed forces of another State;

d) An attack by the armed forces of a State on the land, sea or air forces, or marine and air fleets of another State;

e) The use of armed forces of one State which are within the territory of another State with the agreement of the receiving State, in contravention of the conditions provided for in the agreement or any extension of their presence in such territory beyond the termination of the agreement;

f) The action of a State in allowing its territory, which it has placed at the disposal of another State, to be used by that other State for perpetrating an act of aggression against a third State;

g) The sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein.

Jeg vil nå knytte noen korte kommentarer til de forskjellige punktene.

Art.3 a)

Ser man først på Art.3(a) i definisjonen av aggresjon, finner man den klassiske formen for ”armed attack”. Det er i slike tilfeller som dette at selvforsvar etter Artikkel 51 i FN-pakten i de aller fleste tilfeller vil være helt uproblematisk. Vi har her å gjøre med en stat som

krysser grensen til en annen stat med det resultat at man okkuperer eller innlemmer deler av den andre stat i sin egen. Her vil det være helt klart at den krenkede stat kan gå til motangrep, enten på egen hånd, eller gjennom allierte i et kollektivt selvforsvar for å drive den krenkende stat tilbake.

Gode eksempler på slike tilfeller, var den første *Gulf-krigen* i 1990/1991, hvor Irak invaderte Kuwait med den hensikt å innlemme Kuwait som en del av Irak²¹, og Argentinas forsøk på å innlemme Falklandsøyene som en del av argentinsk territorium, etter påstand om at Spania hadde overlatt øygruppen til dem etter at spanjolene trakk seg ut av Argentina i 1816.

Et annet viktig moment som det er viktig å påpeke, er at ”*occupation*” og ”*annexation*”, ikke automatisk fører til det man vil kalle et ”*armed attack*”. Slike hendelser kan også skje uten bruk av militær makt, og dermed vil det ikke være grunnlag for bruk av selvforsvarsretten etter artikkel 51²². I slike tilfeller vil det være mer naturlig at man gjør bruk av andre muligheter for konfliktløsning som ligger i FN-pakten.

Art.3 b)

Ser man så på tilfellet i *Art.3 b)*, vil en situasjon som vi her står overfor, være markert annerledes fra tilfellet i bokstav a), siden man her ikke krysser grensene til en fremmed stat med militært personell. I slike tilfeller er det viktig å bedømme omfanget av den krigshandlingen den angrepne stat blir utsatt for, for å avgjøre om det vil være riktig å betegne hendelsen som et ”*armed attack*”.

Eksempler på militære handlinger som ikke vil kvalifisere til ”*armed attack*”, er for eksempel vilkårlige skuddvekslinger langs en grense som ikke er av særlig omfang. Likevel vil handlinger av denne typen også være ganske uproblematisk sett i forhold til art.51 i FN-pakten. Bruken av missiler med kort og lang rekkevidde og/eller bombardement fra

²¹ Irak hevdet å ha en historisk rett på dette området, og dette dannet det offisielle grunnlaget for invasjonen.

²² Randelzhofer (2002) s. 796

bakke, sjø eller luft, vil ofte være av et slikt omfang at det faller naturlig å klassifisere dette som et ”armed attack”.

Art.3c)

Bruken av blokade mot en stat har opp igjennom tidende vist seg å kunne være en effektiv måte å lamme en nasjon på. Eksempler på slike blokader kan være blokadene under Napoleonskrigene, og Egypts blokade av innseilingen til Rødehavet som rammet Israel kraftig i 1967, og som ble en del av opptakten til *Seksdagerskrigen*. Det viktige poenget i disse tilfellene, blir at blokaden er effektiv.

Det er også av betydning å bemerke at ”*the Definition of Aggression*” bare omhandler blokader av havner og kystområder. Man nevner med andre ord ingenting om blokader av andre kommunikasjonsmåter, og innlandsstater uten kystlinje har dermed ingen rettigheter etter denne definisjonen dersom de blir blokkert fra tilgangen til åpent hav. I utkastet til definisjonen, var det tatt med at blokader av innlandsstater også skulle tas med i avtalen. Likevel lyktes det ikke disse statene å få med dette punktet i den endelige definisjonen. Det ble likevel gitt en uttalelse i ”*the Final report on the Definition of Aggression of the Sixth Committee*”;

“... that nothing in the definition, and in particular Article 3 (c), shall be construed as a justification for a State to block, contrary to international law, the routes of free access of a landlocked country to and from the sea”.

Gjennom denne uttalelsen må det være riktig å si at det i alvorlige tilfeller også åpner for å definere en blokade av kommunikasjon for innlandstater for et “armed attack”.

Art3 d)

Det mest naturlige eksempelet som de fleste vil tenke på i slike tilfeller, er angrepet som Japan utførte på USAs militærbase i Pearl Harbour 7. desember 1941, og som brakte USA med i andre verdenskrig. Dette er også det eneste angrepet som har vært av et slikt omfang

at det kan karakteriseres som et ”armed attack” gjennom historien. Det blir dermed klart at det ikke er tilstrekkelig med et angrep mot for eksempel et enkelt skip, for at selvforsvarsretten skal kunne gjøre seg gjeldende. Likevel må det være klart at dette ene skipet må kunne forsvare seg mot angrepet.

Art.3 e)

I disse tilfellene er det snakk om militære styrker fra en nasjon som er utplassert i en annen, med bakgrunn i en avtale statene imellom. De tilfeller som kan kvalifisere som et ”armed attack”, er de situasjonene hvor de utplasserte styrkene går utover de fullmakter man har i henhold til avtalen, og den handlingen de utplasserte styrkene utfører bærer preg av å være en invasjon/okkupasjon, eller i det minste er av meget omfattende styrke²³.

Et eksempel på dette er franske styrkers handlinger i Tunisia i 1958 og 1961, som fulgte i kjølvannet av Tunisias uavhengighet fra Frankrike.

Art. 3 f)

Det må være klart at det i disse tilfellene gjelder hvor en stat klart og tydelig har gitt en annen stat lov til å utføre angrep mot en tredje stat fra sitt territorium. I de tilfeller hvor den andre stat ikke har gitt sin godkjenning til utførselen av et slikt angrep, vil en rett til selvforsvar mot den staten angrepet skjer fra, ikke være til stede.

Dersom USAs raketangrep på Libya fra territorium tilhørende Storbritannia i 1986 hadde vært av stort nok omfang, hadde dette vært grunnlag for Libya til å gå til selvforsvarsangrep mot Storbritannia.

En lignende problemstilling vil også bli tatt opp senere i oppgaven, når det vil bli snakk om angrep utført av annet enn stater, fra henholdsvis land som samtykker i slik handling, og fra land som ikke samtykker.

²³ Randelzhofer (2002) s.799

Art.3 g)

Gjennom uttalelsen gitt av ICJ i *Nicaragua-saken* i 1986²⁴, er det klart at det å la “*armed bands, groups, irregulars or mercenaries*” utføre angrep på en annen stat på vegne av seg, kvalifiserer til et “*armed attack*” dersom det er av en omfattende nok skala. Eksempler på slike indirekte former for “*armed attack*”, finnes det mange av. Kuppet på Kypros i 1974, invasjonen i Grisebukta på Cuba i 1961, situasjonen i Etiopia i 1977, Bosnia-Herzegovina i 1992-1993, og den allerede nevnte *Nicaragua-saken* i 1986 er bare noen få eksempler fra historien.

3 Selvforsvar mot angrep fra annen stat

Som vist under avsnittet om definisjon av begrepet “*armed attack*”, er det i svært mange tilfeller uproblematisk at en stat anvender sin rett til selvforsvar. I dette kapittelet vil jeg behandle disse tilfellene spesifikt, og vise hvilke begrensninger og regler som gjelder ved bruken av selvforsvarsretten. Dette vil spesielt dreie seg om forholdet til FN, og FNs sikkerhetsråd, samt at motangrepet skal være nødvendig, proporsjonalt og umiddelbart. Jeg vil også gjennomgå mulighetene for såkalt kollektivt selvforsvar, slik for eksempel NATO-pakten åpner for.

3.1 Forholdet til FNs sikkerhetsråd

I henhold til art. 51 skal en medlemsstat som blir utsatt for et angrep, og som utøver sin rett til selvforsvar, umiddelbart rapportere sine handlinger til FNs sikkerhetsråd.

²⁴ para. 195

”... measures taken by members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council...”

Det er med andre ord ikke nødvendig at man meddeler sikkerhetsrådet at man er i ferd med å gjøre seg nytte av selvforsvarsretten.

Sentral spørsmål man så kan stille seg er; Kreves det noe spesielt innhold i rapporten som sendes til sikkerhetsrådet? Hvordan behandles denne rapporten, og hva er følgene av den? Sist men ikke minst, hva skjer dersom det ikke blir sendt noe rapport til sikkerhetsrådet?

3.1.1 Rapportens innhold

I selve pakten er det lite veiledning på hva rapporten til sikkerhetsrådet skal inneholde. Ser man på hvordan rapporteringsplikten praktiseres, skal denne som et minimum inneholde en beskrivelse av hva som har ført til at man har gått til det skritt at man har sett seg nødt til å gjøre seg bruk av retten til selvforsvar. Det er ikke noe krav om at man skal komme med noen direkte bevis på hva som har skjedd²⁵. Rapporten bærer med andre ord preg av å være en meddelelse av hva som har skjedd og om hva den angrepne stat har foretatt seg.

3.1.2 Behandlingen i sikkerhetsrådet

Behandling av konflikten i sikkerhetsrådet har to viktige funksjoner. Den ene er at man her gjør vedtak som skal sørge for at man gjenoppretter internasjonal fred og sikkerhet.

²⁵ Dinstein (2005) s. 213

”...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.”²⁶

Selv om rapporten man mottar kan virke noe enkel og innholdsløs, danner denne grunnlaget for de undersøkelser som sikkerhetsrådet ønsker å gjøre. Likevel er man ikke forpliktet til å foreta noen slik grundig undersøkelse før man fatter et vedtak²⁷.

Den andre viktige funksjonen et vedtak i sikkerhetsrådet har, er at dette er én av to måter som fører til at selvforsvarsretten opphører²⁸. Som art. 51 sier, har denne varighet til

”... the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security...”.

I denne forbindelsen er det viktig å poengtere at inntil rådet har greid å fatte et vedtak, er selvforsvarsretten fortsatt i behold. Den opphører ikke ved innleveringen av rapporten.

Det neste sentrale spørsmålet blir hva som regnes for å være *”necessary measures”*, og som dermed opphører selvforsvarsretten, og er bindende for alle FNs medlemsstater.

Det første steget er som regel at sikkerhetsrådet identifiserer om det foreligger et *”armed attack”*, og at den angrepne stat dermed har utøvd lovlig selvforsvar. Man kan også komme til motsatte konklusjoner, at man ikke har utøvd lovlig selvforsvar, eller at man sågar anser den stat som hevder å være den angrepne for å være den angripende. Ut fra de forskjellige utgangspunkt, fatter man et vedtak om en anbefaling som pålegger den angripende stat å stanse sitt angrep, og eventuelt trekke tilbake sine tropper. Dersom dette pålegget har sin tiltenkte virkning, vil selvforsvarsangrepet også stanse her. Skulle det derimot ikke ha sin virkning, må sikkerhetsrådet fatte et nytt vedtak. Utgangspunktet for hva rådet kan

²⁶ Art.51

²⁷ Dinstein (2005) s. 214

²⁸ Det andre tilfellet er når den angripende stat trekker seg tilbake.

igangsette som ”*necessary measures*”, finner man i art. 41 og 42 i FN-pakten. Disse to artiklene gir hjemmel for benyttelse av forskjellige typer sanksjoner, de ”myke” sanksjonene er oppstilt i artikkel 41, mens de ”harde” militære sanksjonene finnes i artikkel 42.

En problemstilling i denne forbindelse, blir om man fortsatt har rett til å utøve selvforsvar, dersom sikkerhetsrådets tiltak skulle vise seg å ikke lykkes?

I *Falklandskrigsaken* hadde sikkerhetsrådet fattet vedtak i resolusjon 502²⁹, hvor man påla argentinske tropper å trekke seg tilbake. Dette ble ikke fulgt av Argentina, og Storbritannia utøvde selvforsvar for å slå tilbake okkupasjonsstyrkene. På en måte må dette sees på som riktig både logisk og juridisk, da man fra FNs side ikke har lyktes å gjenopprette fred og sikkerhet, og dermed ikke har oppfylt vilkårene i art. 51. Et slikt syn støttes blant annet av Dinstein³⁰. Likevel har det blitt argumentert for at selvforsvarsretten opphører selv om angrepet ikke opphører, eller blir slått tilbake. Denne diskusjonen kom blant annet opp under den første Golfkrigen, hvor det var diskusjon om retten til selvforsvar fortsatt var i behold selv om sikkerhetsrådet hadde vedtatt økonomiske sanksjoner mot Irak jf. resolusjon nr.661³¹, jf. art.41. Man unngikk likevel i denne situasjonen at man måtte foreta en slik vurdering, siden man også vedtok resolusjon 678³², som var det faktiske grunnlaget man gikk til motangrep på Irak på. Det har i ettertid blitt hevdet av blant annet Randelzhofer³³ og Constantinou³⁴, at det ikke hadde vært grunnlag for et selvforsvarsangrep på Irak etter resolusjon 661. Det har blitt uttalt at man først og fremst må legge vekt på om FN har handlet på en måte som har den intensjon å straffe den angripende stat, ikke om denne er effektiv. Videre blir det hevdet at det etter Golfkrigen har

²⁹ SC resolution 502, 3.apr., 1982

³⁰ Dinstein (2005) s.215

³¹ SC resolution 661, 6. aug., 1990.

³² SC resolution 678, 29. nov., 1990

³³ Randelzhofer (2002) s.804

³⁴ Constantinou (2000) s. 201-202

utviklet seg en statspraksis som sier at selvforsvarsretten opphører etter vedtak om handlinger jf. art.41³⁵.

Etter min mening virker det unaturlig at FNs medlemsstater er villige til å oppgi retten til selvforsvar mot et militært angrep, og mulig okkupasjon, i bytte mot at den angripende stat pålegges en økonomisk sanksjon eller liknende jf. art.41. Jeg kan ikke se det på noen annen måte enn at det utvilsomt vil være vanskelig å sitte stille og se på at et lands innbyggere blir utsatt for brutale handlinger og ødeleggelser, mens man venter på virkningen av en lite formålstjenelig sanksjon. I den nevnte *Golfkrigen*, kunne dette ha vært tilfelle dersom man ikke hadde vedtatt nevnte resolusjon 678, selv om jeg ikke tror det internasjonale samfunnet kunne ha sittet særlig lenger og sett på uten å foreta seg noe, selv uten res.678. Den verst tenkelige situasjonen ville man fått dersom man ikke hadde greid å fatte noe videre vedtak grunnet politisk uenighet i sikkerhetsrådet. I slike tilfeller kommer FNs begrensninger tydeligst til syne. Det ville være svært beklagelig at et land skulle miste sin rett til å forsvare seg, dersom det eneste FN greide å bli enige om, var sanksjoner uten virkning mot den angripende stat. Synspunktet om at selvforsvarsretten fortsatt er i behold dersom FN mislykkes med å opprettholde fred og sikkerhet ved hjelp av sanksjonsvedtak, har det også blitt hevdet at det finnes støtte for i historien bak utformingen av art.51³⁶.

Min personlige vurdering blir dermed at selvforsvarsretten er i behold inntil sikkerhetsrådet har greid å gjennomføre suksessfulle tiltak som bidrar til å stanse de aggressive handlingene.

³⁵ Ibid

³⁶ For nærmere gjennomgang av denne historien, se Malvina Halberstam, "The Right to Self-defence once the security council takes action" Michigan JIL s.229. 1995-1996

3.1.3 Følgene av at det ikke blir sendt noen rapport

Det aller første man kan slå fast, er at FNs sikkerhetsråd ikke har noen form for domstolskompetanse, den er et politisk organ. Dommer Schwebel sier i sin mindretallsuttalelse i *Nicaragua-saken* følgende:

*”the Security Council is a political organ which acts for political reasons”*³⁷

Siden man ikke har mulighet til å foreta en uavhengig juridisk vurdering på linje med en domstol, vil det i mange av sakene som kommer opp til behandling i rådet, oppstå problemer. Grunnen til dette er at det er så store politiske interesser involvert i avgjørelsene, at man ofte ser at de riktige juridiske løsningene blir ofret til fordel for politisk taktikkeri, og et ønske om å bevare internasjonal fred i et videre perspektiv. Gode eksempler på dette fant først og fremst sted under den kalde krigen, hvor sikkerhetsrådet var så godt som handlingslammet til å fatte noen kritiske vedtak overhodet, grunnet vetoretten som ble hyppig brukt fra både vestlig og østlig side.

Et spørsmål som har vært stilt i forbindelse med art.51s krav til rapportering til sikkerhetsrådet, har vært om dette er et krav som er ”*mandatory*” eller ”*directory*”³⁸. Dersom kravet er ”*mandatory*”, vil dette bety at den utøvde selvforsvarshandlingen blir å regne som ulovlig utøvd dersom den ikke blir rapportert. Er kravet derimot ”*directory*”, vil manglende rapportering til sikkerhetsrådet ikke ha noen betydning for gyldigheten på selvforsvarsangrepet. Forskjellen på disse to måtene å se rapporteringskravet på, vil dermed ha stor betydning for om man har utført en handling som er i tråd med de krav som art.51 oppstiller.

³⁷ Dommer Schwebels mindretallsuttalelse para.60

³⁸ Grieg (1991) s.367-368. Disse to uttrykkene kan på norsk best beskrives som ”obligatorisk” og ”veiledende”.

D.W. Bowett omtaler dette kravet som ”*a legal obligation*”³⁹. Dette vil med andre ord si, at han regner rapporteringsplikten for å være et absolutt vilkår for at et selvforsvarsangrep skal være berettiget. Etter mitt syn, blir dette en for restriktiv tolkning av hva som ligger i dette kravet. Selv om ordlyden i art.51 kan virke ganske klar på at rapporteringskravet er absolutt, vil det innebære store konsekvenser dersom gyldigheten av selvforsvarsretten skal bestemmes ut fra en rapport. Når det i tillegg ikke stilles noe krav til at rapporten skal inneholde en bevisfremleggelse, og på denne måten bidra til å legitimere et motangrep, blir det for meg ikke riktig å si at kravet er ”*mandatory*”. Artikkel 51 sier heller ingenting om at en mangel på rapportering vil medføre at selvforsvarshandlingen blir sett på som ulovlig utført.

Ser man også videre på statspraksisen, så hører det med til sjeldenhetene at stater rapporterer til Sikkerhetsrådet om de handlinger de har foretatt⁴⁰. Dette kan tale for at det også har utviklet seg en statspraksis som tilsier at det ikke er et absolutt nødvendighetskrav at man rapporterer sine handlinger til rådet.

Også ICJ har uttalt seg om rapporteringsplikten. Dette skjedde i *Nicaragua-saken*, som er spesiell da man benyttet ”*customary law*” som grunnlag, og ikke FN-pakten. Her uttalte man at rapporteringsplikten skal respekteres dersom man gjør bruk av retten til selvforsvar som tilsvar på et brudd på både gjeldende internasjonal rett og pakten.

*“... if self-defence is advanced as a justification for measures which would otherwise be in breach both of the principle of customary international law and of that contained in the Charter, it is to be expected that the conditions of the Charter should be respected”*⁴¹.

Man uttaler videre at mangelen på rapportering vil være et vurderingsmoment når man skal avgjøre om den stat som hevder å ha handlet i selvforsvar, selv trodde at den gjorde det.⁴²

³⁹ Bowett (1958) s.197

⁴⁰ Bailey and Daws s.103

⁴¹ ICJ 1986 para. 200

⁴² Ibid

Grunnlaget for hele regelen med rapportering, er at det internasjonale samfunnet, og da spesielt sikkerhetsrådet, skal kunne kontrollere om bruken av selvforsvar er berettiget. En mangel på innrapportering kan tyde på at den selvforsvarsutøvende stat føler den har noe å skjule, eller man vet at man har utført et ulovlig angrep og maskert dette under bruk av art.51. Som nevnt er det sjelden at stater rapporterer til sikkerhetsrådet, og dette kan dermed være en indikasjon på at mange av disse påståtte selvforsvarshandlingene, i virkeligheten har vært noe helt annet.

Dinstein⁴³ hevder videre at det kan være tilstrekkelig at sikkerhetsrådet får sin meddelelse på en indirekte måte. På hvilke måter dette skulle være, sier han ingenting om. Han sier videre at en stat ikke bør straffes bare på grunnlag av at man ikke har evnet å rapportere på en tilstrekkelig og tilfredsstillende måte. Dette kan tolkes dit hen at han setter rapporteringskravet så lavt, at dersom dette skulle være et absolutt krav, så vil det etter min mening være på grensen til ikke-eksisterende. Jeg tolker i det hele Dinstains redegjørelse for problemstillingen på en slik måte at også han er tilhenger av rapporteringsplikten som ”*directory*”, dog med de nevnte helgarderinger dersom det motsatte skulle være tilfelle.

Min konklusjon på dette teamet blir dermed at manglende rapportering til sikkerhetsrådet ikke medfører at det som i utgangspunktet er en lovlig selvforsvarshandling, skal bli gjort urettmessig på grunnlag av en slik mangel.

3.2 Grunnleggende prinsipper for selvforsvarsangrepet

Selv om en stat er utsatt for et ”*armed attack*”, og i så måte har rett til å ty til selvforsvar, gjelder det visse begrensninger i utføringsmåten. Brudd på disse prinsippene, kan føre til at man kommer i konflikt med art.51.

⁴³ Dinstein (2005) s. 216-218

De tre prinsippene som det er snakk om: 1) *nødvendighetsprinsippet*, 2) *proporsjonalitetsprinsippet* og 3) *umiddelbarhetsprinsippet*, er ikke prinsipper som kommer til uttrykk i art.51. Disse har likevel utviklet seg som en del av praksisen rundt utøvelsen av selvforsvarsretten, og det er en gjennomgående enighet blant de aller fleste stater, ICJ, samt juridiske forfattere, om at disse prinsippene er gjeldende. Ved behandlingen av disse prinsippene velger jeg å behandle *nødvendighetsprinsippet* og *proporsjonalitetsprinsippet* sammen, da disse i mange tilfeller vil være sammenfallende.

Nødvendighets- og proporsjonalitetsprinsippet

I forbindelse med *nødvendighets-* og *proporsjonalitetsprinsippet*, er det én ting det er lite diskusjon rundt; selvforsvar skal ikke være et middel for å gjengjelde, eller på noen annen måte være en straffereaksjon. Selvforsvarsretten er til for å stanse, og for å slå tilbake et angrep⁴⁴.

Ser man først på *nødvendighetsprinsippet*, vil dette komme til anvendelse når man står over for hendelser som ligger i grenseland til å være et ”*armed attack*”. Eksempler som har vært nevnt i litteraturen, er for eksempel legging av ubåtminer, materiell støtte til opprørere, samt mindre hendelser ved en front/grense⁴⁵. I disse tilfellene, og andre som kan falle inn under samme kategori, vil det være viktig å avgjøre om det er behov for å gå til selvforsvarstiltak. Et godt eksempel som kan illustrere dette, er ICJs avgjørelse i *Oljeplattformssaken* mellom Iran og USA,⁴⁶ som også kort tar opp *proporsjonalitetsprinsippet*. I dette tilfellet hadde USA angrepet til sammen fire iranske oljeplattformer. Dette ble gjort i selvforsvar mente man, etter at den kuwaitisk-amerikanske oljetankeren ”*Sea Isle City*” ble utsatt for et rakettangrep, og den amerikanske fregatten ”*USS Samuel B Roberts*” kjørte på en mine. USA hevdet at oljeplattformene var baser for overvåkning av skipstrafikk i området, samt som kommunikasjonssentra og launch-baser for den iranske marinen. ICJ mente i sin uttalelse, at angrepene på oljeplattformene ikke

⁴⁴ Grey (2004) s.121

⁴⁵ Constantinou (2000) s.158

⁴⁶ ICJ Reports 2003

var nødvendige. Et av grunnlagene man brukte for å komme frem til dette var at USA på forhånd ikke hadde kommet med noen klage til Iran om militære forhold på plattformene.

Videre i rapporten uttaler man seg om proporsjonaliteten, og hevder her at dersom angrepene hadde vært nødvendige, kunne angrepet på de to første plattformene som kom etter angrepet på oljetankeren forsvares som proporsjonalt. Det hevdete selvforsvarsangrepet USA utførte etter at fregatten kjørte på en mine, anså ICJ for å være uproporsjonelt da denne var en del av en større militæroprasjon. Man tok da med i beregningene at båten bare hadde fått materielle skader, og at ingen menneskeliv var gått tapt da den kjørte på en mine, som man i tillegg ikke visste om kom fra det iranske militæret.

Når man i slike tilfeller som dette, går utover nødvendighets- og proporsjonalitetsprinsippet, vil man være utenfor retten man har etter art.51. Slike angrep vil da ha sterk karakter av å være ulovlige straffereaksjoner/represalier, noe også tre av dommerne i *Oljeplattformssaken* argumenterer for⁴⁷.

Ser man litt nærmere på proporsjonalitetsprinsippet, har dette utviklet seg for å unngå at man får selvforsvarsangrep som er vesentlig forskjellig i styrke og våpenbruk, som foregår på et annet geografisk område, og som går til angrep på uheldige mål⁴⁸. Angrep som går utover disse retningslinjene vil ikke bare være uproporsjonale, men også unødvendige. Som nevnt i innledningen, vil slike angrep ikke være med på å stanse og slå tilbake et ”*armed attack*”.

Likevel er det vanskelig å lage en konkret mal på hva man kan regne for å være innenfor disse grensene. Det bør likevel regnes for klart, at man har brutt proporsjonalitetsregelen dersom man bruker overveldende makt som ender med at man okkuperer territoriet til den

⁴⁷ Se Dommer Simma, og Dommer Koojimans separate uttalelser, samt Dommer Elarabys dissenterende uttalelse til saken.

⁴⁸ Constantinou (2000) s. 162

angripende stat, samt at man velter styresmaktene i landet⁴⁹. Det blir dermed ikke unaturlig å tenke på situasjonen i Afghanistan og Irak, hvor amerikanskledede styrker både har invadert og veltet de sittende regimene i landene. Slike handlinger kan heller ikke sees å være nødvendige for å stanse eller slå tilbake et angrep.

Et annet interessant spørsmål er hvem som avgjør når angrepet er proporsjonalt. Utgangspunktet er at retten til selvforsvar er en selvbestemmende rett, og det er dermed staten som føler seg angrepet som avgjør hvilke tiltak og reaksjoner man mener er nødvendige. Likevel er det det internasjonale samfunnet som til syvende og sist av avgjør lovligheten av selvforsvarshandlingen, og da først og fremst FNs sikkerhetsråd.

Umiddelbarhetsprinsippet

Det siste viktige prinsippet som må oppfylles for at et selvforsvarsangrep skal kunne ansees for lovlig, er umiddelbarhetsprinsippet. Dette innebærer at retten til selvforsvar i utgangspunktet skal utøves umiddelbart i forbindelse med at man blir utsatt for et ”armed attack”. Umiddelbarheten er en av tingene som i form, skiller et motangrep fra å være en represalie. Når jeg sier at umiddelbarhet er et utgangspunkt, skyldes dette at det kan tenkes situasjoner hvor det vil ta tid for den angrepne stat å samle sammen tilstrekkelig mannskap, samt å forflytte seg til det området hvor angrepet finner sted. Dette var tilfellet i Falklandskrigen, hvor det tok 23 dager for britiske styrker å ankomme øyene. Et annet eksempel er den første *Golfkrigen*, hvor angrepet på Kuwait skjedde 2. august 1990, mens sikkerhetsrådet godkjente den kollektive selvforsvarshandlingen 15. januar 1991. Man ser gjennom disse eksemplene, at prinsippet ikke kan gis en for streng tolkning. Det bør også, slik Dinstein argumenterer for⁵⁰, tas hensyn til at det må samles informasjon, samt at diplomatiske forhandlinger bør prøves ut først. Ikke minst vil innsamling av informasjon være viktig for å avgjøre handlinger som vil være akseptable i forhold til nødvendighets- og proporsjonalitetsprinsippene.

⁴⁹ Constantinou (2000) s. 163

⁵⁰ Dinstein (2005) s. 210

3.3 Retten til kollektivt selvforsvar

Artikkel 51 gir ikke bare hjemmel for individuelt selvforsvar, men også for såkalt kollektivt selvforsvar.

*“Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or **collective** self-defence if an armed attack occurs...”*

Dette innebærer muligheten for én eller flere stater til å bidra på den angrepne stats side, i selvforsvarsutøvelsen mot den angripende stat. En slik rett, kommer først og fremst mindre stater med et begrenset forsvar til gode. I dette avsnittet vil jeg gjennomgå de krav som stilles for at kollektivt selvforsvar skal være lovlig anvendt.

Som fortalt i avsnittet om art.51s historie, har denne artikkelen egentlig sin opprinnelse i et ønske om få en bekreftelse på at avtaler om forsvarsallianser ikke skulle komme i konflikt med FN-pakten. Artikkel 51 må i dette tilfellet sees i sammenheng med art.52, som slår fast retten til at slike militære pakter kan eksistere på siden av FN systemet. Eksempler på slike allianser er *NATO*, samt fra tidligere tider, *Act of Chapultepec* og *Warszawapakten*. Slike allianser er en bindende avtale mellom medlemsstatene, der man slår fast at et angrep på en medlemsstat regnes for å være et angrep på samtlige medlemsstater. Et eksempel på dette finner man i NATO-paktens artikkel 5, som lyder som følger:

”Partene er enige om at et væpnet angrep mot en eller flere av dem i Europa eller Nord-Amerika skal betraktes som et angrep mot dem alle, og er følgelig blitt enig om at hvis et slikt væpnet angrep finner sted, vil hver av dem under utøvelsen av retten til individuelt eller kollektivt selvforsvar, som er anerkjent ved artikkel 51 i De forente nasjoners pakt, bistå den eller de angrepne parter ved enkeltvis og i samråd med de andre parter straks å ta slike skritt som den anser for nødvendig, derunder bruk av væpnet makt, for å gjenopprette det nord-atlantiske områdes sikkerhet.

Ethvert slikt væpnet angrep og alle forholdsregler som blir tatt som følge av dette, skal øyeblikkelig meldes til Sikkerhetsrådet. Slike forholdsregler skal bringes til opphør når Sikkerhetsrådet har tatt de skritt som er nødvendige for å gjenopprette internasjonal fred og sikkerhet.”

Man ser her referansene til art.51, og de krav som her stilles. Det kan her legges til at den eneste gangen artikkel 5 i NATO-pakten har vært i bruk, er etter angrepene på USA 11. september 2001.

Går vi så over til å spesifikt se på de krav som må oppfylles for at denne kollektive retten skal kunne ansees lovlig i henhold til art.51, finner man visse retningslinjer i den allerede nevnte *Nicaragua-saken*. Denne dommen må kunne sies å være den sentrale på dette området, og på mange andre områder når det gjelder art.51. Mer spesifikt dreide denne saken seg om USAs støtte til Contra bevegelsen, som kjempet mot de sosialistiske styresmaktene i Nicaragua, Sandinistene. Gjennom etterretningsorganisasjonen CIA, bidro USA med våpen, trening, og finansiering av geriljagrupper som hadde sine baser i El Salvador og Costa Rica. I 1984 anla Nicaragua sak for ICJ mot USA, hvor USA i 1986 ble dømt for blant annet brudd på sedvanerettsregelen om at man ikke skal blande seg inn i andre staters handlinger, på regelen om å ikke angripe andre stater og for å ha brutt suverenitetsprinsippet. USA på sin side hevdet at man handlet i kollektivt selvforsvar, da man mente man hadde hjulpet El Salvador med å forsvare seg mot militære handlinger utført av Nicaragua på El Salvadoransk territorium. ICJ avviste påstanden, men det var dissens blant dommerne.

Det ble også oppstilt tre vilkår for at kollektivt selvforsvar skal kunne utøves. For det første må det foreligge et ”armed attack”⁵¹. Hva dette begrepet innebærer, har jeg allerede redegjort for tidligere i oppgaven, og vil derfor ikke gå nærmere inn på dette her. Det viktige poenget i dette tilfellet blir uttalelsen om at det er den angrepne stat som må avgjøre om man har blitt utsatt for et ”armed attack”, og ikke en mulig intervenserende stat(er).

⁵¹ ICJ 1986 para.195

Eksempler på situasjoner som har vært omdiskuterte i denne forbindelsen, er Sovjetunionens invasjoner av Tsjekkoslovakia 1968, samt av Afghanistan i 1979. Begge disse ble det fra sovjetisk side forsøkt å legitimere gjennom å hevde at man hadde gått inn med styrker på bakgrunn av å sikre de respektive landene mot angrep utenfra. I begge disse tilfellene ble Sovjetunionens handlinger fordømt av den vestlige verden, og i sikkerhetsrådets møter. Likevel ble det ikke fattet noen resolusjoner som gikk i mot påstandene om kollektivt selvforsvar, og som krevde sovjetisk tilbaketrekning. Dette på grunn av Sovjets stilling som vetonasjon. I *Nicaragua-saken*, kom ICJ frem til at det ikke forelå et ”armed attack” slik USA hevdet ved at Nicaragua støttet opprørsgrupper i El Salvador med våpen og logistikk.

Neste krav som det ble oppstilt, var kravet til en anmodning om hjelp fra den angrepne stat⁵². Selv om dette kravet ikke finnes oppstilt i art.51, eller noe annet sted i FN-pakten, kommenterte ICJ i sin uttalelse, at dette måtte ansees for å være et nødvendig vilkår etter internasjonal sedvanerett. Nok en gang, som ved vurderingen av om det foreligger et ”armed attack”, er at det ikke er opp til en tredje nasjon å gjøre vurderinger på om man skal intervensere i et annet lands handlinger. I de to nevnte tilfellene med Sovjetunionen, ble det i begge tilfellene hevdet fra sovjetisk side, at man hadde handlet på henvendelse fra myndighetene i de to landene. Uansett om det skulle foreligge en slik henvendelse, så var det rimelig klart at det ikke forelå noe angrep på verken Tsjekkoslovakia eller Afghanistan.

Et tredje moment som ble nevnt, men som har blitt kritisert, er at man forventer at den stat som får fordelen av støtten, offisielt har erklært at man er utsatt for et angrep⁵³. I sin mindretallsuttalelse sier dommer Jennings at han regner dette for å være et unødvendig krav. Dette på grunn av at praksis viser at denne funksjonen generelt blir oppfylt gjennom kravet til at det må foreligge en anmodning om assistanse fra den angrepne stat. I para. 232 i dommen, sies det at en offisiell uttalelse er med på å skape bevis for at det faktisk foreligger et angrep. Ser man på det som allerede er nevnt om rapporteringsplikten til

⁵² Ibid para.199

⁵³ Ibid para.195

sikkerhetsrådet, vil det være naturlig at denne rapporten vil oppfylle denne plikten, og dermed vil heller ikke dette være et argument for at en slik erklæring skal være nødvendig. Kort oppsummert kan dermed kollektivt selvforsvar utøves med hjemmel i art.51 og eventuell annen forsvarspakt, dersom det foreligger et ”armed attack”, samt at det foreligger en konkret anmodning om militær støttet fra det angrepne land. De nødvendige vurderingene i disse tilfellene ligger fullt og helt på den angrepne stat.

Det kan i tillegg nevnes at de allerede nevnte vilkårene om nødvendighet, proporsjonalitet og umiddelbarhet, også er gjeldende for kollektivt selvforsvar. Artikkel 54 gir også en tilleggsregel om at handlinger utført for å bevare internasjonal fred og sikkerhet i henhold til avtaler, skal det bli gitt full informasjon om til sikkerhetsrådet.⁵⁴

4 Selvforsvar mot angrep fra annet enn en stat

Fremstillingen til nå, har dreid seg om det klassiske angrepet fra en annen stat. I dette kapittelet vil jeg behandle den andre gruppen som kanskje utgjør det største trusselbildet mot mange land i verden i dag, nemlig terrorgruppene. Historisk sett, er ikke dette på noen måte et nytt fenomen. Likevel markerte angrepene på USA 11.september 2001 et vendepunkt i måten slike angrep har blitt utført på. Tidligere har det vært et kjennetegn for terrorangrep, at handlingene gjerne har blitt gjennomført av en gruppering med tilhold i det landet hvor angrepet har blitt utført. Klassiske eksempler på dette kan for eksempel være *IRA* og *ETA* som i lange tider har utført terrorhandlinger i henholdsvis Storbritannia og Spania. Når så angrepet mot New York i 2001 kom, ble nok mange overrasket og skremt over både omfanget, målet, og utførelsen. Senere fulgte også liknende angrep både i Madrid i 2004, og i London i 2005. Også disse var rettet mot transportmidler og uskyldige

⁵⁴ Dinstein (2005) s.271

mennesker. Tidligere terrorhandlinger rettet mot andre land, har ofte blitt utført mot militære mål, eller offisielle bygninger som for eksempel ambassader.

Problemstillingen i slike tilfeller blir, i hvilken grad man i henhold til art.51 har rett til å ta i bruk selvforsvarshandlinger mot terrorgrupper. I den videre inndelingen velger jeg å dele drøftelsen inn i to. Den første går på om artikkel 51 teoretisk sett kan være anvendelig mot ”*non-state actors*”. Den andre delen dreier som om hvordan retten til selvforsvar skal anvendes i forskjellige situasjoner. De tre situasjonene det dreier seg om er: Når en stat ikke samtykker i de handlinger som terrorgrupper/væpnede bander utfører fra ens territorium, når en stat samtykker i at handlinger blir utført fra ens territorium, og sist, hvordan skal man forholde seg til angrep fra ”*non-state actors*” som ikke opererer fra herreløse områder.

4.1 Er retten til selvforsvar anvendelig mot ”*non-state actors*”

Første steg på veien for å finne ut om artikkel 51 er anvendelig på ”*non-state actors*”, er at man ser på dens ordlyd. Artikkelen gir oss bare den veiledning, at dersom ”*an armed attack occurs against a Member of the United Nations*”, så kan selvforsvarsretten gjøres gjeldende. Ut ifra ordlyden er det dermed ingenting som tilsier hvem selvforsvarsretten kan benyttes mot. Et viktig spørsmål man dermed må ta stilling til, blir dermed hvordan man skal tolke dette fraværet av nærmere angivelse av hvem art. 51 kan brukes mot.

I juridisk teori har det vært en uttalt støtte til fordel for begge synspunktene. D. Murphy har blant annet uttalt:

”There is nothing in Article 51 of the U.N. Charter that requires the exercise of self-defence to turn on whether an armed attack was committed directly by another state. Indeed, the language used in Article 2(4) (which speaks of a use of force by one “Member”

against “any state”) is not repeated in Article 51. Rather, Article 51 is silent on who might commit an armed attack justifying self-defence.”⁵⁵

Det samme synet deles også av Shah:

”The attack can come from one member state against another or from non-member or non-state agents, for example a terrorist organisation”⁵⁶

Et motstridende syn på denne saken ser man i artikkelen til Egill Aarø inntatt i *”Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter”*. Han hevder her det motsatte av Murphy, nemlig at man ikke kan ta mangelen på en klar definisjon av hvem som kan være motpart for et selvforsvarsangrep til inntekt for at dette skal kunne være tillatt mot terrorgrupper/væpnede bander.

”Ordlyden i artikkel 51 inneholder intet om partsforholdet i krig og kan derfor vanskelig ses som støtte for at også private/terrorister kan være part, når motsatt følger av de rettskilder hvor temaet er behandlet. Formål og bakgrunn gir heller ikke støtte for at artikkel 51 kan utvide partsforholdet i krig.”⁵⁷

Et noe lunde samme utgangspunkt kan man også finne hos Geir Ulfstein i hans artikkel *”Terror og Folkerett”*. Han har likevel et litt annet syn på hvilken innflytelse art. 2(4) har på vurderingen av om art.51 er anvendelig på dette området, og dette fører til at han oppstiller et vilkår om tilknytning:

”Artikkel 51 sier ikke uttrykkelig noe om hvor et væpnet angrep må ha kommet fra for å gi rett til selvforsvar. (...). Det kan være spørsmål om det skal kreves at en annen stat kan knyttes til handlingen for å gi rett til selvforsvar. Fordi en selvforsvarshandling nettopp

⁵⁵ Murphy (2002) s.50.

⁵⁶ Shah (2007) s.104

⁵⁷ Aarø (2003) s.444

innebærer en rett til å bruke makt mot en annen stat på tross av det generelle forbudet i FN-paktens artikkel 2(4), bør en slik sammenheng kreves.”⁵⁸

Jeg tolker denne uttalelsen fra Ulfstein slik, at han ikke regner at artikkel 51 kan komme til anvendelse dersom det ikke er en stat som står bak, eller i det minste er involvert i handlingen. En videre drøftelse av denne problemstillingen vil jeg komme tilbake til under drøftelsen om når selvforsvarsretten kan benyttes. Siden det er vanskelig å avgjøre om man skal tolke art.51 på den ene eller den andre måten ut fra ordlyden, må man se om det finnes andre momenter som kan hjelpe oss på veien.

Et avgjørende moment vil være om for eksempel terrorister kan utføre handlinger som tilsvarer et ”*armed attack*”, slik art. 51 stiller som vilkår. Dersom dette ikke er mulig, vil man ikke kunne benytte seg av retten til selvforsvar.

Når det gjelder hva som kreves for å utgjøre et ”*armed attack*”, er dette noe jeg har redegjort grundig for i et tidligere kapittel. Likevel kan det igjen nevnes at angrepet må være av en sånn skala og effekt, at det ville blitt regnet for et angrep dersom det hadde blitt utført av vanlige militære styrker. Det vil også være et poeng, at terrorangrepet faktisk blir utført mot staten. Ulfstein sier videre i sin artikkel i LR. 2002, at

”Skader på bygninger, flykapringer og drap voldt av private vil vanligvis utelukkende bli ansett som kriminelle handlinger, og ikke som væpnet angrep mot en stat.”⁵⁹

Slike handlinger som dette bør regnes som forbrytelser, og skal dermed straffeforfølges. Likevel finnes det historiske eksempler på at både USA og Israel har gjort krav på selvforsvarsretten i henhold til slike handlinger. Israel gikk til angrep på Beirut flyplass i 1968 grunnet et terrorangrep på et israelsk fly i Athen, og på Tunisia i 1985 hvor PLO hadde kontorer. USA angrep Libya i 1986 grunnet en bombe på et diskotek i Berlin, Irak i

⁵⁸ Ulfstein (2002) s.74

⁵⁹ Ibid s. 73

1993 etter et mislykket attentatforsøk på daværende president Bush sr., samt Sudan og Afghanistan i 1998 etter angrep på USAs ambassader i Kenya og Tanzania. Alle disse tilfellene bør ansees for å være ulovlige selvforsvarshandlinger, og angrepene man ble utsatt for, vil heller ikke kvalifisere til å være et angrep av tilstrekkelig omfang. Alle disse handlingene ble til en viss grad møtt med motstand i det internasjonale samfunnet, og det kan nevnes at begge Israels nevnte handlinger ble fordømt av FNs sikkerhetsråd.

I tilfellet med angrepene på USA 11.sept. var omfanget og antall omkomne så store, at dette utvilsomt ble å regne som et ”armed attack”. Over 3000 personer omkom, og man rammet også sentrale symboler på USAs økonomi og militære posisjon.

Går man så over til å se på praksis, vil man se at i den allerede flere ganger omtalte *Nicaragua-saken*, slo ICJ fast, at ”*sending of armed groups into a state*”, kan utgjøre et ”armed attack”. Også resolusjonene som ble vedtatt av sikkerhetsrådet etter angrepene 11.sept. kan tas til inntekt for at man anser terrorhandlinger for å være angrep som kan tilsvare bruk av selvforsvarsretten. Både resolusjon nr 1368 og 1373, anerkjenner ”*the inherent right of individual or collective self-defence in accordance with the Charter*.”⁶⁰ Særlig i nr.1373 går sikkerhetsrådet langt i å innrømme bruk av makt mot terrorisme, når man i para.8

”*Expresses its determination to take all necessary steps in order to ensure the full implementation of this resolution, in accordance with its responsibilities under the Charter*”

Betegnelsen “*all necessary steps*” har ofte vært sett på som synonymt med bruk av makt. Likevel er det verdt å merke, at man i disse resolusjonene ikke betegner angrepene som et

⁶⁰ S/RES/1368(2001), S/RES/1373(2001)

”armed attack”, men som en ”threat to peace”. Hvorfor man gjorde det på denne måten, er det vanskelig å gi et godt svar på.⁶¹

Generelt kan det dermed konkluderes med, at det ikke er noe i veien for at artikkel 51 kan benyttes mot såkalte ”non-state actors” dersom angrepet oppfyller vilkårene om å være et ”armed attack” med tilstrekkelig effekt og skala. Diskusjonstemaet blir om det skal knyttes et vilkår til bruken av art.51 i slike tilfeller, nemlig at man skal kunne knytte en stat til disse handlingene. På denne måten har man bare gått en liten omvei for så å ende opp med at man ble angrepet av en annen stat likevel, slik som i de klassiske tilfellene.

4.2 Når kan retten til selvforsvar anvendes mot ”non-state actors”, eventuelt statene de måtte operere fra?

Som vi har sett til nå, er det ingenting ved selve artikkel 51, som skal tilsi at retten til selvforsvar ikke skal kunne anvendes mot terrorister og væpnede bander. Likevel vil det ha stor betydning for hvordan en situasjon skal håndteres, om landet som disse aktørene har sitt tilhold i, samtykker i deres handlinger eller ikke. En annen tenkt situasjon som kan oppstå, er at angrepene blir utført fra herreløse territorier, som for eksempel det åpne hav eller verdensrommet.

Ser man på det siste eksempelet først, som best kan karakteriseres som et teoretisk eksempel, vil et slikt angrep etter mitt syn tilsi at man har selvforsvarsretten i sin fulle behold. Man vil da ikke utføre et selvforsvarsangrep som kan virke provoserende eller krenkende på noen stat. Siden dette ikke er et veldig sannsynlig alternativ, velger jeg å ikke gå inn i noen videre drøftelse av denne problemstillingen.

⁶¹ Cassese fremsetter en antagelse om at det skyldes USAs ønske om å kunne handle på egenhånd, ved hjelp av allierte, uten å måtte rapportere til sikkerhetsrådet slik man må i tilfeller der selvforsvar blir brukt mot et ”armed attack”. (2001) s.996

Av de to andre, og mer sannsynlige alternativene, er det tilfellet der landet ikke samtykker i deres handlinger, som vil skape det største problemet folkerettsmessig. Vil det være riktig å gå til motangrep på en stat som ikke har noen innflytelse på de handlinger som en gruppe terrorister utfører med base i dette landet? Slik jeg ser det, må flere momenter må her tas med i vurderingen.

Det man uansett først kan slå fast, er at den angrepne stat vil ha alle rettigheter til å stanse det angrepet som måtte komme, samt å pågripe angriperne, når de befinner seg i den angrepne stats territorium. Problemet vil være om man har rett til å krysse grensen, og utføre handlinger først og fremst mot terroristene, men også eventuelt mot den staten hvor disse har tilhold.

Som nevnt ovenfor, oppstiller Ulfstein som vilkår for å kunne utføre en selvforsvarshandling, at de såkalte "non-state actors" og deres handlinger, kan knyttes opp mot en stat. Dette synet finnes det også støtte for hos blant annet Shah⁶². Dersom det er riktig at en slik forutsetning skal kreves, blir spørsmålet her; når kan man si at en stat er ansvarlig for de handlinger som enkeltpersoner foretar seg? Dette finnes det ikke noe klart svar på, noe som skyldes at

*"international case law is contradictory, no treaty in force addresses the subject, and rules of attribution have not risen to the level of customary international law."*⁶³

Man må dermed gjøre en samlet vurdering av de kildene som er tilgjengelige. Disse finner man i uttalelser fra FN-organer, samt fra domstolspraksis, herunder ICJ.

Ser man først på uttalelser gitt av FN-organer, finner man en uttalelse i artikkel 8 i "State Responsibility of the International Law Commission":

⁶² Shah (2007) s. 108

⁶³ Townsend (1997) s. 635

*”The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.”*⁶⁴

Man ser her at man oppstiller et strengt krav til tilknytning, som vil innebære at man ligger veldig tett opp til å handle på vegne av den staten man opererer fra. Ut fra dette utgangspunktet, vil en stat ikke være ansvarlig for de handlinger som enkeltindivider foretar seg. Det må kunne kreves en skikkelig kobling, og det vil dermed ikke være tilstrekkelig med perifere og tilfeldige handlinger.⁶⁵

I *Nicaragua-saken*, stilte ICJ som vilkår, at USA hadde hatt effektiv kontroll på de handlinger som opprørsgruppen ”*Contras*” utførte. Dette kravet ligger nært opp til det kravet som ILC foreslår, og vil etter mitt syn ikke innbære noen forskjell i vurderingsmåten. *Nicaragua-dommen* ble forøvrig kritisert i den såkalte *Tadic-saken*, hvor the Appeals Chamber i Jugoslaviadomstolen hevdet at det var tilstrekkelig med ”*overall control*”. Denne kritikken ble igjen avvist av den nevnte International Law Commission, da *Tadic-saken* dreide som en annen type sakstilfelle⁶⁶. Dersom man skulle lagt dette kontrollkravet til grunn, ville et større antall handlinger kunne blitt vurdert som utført under statlig ansvar, selv om det må kunne sies at også dette kravet er strengt. I en dom fra 2007⁶⁷, velger ICJ å legge seg på den linjen som er valgt i nevnte artikkel 8 og i *Nicaragua-saken*. Det blir dermed naturlig å anta, at dette vil være de sentrale vurderingskriteriene som når man skal vurdere staters tilknytning til enkeltpersoners handlinger. Likevel vil det etter mitt syn være vanskelig å kunne føre bevis for slike tette forbindelser. Og når skal man sette grensen for at en stat har effektiv kontroll? Som nevnt

⁶⁴ Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001) article 8

⁶⁵ Shah (2007) s.109

⁶⁶ Ulfstein (2002) s.75

⁶⁷ “... the “overall control” test is unsuitable, for it stretches too far, almost to breaking point, the connection which must exist between the conduct of a State’s organs and its international responsibility.” ICJ Reports 26 February 2007 para.406-407 ”Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide”.

tidligere, vil ”*sending of armed bands*” utgjøre et ”*armed attack*”, og man vil dermed ha effektiv kontroll siden man har sendt gruppene på vegne av staten. I slike tilfeller er det dermed ikke tvil. Hva så med finansiering, våpenanskaffelser, trening, logistikk osv.? Slike tilfeller ble det slått fast i *Nicaragua-saken* at ikke ville være å anse som et ”*armed attack*”, man kan dermed ikke utøve selvforsvarsretten mot stater som utfører slike handlinger. I tilfellet med 11.sept. handlingene, ville det ikke være grunnlag etter Nicaragua-synsmåten, å angripe Afghanistan og dets regime dersom det bare hadde stått for flybilletter, opplæring og fremskaffelse av de knivene som ble brukt under kapringene. Afghanistan hadde ikke utført et ”*armed attack*” i denne forstand. Det er også tvilsomt om flykaprerne var sendt på vegne av Talibanregimet. Likevel er det en mulighet for at man kunne anse Al Qaida for å være et såkalt ”*de facto*” statsorgan. Dette vil i så fall bety at dette terrornettverket uformelt fungerte som en del av det offisielle statsapparatet i landet. Også dette har det vært mye diskusjon rundt, der blant annet Ulfstein har hevdet at man ikke kan si at noe slikt forhold forelå⁶⁸. Skulle man likevel finne det bevist at det foreligger et ”*de facto*”-tilfelle, vil man si at det finnes tilstrekkelig med tilknytning mellom stat og enkeltindivider.

Dersom det ikke finnes tilstrekkelig med bevis for at enkeltindividene kan identifiseres med den staten som de opererer fra, vil det da likevel finnes andre måter som kan legitimere slike angrep på ”*non-state actors*”, og eventuelt deres tilholdsstat?

Et viktig alternativ finner man i den plikten en stat vil ha til å forhindre at slike angrep kan finne sted. Dette alternativet vil først og fremst vær fremtredende i de tilfeller hvor en stat passivt forholder seg til at grupper med den hensikt å utføre ulovlige handlinger mot andre stater befinner seg på ens territorium. Hva er så grunnlaget for at man kan bli stilt til ansvar for handlinger etter denne måten?

For det første finnes det to sentrale dommer fra ICJ som omhandler dette temaet. Den første er den såkalt ”*Corfu-saken*” fra 1949, der Albania ble dømt til å betale erstatning til

⁶⁸ Ulfstein (2002) s.76

Storbritannia for at man ikke hadde varslet om miner som lå utenfor Albanias kyst, selv om det ikke var sikkert at det var Albania som hadde lagt dem ut⁶⁹. Den andre sentrale dommen er *Teheran-saken*⁷⁰, der Iran ble holdt ansvarlig overfor USA for angrep på ambassaden, utført av ”*Muslim Student Followers of the Imam's Policy*”. I dette tilfellet ble det slått fast at Iran ikke hadde oppfylt sine plikter til å forhindre at et slikt angrep ble utført mot USA. Ingen av disse sakene kan ansees for å være terrorhandlinger, men de er klare illustrasjoner på hvordan plikten til å forhindre angrep skal tolkes. I tillegg til denne domsstolspraksisen, er også den såkalte ”*Friendly Relations*”-resolusjonen, vedtatt av Generalforsamlingen i FN i 1970⁷¹, en klar kilde på at stater ikke kan akseptere at slike grupper oppholder seg i landet.

“Every State has the duty to refrain from organizing, instigating, assisting or participating in acts of civil strife or terrorist acts in another State or acquiescing in organized activities within its territory directed towards the commission of such acts, when the acts referred to in the present paragraph involve a threat or use of force”⁷²

Liknende uttalelser blir også gjort i Generalforsamlingens resolusjon 49/60 fra 1994. Det er likevel viktig i denne forbindelsen å poengtere at Generalforsamlingens resolusjoner, i motsetning til de som kommer fra sikkerhetsrådet, ikke er bindende for medlemsstatene men er retningsgivende. Likevel kommer disse synspunktene så klart til uttrykk, og med støtte fra så stor del av det internasjonale samfunnet, at man må kunne anse det som brudd på sedvaneretten å ha noen som helst omgang med terrorister. Man har også fått en uttalelse i den nevnte sikkerhetsrådsresolusjon 1373, hvor det heter at alle stater skal:

“Refrain from providing any form of support, active or passive, to entities or persons involved in terrorist acts, including by suppressing recruitment of members of terrorist groups and eliminating the supply of weapons to terrorists;

⁶⁹ ICJ Reports 1949 ”Corfu Channel Case”

⁷⁰ ICJ Reports 1980 “United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran”

⁷¹ Generalforsamlingens resolusjon nr 2625 (XXV) 1970

⁷² Ulfstein (2002) s.77

(b) Take the necessary steps to prevent the commission of terrorist acts, including by provision of early warning to other States by exchange of information;
(c) Deny safe haven to those who finance, plan, support, or commit terrorist acts, or provide safe havens;
(d) Prevent those who finance, plan, facilitate or commit terrorist acts from using their respective territories for those purposes against other States or their citizens;”

Selv om et statsansvar på et slikt grunnlag finnes, vil det slik jeg ser det, ikke kunne gjøres gjeldende i alle tilfeller der terrorister oppholder seg innenfor grensene til en stat. Spesielt vil dette gjelde i de tilfellene der staten ikke samtykker i disse handlingene, og der de ikke makter å ta et oppgjør med de gruppene som måtte oppholde seg i landet. Eksempler på dette finnes det enkelte av i historien. I 1982 gikk Israel til selvforsvarshandlinger mot palestinske baser i Libanon, etter at libanesiske myndigheter ikke var i stand til å forhindre disse angrepene. Liknende situasjon finner man litt lenger tilbake i tid, da amerikanske tropper gikk inn i Mexico i 1916 for å stanse angrep fra væpnede bander som de mexicanske myndighetene ikke kunne forhindre⁷³. I slike tilfeller står man overfor en situasjon, der selvforsvarshandlinger etter mitt syn likevel må kunne tillates. Man går her nærmest inn på den andre statens velsignelse, og utfører den handlingen som den staten man går inn i, ikke greier.

Dersom det nå skulle foreligge en kobling mellom terroristene, og den staten de opererer fra, hvor langt har man lov til å gå i sine selvforsvarshandlinger? Jeg har tidligere i oppgaven kort slått fast at man går over en grense når man utfører handlinger som fører til regimeskifte i landet. Dette kan begrunnes ut fra kravene om proporsjonalitet og nødvendighet, som jeg har redegjort for tidligere i avhandlingen. Dersom man regnet de handlingene som USA utførte i *Nicaragua-saken* for å være uproporsjonale og unødvendige, vil det være rimelig klart at det å fjerne det sittende regimet slik man har gjort i både Afghanistan og i Irak, vil være i strid med disse prinsippene.

⁷³ Dinstein (2005) s. 247-248

Skal man da til slutt trekke noen konklusjoner, kan det være greit at man tar de to sentrale situasjonene hver for seg. Ser man først på de tilfellene der staten ikke samtykker i de handlinger som blir utført fra deres territorium, vil det etter mitt syn være klart at man ikke kan benytte seg av retten til selvforsvar med mindre staten det opereres fra, ikke lykkes i å forhindre det væpnede angrepet. Men da vil det bare være et selvforsvarsangrep som er rettet mot terroristene, og ikke mot staten de opererer fra. Enkeltindivider som utfører slike handlinger, utfører forbrytelser som skal straffeforfølges av det landet hvor de har sin base.

Ser man så på de tilfellene hvor staten det opereres fra, samtykker i handlingene, vil man kunne rette et selvforsvarsangrep også mot staten dersom det finnes en tilstrekkelig link mellom de såkalte ”*non-state actors*” og staten. Dette vil spesielt være tilfelle der terrorgrupper er såkalte ”*de facto*”-statsorganer.

5 Retten til selvforsvar mot angrep som enda ikke har funnet sted

Et av de aller største diskusjonstemaene rundt artikkel 51, dreier seg om retten til å anvende selvforsvar mot handlinger som enda ikke har funnet sted. Hva gjør man dersom man har klare indikasjoner på at et terrornettverk er i ferd med å gjennomføre et større angrep? Det første klassiske eksempelet på en sak som omhandlet dette temaet, fikk man 1837 med den såkalte *Caroline-saken*. Denne har av mange blitt betegnet som selve ”*locus classicus*”, ikke bare innen dette området av retten til selvforsvar, men av hele selvforsvarsretten generelt. *Caroline-saken* vil bli nærmere gjennomgått senere i dette kapittelet.

Jeg velger å dele inn den videre drøftelsen av problemstillingen på følgende måte: Først vil jeg gjennomgå forskjellige begreper i forbindelse med en slik situasjon. Dernest vil jeg se etter en mulig hjemmel, da først og fremst i art.51, men også i internasjonal sedvanerett og statspraksis.

5.1 Begrepsavklaring

Når man gjennomgår den juridiske litteraturen som finnes på dette området, vil man se at det finnes flere begreper som omhandler noen lunde det samme temaet. De forskjellige betegnelse definerer de forskjellige stadiene som det mulig forestående angrepet er på. Det kan spørres om det har noe for seg at man gjør en slik inndeling, og i norsk litteratur har det vært vanlig at man bare bruker betegnelsen preventivt selvforsvar som en samlebetegnelse.

Et av begrepene som har vært brukt, er "*anticipatory self-defence*", som på norsk kan oversettes med antesipert selvforsvar. Dette vil si at man forventer at et angrep er nært forestående. Man ser klare tegn, som vil være mer enn bare planlegging og enkle troppe- og materielle forflytninger. Situasjonen blir beskrevet av Waldock som

*"where there is convincing evidence not merely of threats and potential danger but of an attack being actually mounted, then an armed attack may be said to have begun to occur, though it has not passed the frontier"*⁷⁴

Dinstein bruker også en annen betegnelse som har mye til felles med det antesiperte selvforsvaret. "*Interceptive self-defence*"⁷⁵ kan best på norsk beskrives som avskjærende selvforsvar, og Dinstein illustrerer dette med at et slikt tilfelle ville oppstått dersom USA hadde greid å ødelegge den japanske flyflåten som var på vei mot Pearl Harbour, før et eneste japansk fly hadde nådd frem.

Videre har man det nevnte "*preventiv self-defence*" eller "*preemptive self-defence*". Dette vil være situasjoner hvor angrepet man forventer skal komme, ligger litt lenger frem i tid.

⁷⁴ Waldock, "The regulation of the Use of Force by Individual States in International Law", 81 Hague Recueil s.498. Siteret i O'Connell s.8 (2002)

⁷⁵ Dinstein (2005) s.190

Det kan også dreie seg om at det ikke foreligger klare indikasjoner på at et angrep vil komme, men man føler seg truet av for eksempel en stats holdninger. En definisjon som er gitt av ”*preemptive self-defence*”, er som følger

”... a claim of authority to use, unilaterally and without international authorisation, high levels of violence in order to arrest a development that is not yet operational and hence is not yet directly threatening, but which, if permitted to mature, could be neutralised only at a high, possibly unacceptable, cost.”⁷⁶

Man ser her at det eventuelt vil være et vilkår at trusselen som foreligger, må være av en særdeles alvorlig karakter, og vil kreve store resurser til å slå tilbake dersom det hele får lov til å utvikle seg.

Det må være riktig å si at det var et slikt grunnlag USA valgte da man gikk til det skritt å invadere, og avskaffe, regimet til Saddam Hussein i Irak i 2003. Her anså man trusselen påståtte masseødeleggelsesvåpen utgjorde som så stor, at man fant det mest formålstjenelig å overta styringen i landet med store militære styrker. Et annet kjent eksempel er Israels bombing av den irakiske atomreaktoren i Osirik i 1981.

Man ser dermed at det kan være av betydning at man gjør en vurdering av hvor nært forestående et eventuelt angrep er, og jeg synes dermed også at det viktig at man beholder et skille mellom antesipert selvforsvar, og preventivt selvforsvar.

⁷⁶ Reisman ”Self-defence in an Age of Terrorisme” (2003) 97 American Society of International Law Proceedings s.142, sitert i Shah (2007) s.112

5.2 Hjemmel for retten til selvforsvar mot angrep som enda ikke har funnet sted

Den store problemstilling blir da om det finnes en hjemmel noe sted, for at slike angrep kan være tillatt. Man må da nok en gang gjøre en grundig gjennomgang av ordlyden i art.51, samt se på forarbeider og andre aktuelle kilder, som kan gi svar på dette spørsmålet.

Dersom det ikke finnes grunnlag i art.51, blir det et videre et spørsmål om det kan finnes et grunnlag i sedvaneretten.

5.2.1 Hjemmel i art.51

Ser man først på ordlyden i art.51, er denne rimelig klart på at et angrep er nødt til å ha funnet sted, for at man skal kunne utøve retten til selvforsvar. Dette ser man i den engelske versjonen *"if an armed attack occurs"*, samt i for eksempel den norske oversettelsen, hvor det heter *"når et væpnet angrep er blitt foretatt"*. Ser man derimot på den franske teksten, som også regnes for å være et av originalspråkene som traktaten er utformet på, er ikke denne like klar på dette området. Her heter det nemlig, at selvforsvarsretten kan benyttes dersom *"un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée"*. Oversatt til norsk, blir dette at man har rett til å utøve selvforsvar dersom man er *"objekt"* for et væpnet angrep. Det kan dermed argumenteres for, at man kan være et objekt for et væpnet angrep, uten å enda ha blitt fysisk angrepet. Blant annet kan det da vises til det nevnte eksemplet som Dinstein bruker i forbindelse med sin teori om *"Interceptive self-defence"*. Man vil i dette tilfellet kunne si at USA var objektet for det væpnede angrepet som Japan utførte, selv før man hadde sluppet en eneste bombe. Hvordan skal man da avgjøre hvilken av tekstutgavene man skal legge vekt på? For å avgjøre dette spørsmålet, må man gå til *Wienkonvensjonen om traktatretten* av 23.mai 1969. Denne traktaten regulerer blant annet hvordan traktater skal tolkes. I tilfeller der traktater har flere enn én autentisk tekst, slik tilfellet er med FN-pakten, sier artikkel 33 (3) i konvensjonen at uttrykk i teksten er ment å ha samme betydning på alle originalspråk. Fjerde ledd i samme artikkel, sier i tillegg at man skal velge den betydning som best gjengir formålet med avtalen. Slik artikkel 51 har

blitt anvendt, og diskutert i litteraturen, er det etter mitt syn riktig å slå fast at det er den engelske utgaven som skal legges til grunn i dette tilfellet.

Tidligere i oppgaven har jeg redegjort for forskjellige synspunkter i forbindelse med en utvidende eller restriktiv fortolkning av art.51. Særlig i forbindelse med en diskusjon om det skal være tillatt å forkjøpshandle i selvforsvar, vil forskjellen på de to tolkningsmåtene gjøre seg gjeldende. De som tolker artikkel 51 utvidende, vil generelt lettere kunne anføre at det bør være mulig med selvforsvarshandlinger i slike tilfeller, mens de som har et restriktivt tolkningsmåte vil ha større problemer med å innrømme en slik rett på grunnlag av art.51. Forsvarere av retten til forkjøpsangrep har først og fremst lagt tyngden på den såkalte ”*inherent right of self-defence*”, og at det før man fikk FN-pakten eksisterte en rett til å anvende selvforsvar mot angrep som enda ikke hadde funnet sted. Man hevder at det ikke var skaperne av paktens intensjon å innsnevre bruken, snarere bare å manifestere den. Selv om artikkel 51 ikke var en opprinnelig del av de såkalte ”*travaux préparatoires*”, mener jeg likevel at det bør være et argument at den likevel ble vedtatt og tatt inn med den ordlyden den har. Det har også vært poengtert at

”... the drafting of the Article was not an isolated event which occurred in 1945 but the culmination of the evolution of customary international law.”⁷⁷

Dette virker for meg som et naturlig synspunkt. Verden hadde på avtaletidspunktet nettopp gjort seg ferdig med sin andre verdenskrig på bare litt over 30 år. Kriger som hadde kostet flere millioner mennesker livet. Man så etter dette et behov for å forhindre at slike grusomheter kunne skje igjen, og man så behovet for avtaler som kunne regulere staters oppførsel. Selv om flere forsøk slike traktater allerede var forsøkt, var det ingen som tidligere hadde samme tyngde som dannelsen av FN og undertegnelsen av FN-pakten. Man anså dermed den gjeldende sedvaneretten på området som lite tilstrekkelig, og den utviklingen den hadde brakt med seg, som lite ønskelig. De lovløse tilstandene som tidligere hadde hersket, ble nå satt under regulerte former.

⁷⁷ Se nærmere om grunnlaget for denne påstanden i Constantinou (2000) s. 54

Tilhengerne av en utvidet tolkning kan også kritiseres for å en snever tolkning av den grammatiske sammenhengen som finnes i art.51. I en artikkel av Hamid⁷⁸ blir det poengtert at ”*if an armed attack occurs*” er en kvalifiserende nødvendighet for at det skal foreligge en ”*inherent right*”. Ved at man bare ser snevert på betegnelsen ”*inherent right*”, tar man det hele ut av sin sammenheng, og dermed bryter man et av de viktigste momentene ved tolkning av traktater og avtaler, nemlig å se det hele i sammenheng. Et godt sitat fra Brownlie lyder som følger:

*”Where the Charter has a specific provision relating to a particular legal category, to assert that this does not restrict the wider ambit of the customary law relating to that category or problem is to go beyond the bounds of logic. Why have treaty provisions at all?”*⁷⁹

Her ligger kanskje et av hovedargumentene bak synspunktet om at det ikke skal være tillatt med verken antesipert selvforsvar, eller preventivt selvforsvar. Det må kunne slås fast at det er art.51 som er gjeldende rett på hva som er unntaket fra forbudet mot bruk av makt i art.2(4), åpner man opp for at det skal være mulig å tolke art.51 i alle retninger som man måtte ønske, og alt etter som man måtte ha behov for, vil man i mange tilfeller komme i situasjoner som må sies å være lite heldige. Vil det være riktig at man da kan gjøre gjeldende all tidligere gjeldende rett på områder hvor man nå har fått avtalefestet regulering, der man ikke er enige i den løsningen som er valgt, og der den nye regelen kanskje ikke tar direkte avstand fra tidligere gjeldende rett? Selvsagt er det sett fra et juridisk ståsted riktig, og sentralt i all avtaletolkning, at man forsøker å finne den riktige meningen bak avtalen, ofte må dette gjøres sett i lys av tidligere gjeldende rett. Likevel gjelder dette stort sett bare der avtalen er så uklar på området, at det er vanskelig å tolke seg til gjennom ordlyden. I dette tilfellet er den etter mitt, og mange andres syn, rimelig klar.

⁷⁸ Hamid (2007) s. 441-490

⁷⁹ Brownlie s. 273

Å finne synspunkter som kan være til støtte for en rett til forkjøpsangrep med grunnlag i art.51, er etter mitt syn vanskelig. Grunnlaget man eventuelt må ha, er at det må kunne aksepteres at det finnes hjemmel i sedvaneretten. Dette grunnlaget må eventuelt kunne basere seg på at FN-pakten ikke lenger er gjeldende rett på området, og at den rett og slett kan argumenteres for å være i store grad død og begravd på områder som har med bruk av makt å gjøre. Et slikt synspunkt begrunnes med staters stadige brudd på pakten. Et slikt syn kommer blant annet til uttrykk hos Glennon⁸⁰, som i sin artikkel viser til det store gapet som finnes mellom det som skal være gjeldende rett på området, og det som faktisk er gjeldende rett på området. Han skriver blant annet følgende:

”The reality is that Article 51 is grounded upon premises that neither accurately describe nor realistically prescribe state behavior. To ignore that dissonance ill serves efforts to develop a realistic, workable legalist order to govern the use of force.”⁸¹

Jeg tolker dette utsagnet slik, at Glennon anser art.51 for å være tilnærmet verdiløs på området. Det må da med andre ord, ha vokst frem en generell statspraksis, og denne må nå etter hans syn være gjelde rett på området. Om dette er en realitet, er noe jeg vil komme tilbake til i det neste avsnittet.

5.3 Hjemmel i sedvanerett/statspraksis

Før jeg går nærmere inn på diskusjonen om det finnes en hjemmel i sedvanerett/statspraksis, kan det være greit å gi en kort oversikt over vilkårene for sedvanerettsdannelsen i folkeretten. Første vilkår er at det kreves en fast praksis over tid. Hvor lang tid det her er snakk om, finnes det få retningslinjer på, men det er en generell oppfatning at denne tidsperioden ikke trenger å være spesielt lang. Videre krever art.38(1) i statuttene til ICJ, at det skal foreligge en ”*general practice*”. Dette betyr at regelen må

⁸⁰ Glennon (2001-2002) s.539-558

⁸¹ Ibid s.549

følges av et betydelig antall stater, men det trenger ikke være alle verdens stater⁸². Når det så foreligger en praksis, er det igjen viktig at man forholder seg til denne i den tro at den er gjeldende rett. Man må med andre ord ikke handle mot gjeldende folkerett med vitende og vilje. Det har også blitt uttalt at man ved vurderingen om det er skapt sedvanerett bør legge vekt på for eksempel sedvanens hensiktsmessighet og kvalitet⁸³. Dersom disse nevnte vilkårene er oppfylt, kan det sies å være dannet en folkerettslig sedvaneregel.

Som nevnt tidligere, blir det hevdet at den såkalte *Caroline-saken* fra 1837 er den selveste ”*locus classicus*” innen selvforsvarsretten, og som også danner grunnlaget for læren om forkjøpsangrep. Det kan derfor være på sin plass å gi et lite sammendrag av hva som skjedde, og hva som førte til at det oppstod en *Caroline-doktrine*⁸⁴.

I 1837 kjempet canadiske opprørere mot de britiske styresmaktene i en kamp for å løsrive en del av Canada fra kolonimakten. Amerikanske sympatisører fra New York bestemte seg etter hvert for å delta på opprørens side, og i desember samme året inntok en gruppe amerikanere ”Navy Island” i Niagaraelven. Dette var et klart brudd på britisk suverenitet. På denne øya, ble det etablert et provisorisk revolusjonært styre, som hadde som mål og fjerne det britiske styret i Canada. I perioden 13. desember til 29. desember, ble britiske skip som passerte øya beskyttet av rebellene fra USA. Man hadde i tillegg i denne perioden, økt antallet soldater til over 1000, som sammen med materiell hadde blitt skipet over til øya ved hjelp av båter, deriblant steameren ”Caroline”.

Selv om amerikanske myndigheter prøvde så godt de kunne for å stanse disse handlingene, var dette til lite nytte. Om natten den 29. des. bordet britiske styrker ”Caroline”, satte den i brann, og sendte den utfor Niagarafossen, som et tilsvarende svar på de handlinger som opprørerne hadde utført. Dette gikk selvsagt ikke upåaktet hen fra USAs side. I et brev fra USAs utenriksminister Webster til Storbritannias utsending Lord Ashburton, ble følgende uttalt:

”It will be for ... (Her Majesty’s) 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

⁸² Ruud og Ulfstein (2002) s.54

⁸³ Fleischer (2000), s.43

⁸⁴ Hamid (2007) s.462-463

show, also, that local authorities of Canada ... did nothing unreasonable or excessive; since the act justifies by the necessity of self-defence, must be limited by that necessity, and kept clearly within it ...”

Denne handlingen utført av britiske styrker har dermed av mange blitt ansett for å være et sedvanerettslig grunnlag for forkjøpsangrep⁸⁵, da man anså at det ble handlet på bakgrunn av å forsøke og forhindre fremtidige angrep. Før man starter på en nærmere gjennomgang av dette synspunktet, kan det også sies at britene aksepterte Websters argumentasjon om nødvendighet og proporsjonalitet, og innrømmet å ha handlet utover disse. Disse kriteriene har stått seg som viktige vilkår i retten til selvforsvar, og har blitt kommentert tidligere i oppgaven. Går man så tilbake til synspunktet om at *Caroline-saken* danner grunnlaget for forkjøpsangrep, har det fra flere hold kommet kritiske synspunkter til dette⁸⁶.

Først og fremst, synes det for meg klart at det i dette tilfellet ikke dreide seg om et forkjøpsangrep overhodet. Som Dinstein poengterer

”There was nothing anticipatory about the British action against Caroline steamboat on US soil, inasmuch as use of the Caroline for transporting men and materials across the Niagara River – in support of anti-British rebellion in Canada – had already been in progress.”⁸⁷

De amerikanske opprørerne hadde tross alt befunnet seg på øya, helt siden 13. desember. Gruppen hadde allerede angrepet britiske fartøyer og militære ved flere anledninger i denne perioden. Slik jeg ser det, måtte angrepet på ”*Caroline*” ha kommet allerede før man hadde satte i land de første troppene på Navy Island. I et slikt tilfelle ville det ha vært snakk om å komme den angripende stat i forkjøpet.

⁸⁵ Se blant annet Bowett (1958) s.58-61

⁸⁶ Se Hamid (2007) s.463-464

⁸⁷ Dinstein (2005) s.184

Videre blir det poengtert at man i *Caroline-tilfellet* faktisk står overfor en situasjon som minner om de jeg omtalte i forrige kapittel om angrep fra terrorister eller væpnede bander som handler på individuelt ansvar uten å være sent på vegne av staten de opererer fra, og uten at det finnes noen form for kontakt mellom stat og enkeltindividene. Det blir dermed vanskelig å påstå at *Caroline-saken* kan danne grunnlag for en sedvanerettsregel der det åpnes opp for at en stat kan gå til forkjøpsangrep på en annen stat.

Når man dermed går gjennom de forskjellige momentene i *Caroline-saken*, ser man at den vanskelig kan anvendes som det grunnlaget tilhengerne av antesipert- og preventivt selvforsvar hevder den er.

Skulle det likevel kunne sies å eksistere et grunnlag som en følge av denne saken, ville den likevel ha store problemer med å ha en virkning på tross av art. 2(4) og art.51. Dette kan begrunnes med at dersom en slik lære skal kunne gjøres gjeldende, vil den måtte ha status som tilsvarer ”*jus cogens*”. Dette vil si at denne læren må være en sedvanerettsregel som er så grunnleggende, at den ikke kan fravikes ved konvensjon. Det må kunne anses som klart at ingen har hevdet at retten til forkjøpsangrep er en ”*jus cogens*” regel⁸⁸. Derimot har ICJ ansett forbudet mot bruk av makt i art.2(4) som en slik regel⁸⁹. Artikkel 2(4) hjemler som kjent bare to unntak til denne regelen, der art.51 er et av dem, og hvor det heter at selvforsvar bare kan brukes hvor det har funnet sted et væpnet angrep.

Det videre spørsmålet blir så om man kan finne veiledning i statspraksis, og ”*opinio juris*”. Som nevnt i forrige avsnittet, har det fra enkelte hold blitt fremsatt synspunkter om at de regler som gjelder for bruk av makt, kan anses for å være uten virkning i dag. Juridiske forfattere som nevnte Glennon, og Thomas Franck, begrunner dette med at de så ofte blir neglisjert av stater. Den enkleste måten å undersøke om dette er tilfellet, er å lete etter tilfeller som eventuelt støtter opp om dette argumentet, eller i det minste gir klare tegn på at det eksisterer en slik praksis.

⁸⁸ O’Connell (2002) s.13

⁸⁹ Nicaraguasaken para. 190

Ser man på historien før angrepene som kom 11.september 2001, er det generelt tre tilfeller som blir nevnt av tilhengerne til en slik type angrep. Det første er *Cuba-missilhendelsen* i 1962, den andre er *Seksdagerskrigen* i 1967, og den tredje er Israels angrep på atomreaktoren i Irak i 1981⁹⁰.

Tar man først Cubakrisen i 1962, ble det ikke anført av USA at man anvendte denne typen selvforsvar da man iverksatte militærblokaden av Cuba. Det virker derfor rart på meg at enkelte hevder dette gir grunnlag, når man i stedet baserte seg på art.52 om regionale ordninger for fred⁹¹. Hadde USA hevdet å ha handlet i selvforsvar, ville dette vært noe også Sovjet kunne ha brukt mot USAs våpenbaser i Europa. USAs handlinger i forbindelse med denne situasjonen, danner dermed ikke et grunnlag for forkjøpsangrep.

Går man så videre til å se på Israels angrep på Egypt, Jordan og Syria i 1967, kan dette virke som et godt eksempel på en preventiv selvforsvarshandling. Likevel hevdet heller ikke her Israel at man handlet på dette grunnlaget. Man anførte her som grunnlag at man var utsatt for et angrep fra Den Arabiske Union, med Egypt i spissen. Dette med bakgrunn i blokader og oppbyggingen av tropper mot den Israelske grensen. I ettertid har det nok vist seg at hele situasjonen rundt *Seksdagerskrigen* var nøye konstruert av Israel, og at man i ettertid nok gjorde seg nytte av et preventivt angrep. Hadde dette vært kjent under behandlingen i sikkerhetsrådet, ville man nok også inntatt en strengere holdning mot Israels handlinger. Heller ikke denne situasjonen vil tjene som grunnlag for en påstand om statspraksis.

Også den siste handlingen dreier seg om Israel, og deres bombing av en Irakisk atomreaktor i Osirik. Atomreaktoren var bygget med fredelige hensikter, men Israel mente den var i stand til å produsere en atombombe som kunne ramme Israel. Man følte seg

⁹⁰ Hamid (2007) s.468-474

⁹¹ Grey (2004) s.131

dermed truet, og gikk til flyangrep på reaktoren. Et samlet sikkerhetsråd, inkludert USA, fant

”the military attack by Israel in clear violation of the Charter of the United Nations and the norms of international conduct.”⁹²

Dermed viser det seg at heller ikke denne hendelsen er tjenelig som grunnlag for å hevde at det fantes statspraksis som hjemlet forkjøpsangrep før hendelsene 11.sept. 2001.

Hva har så skjedd etter 11.september 2001? Har situasjonen forandret seg med tanke på statspraksisen? Det store skiftet i verden har først og fremst kommet gjennom USAs endrede holdning, og innførselen av den såkalte ”*Bush-doktrinen*”. I taler og gjennom et ganske omfattende strategidokument, åpner President George W. Bush, og hans regjering opp for en mer omfattende bruk av forkjøpsangrep mot nasjoner som kan true, først og fremst mot USA, men også mot verdensfreden. I innledningen på ”*The National security strategy of the United States of America*” uttaler president Bush følgende:

“Our enemies have openly declared that they are seeking weapons of mass destruction, and evidence indicates that they are doing so with determination. The United States will not allow these efforts to succeed. We will build defenses against ballistic missiles and other means of delivery. We will cooperate with other nations to deny, contain, and curtail our enemies’ efforts to acquire dangerous technologies. And, as a matter of common sense and self-defense, America will act against such emerging threats before they are fully formed”⁹³

Man uttaler også rimelig direkte at:

⁹² Sikkerhetsrådets res. 487, 19. juni 1981, punkt 1.

⁹³ <http://www.whitehouse.gov/nsc/nss/2002/nss.pdf> (Sist besøkt 20.04.08)

“To forestall or prevent such hostile acts by our adversaries, the United States will, if necessary, act preemptively.”⁹⁴

En slik handling viste man gjennom angrepet på Irak i 2003, at man var villige til å gjennomføre. Også i Afghanistan handlet man på sett og vis ut ifra prinsippet om forkjøpsangrep, selv om dette også var ment som et svar på de terrorhandlinger landet var utsatt for. Den store forskjellen på disse to tilfellene så man også i måten det ble reagert på i det internasjonale samfunnet. Selv om debatten var stor blant juridiske kommentatorer, var fordømmelsen av angrepet fra stater nærmest fraværende. Dette i stor motsetning til situasjonen i Irak, hvor flere av verdens ledende stater tok avstand fra de handlinger som ble utført av USA og deres allierte.

Man har også gjort det til et viktig poeng at man ikke vil gjøre noen forskjell på terrorister, og de stater som måtte huse disse. Utfører man forkjøpshandlinger mot ”*non-state actors*”, og også generelt motangrep mot slike som nevnt i kapittel 4, kan det være snakk om at man i stedet utfører en utvidet form for politimyndighet, i de tilfeller hvor staten hvor disse opererer fra ikke evner å gjøre noe med disse grupperingene. Man vil da på sett og vis havne utenfor den klassiske selvforsvarshandlingen, og muligens også utenfor artikkel 51. Jeg vil ikke gå noe nærmere inn på en slik problemstilling da jeg føler den går litt utenfor oppgaven, men velger likevel å påpeke dette som et mulig hjemmelsgrunnlag som kan være bedre egnet for slike handlinger enn art.51.

Hvor leder så denne utviklingen av USAs holdning til preventivt selvforsvar oss? Vil det være riktig å si at det på grunn av en holdningsendring fra USA og enkelte nære støttespillere har dannet seg en statspraksis som tillater bruken av en slik type selvforsvar? Etter mitt syn, og også blant juridiske forfattere, er det rimelig klart at én stats praksis, ikke kan utgjøre et så radikalt skifte, og i hvert fall ikke over så kort tid. En eventuell slik regel har ikke fått tid til å modnes, stater har ikke begynt å innrette seg etter den, og det vil etter mitt syn også være svært uheldig dersom de gjør det. Flere steder i verden er det spente

⁹⁴ Ibid s.15

situasjoner, som gjennom en total åpning for preventiv krigføring kan føre til at man fjerner en av de få sikringene man har for at verden ikke skal se begynnelsen på noe man antakeligvis ikke aner dimensjonene på. Man kan først og fremst tenke seg situasjoner som India og Pakistan, Nord- og Sør Korea, USA og Iran.

5.4 Oppsummering

For å oppsummere situasjonen til slutt, har denne fremstillingen vist, at det ikke finnes noe grunnlag, verken i FN-pakten, eller i statspraksis som tilsier at preventivt eller antesipert selvforsvar skal være tillatt. Jeg vil likevel bemerke, at det til en viss grad ser ut til å være enighet om at det bør være tillatt med selvforsvar etter den modellen Dinstein oppstiller, nemlig det såkalte "*Interceptive self-defence*". Det vil etter mitt syn stride mot all logikk, dersom en stat må vente til den første bomben er sluppet, dersom man har klare indikasjoner på at et angrep er særdeles nært forestående, slik tilfellet var dersom man hadde stanset de Japanske flyene på vei på mot Pearl Harbour. Jeg konkluderer derfor med, at dette må kunne sies å være den eneste tillatte form for forkjøpsangrep.

6 Etterord

Tiden som har gått etter undertegnelsen av FN-pakten har vist at artikkel 51 nå står overfor store utfordringer som hjemmel for selvforsvarsretten. På den tiden denne ble vedtatt, var det klassiske angrepet stat mot stat, den mest vanlige formen for angrep, og lite visste man nok om hvordan trusselbildet skulle utvikle seg i vår tid. Det er dermed klart at artikkel 51 i dag, ikke er særlig egnet sett opp mot de situasjoner man står ovenfor. Tilhengerne av en

utvidet fortolkning gjør sitt ytterste for å tilpasse sin argumentasjon slik at man skal kunne komme innenfor de grenser som art.51 oppstiller. Likevel ser det ut til at det hele passer dårlig sammen. Skal man i fremtiden få en gjeldende folkerett som er tilpasset det bildet man står ovenfor, må man etter mitt syn søke nye måter å løse dette på. Det må enten skje en utvikling gjennom sedvaneretten, eller gjennom det drastiske skritt å gjøre endringer i FN-pakten. Av de to alternativer, er nok det siste det minst sannsynlige.

7 Litteraturliste

Bøker:

- **Bailey, Sidney Dawson and Sam Daws.** The procedure of the UN Security Council, 3 utg. Oxford, 1998
- **Bowett, Derek William.** Self-defence in International Law, Manchester, 1958
- **Brownlie, Ian.** International Law and the Use of Force by States, Oxford, 1963
- **Constantinou, Avra.** The Right of Self-defence under Customary International Law and Article 51 of the UN Charter, Athen/Brussel, 2000
- **Dinstein, Yoram.** War, Aggression and Self-defence, 4 utg. Cambridge, 2005
- **Fleischer, Carl August.** Folkerett, 7 utg. Oslo, 2000
- **Gray, Christine.** International Law and the Use of Force, 2 utg. Oxford, 2004
- **Randelzhofer, Albrecht.** The Charter of the United Nations, a Commentary (Ed. by Bruno Simma) 2.utg. Oxford, 2002 s.788-806
- **Ruud, Morten og Geir Ulfstein.** Innføring i Folkerett, 2 utg. Oslo, 2002

Artikler:

- **Aarø, Egill.** Krig og Terrorisme. I: Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter. Nr.4, 2003, s. 441-455
- **Cassese, Antonio.** Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law. I: European Journal of International Law. Vol 12, 2001, s.993-1001
- **Glennon, Michael J.** The Fog of Law: Self-defence, Inherence, and the Incoherence in Article 51 of the United Nations Charter. I: Harvard Journal of Law & Public Policy. Vol.25, 2001-2002, s. 539-558
- **Grig, D.W.** Self-Defence and the Security Council: What does Article 51 Require? I: International and Comparative Law Quarterly. Vol.40, 1991, s.366-402

- **Gross, Emanuel.** Thwarting Terrorist Acts by Attacking the Perpetrator or their Commanders as an Act of Self-Defence: Human Rights Versus the State's Duty to protect its Citizens. I: Temple International and Comparative Law Journal, 2001, s.195-245
- **Hamid, Abdul Ghafur.** The Legality of Anticipatory Self-Defence in the 21st Century World Order: A Re-Appraisal. I: Netherlands International Law Review. 2007, s. 441-490
- **Murphy, S.** Terrorism and the Concept of Armed Attack in Article 51 of the U.N. Charter. I: Harvard International Law Journal. Vol.43, 2002, s. 41-51
- **O'Connell, Mary Ellen.** The Myth of Preemptive Self-Defence. I: The American Society of International Law. August 2002.
- **Ronzitti, Natalino.** The Expanding Law of Self-Defence.I: Journal of Conflict & Security Law. 2006, s.343-359
- **Shah, Niaz A.** Self-defence, Anticipatory Self-defence and Pre-emption: International Law's Response to Terrorism. I: Journal of Conflict & Security Law. Vol.12 No.1, 2007, s.95-126
- **Townsend, Gregory.** State Responsibility for Acts of De Facto Agents. I: Arizona Journal of International and Comparative Law. 1997, s. 635-678
- **Ulfstein, Geir.** Terror og Folkerett. I: Lov og Rett. Nr.2, 2002, s. 67-81

8 Register

Traktater/konvensjoner/statutter:

- **FN-pakten.** 26. juni, 1945
- **NATO-pakten.** 4. april, 1949
- **Wienkonvensjonen om traktatretten.** 23. mai, 1969
- **Statute of the International Court of Justice (ICJ).** 26.juni, 1945

Sikkerhetsrådsresolusjoner:

- **19.jun. 1981, S/RES/487**
- **3. apr. 1982, S/RES/502**
- **6. aug. 1990, S/RES/661**
- **29. nov. 1990, S/RES/678**
- **12. sept. 2001, S/RES/1368**
- **28. sept. 2001, S/RES/1373**

Generalforsamlingsresolusjoner:

- **24. okt. 1970, nr.2625 (XXV)**
- **14. des. 1974, nr.3314 (XXIX)**

FN-dokument:

- **Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001**

Dommer:

- **Nicaragua vs. United States, ICJ, 1984**
- **The Corfu Channel-Case, ICJ, 1949**
- **Iran vs. United States, ICJ, 2003**
- **United States Diplomatic and Consular staff in Tehran, ICJ, 1980**
- **Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, ICJ, 2007**

