

Staters rett til preventivt selvforsvar

Kandidatnummer: 676

Leveringsfrist: 26.11.2007

(* regelverk for spesialoppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/utf-forskr-vedlegg-i.html>

regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 15854* ord

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og rettslig grunnlag	1
1.2	Problemstillingen for oppgaven	2
1.3	Avgrensninger	3
1.4	Aktualitet	4
1.5	Særlige metodespørsmål i oppgaven	4
1.5.1	Sentrale kilder	4
1.5.2	Prinsipper for tolkning av FN-pakten	6
<u>2</u>	<u>HISTORISK UTVIKLING: FORBUDET MOT MAKTBRUK OG RETTEN TIL SELVFORSVAR</u>	<u>8</u>
2.1	Rettstilstanden før andre verdenskrig	8
2.1.1	Det 19. århundrets sedvanerett	8
2.1.2	Innføringen av et forbud mot krig	10
2.2	Rettstilstanden etter andre verdenskrig	10
2.2.1	Forbudet mot væpnet maktbruk: FN-pakten artikkel 2(4)	11
2.2.2	Unntak for utøvelse av selvforsvar: FN-pakten artikkel 51	12
2.2.3	Begrepet "armed attack"	13
2.2.4	Nærmere om forholdet mellom artikkel 51 og artikkel 2(4)	16
2.2.5	Forholdet mellom artikkel 51 og retten til selvforsvar etter sedvaneretten	17
<u>3</u>	<u>PREVENTIVT SELVFORSVAR</u>	<u>19</u>
3.1	Klargjøring av begreper	19
3.2	Preventivt selvforsvar de lege lata	21

3.2.1	Artikkel 51	21
3.2.2	Folkerettslig sedvanerett	25
3.2.3	Konklusjon	31
3.3	Retten til selvforsvar og krigen mot terror	33
3.3.1	Begrepet terrorisme	33
3.3.2	11. September 2001 og Operation Enduring Freedom	33
3.3.3	Vilkår for utøvelse av selvforsvar mot terrorisme	34
3.3.4	Bush-doktrinen om "pre-emptive self-defence"	36
3.3.5	Irak og "pre-emptive self-defence"	39
3.3.6	Konklusjon	40
3.4	Vilkår for utøvelse av preventivt selvforsvar	41
3.4.1	Prinsipielle utgangspunkter: Nødvendighet og "imminence"	41
3.4.2	Tidsaspektet i forhold til preventivt selvforsvar	43
3.4.3	Utfordringer knyttet til vilkårene for preventivt selvforsvar	45
<u>4</u>	<u>LOVLIG OG LEGITIM BRUK AV VÆPNET MAKT</u>	<u>46</u>
4.1	Bruk av norske militære styrker	46
4.2	Generelle betraktninger	48
<u>5</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>49</u>
<u>6</u>	<u>OVERSIKT OVER TRAKTATER</u>	<u>52</u>
<u>7</u>	<u>ICJS PRAKSIS</u>	<u>52</u>
<u>8</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>52</u>

1 Innledning

1.1 Tema og rettslig grunnlag

Retten til selvforsvar for stater er hjemlet i FN-paktens artikkel 51. Selvforsvarsretten etter artikkel 51 er et unntak fra det generelle forbudet mot maktbruk i artikkel 2 (4), og er den eneste lovlige form for unilateral bruk av væpnet makt etter paktens artikkel 51. Det er i denne sammenhengen nødvendig å skille mellom begrepene *lovlighet* og *legimitet*. Militær maktbruk er lovlig når den anses å være i tråd med folkeretten. Og slik maktbruk kan anses som legitim når den kan forsvares politisk og moralsk.¹ Det kan diskuteres om maktbruk som etter folkeretten er ulovlig, kan anses som legitim. Denne problemstillingen kommer jeg tilbake til.²

Stater har etter FN-pakten rett til å utøve individuelt og kollektivt selvforsvar på de vilkår som følger av paktens artikkel 51:

*”Nothing in the present charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security”.*³

¹ Se St.prp. nr. 42, avsnitt 3.8.2

² Se kapittel 4 i denne oppgaven

³ Charter of the United Nations – June 26, 1945, art. 51

Det er også bred enighet om at stater hadde rett til selvforsvar lenge før FN-pakten ble til etter folkerettslig sedvanerett. Det er omdiskutert hvorvidt slike sedvanerettslige regler om selvforsvar fortsatt gjelder, ved siden av og som et supplement til FN-pakten, samt i hvilken grad disse reglene eventuelt samsvarer med artikkel 51.

Kjernen i selvforsvarsretten i relasjon mellom stater; at en stat har rett til å forsvare seg når den rammes av et angrep utenfra, er det universell enighet om. Men selvforsvarsretten nærmere innhold og rekkevidde er et av de mest kontroversielle temaene innen folkeretten.

Et av spørsmålene med hensyn til rekkevidden av selvforsvarsretten som det er betydelig uenighet om, er retten til preventivt selvforsvar. Dette er temaet i denne oppgaven. Med preventivt selvforsvar menes utøvelse av selvforsvar før et væpnet angrep, ”armed attack”, har rammet en stat som påberoper seg rett til selvforsvar.

1.2 Problemstillingen for oppgaven

Hovedproblemstillingen er todelt: Den første delen av problemstillingen er hvorvidt gjeldende folkerett gir grunnlag for noen form for preventivt selvforsvar overhodet. Den andre delen av problemstillingen er hva som er de nærmere vilkårene for utøvelse av preventivt selvforsvar, forutsatt at det kan utledes et rettslig grunnlag for slik maktbruk..

Et sentralt spørsmål jeg vil ta opp i tilknytning til denne problemstillingen er om det har skjedd en utvikling av rettsstilstanden på dette området de siste årene, som en følge av hendelsene etter terrorangrepet mot USA 11. september 2001.

Et spørsmål som også vil bli tatt opp i tilknytning til den rettslige problemstillingen, er om maktbruk generelt, og preventivt selvforsvar spesielt, kan være legitim uten å være lovlig etter folkeretten.

1.3 Avgrensninger

Når det gjelder den nærmere avgrensning av oppgavens tema, følger den positivt av problemstillingen. Det kan imidlertid være hensiktsmessig også å presisere følgende negative avgrensninger i forhold til tilgrensende temaer som kunne vært tatt med. For det første dreier oppgaven seg om staters rett til individuelt og kollektivt selvforsvar etter folkeretten. Det er derfor de rettslige problemstillingene jeg vil konsentrere meg om. Men siden temaet per definisjon befinner seg i skjæringspunktet mellom jus på den ene siden, og politikk og moral på den andre, og de rettslige problemstillingene ofte er uløselig knyttet til politiske og moralske problemstillinger, vil også enkelte problemstillinger av sistnevnte art bli tatt opp i tilknytning til de rettslige spørsmålene. Men de mer grunnleggende spørsmålene knyttet til en moralsk/filosofisk begrunnelse for staters rett til selvforsvar generelt, vil i liten grad bli drøftet. Det er for eksempel interessante spørsmål knyttet grunnleggende moralske aspekter ved selvforsvarsretten for stater sett i lys av begrunnelsen for individers rett til selvforsvar⁴. Men dette blir en filosofisk og moralsk diskusjon som ikke dekkes av problemstillingen i denne oppgaven, og som dessuten hører mer naturlig hjemme andre steder enn i en juridisk avhandling

For det andre dreier spørsmålet om rekkevidden av retten til selvforsvar seg om jus ad bellum, regler for adgangen til å gå til krig. Spørsmål som dreier seg om jus in bello, regler i krig, er derfor ikke tema i oppgaven.

For det tredje vil ikke spørsmålet om adgangen til selvforsvar for å beskytte egne borgere utenfor statens eget territorium, bli behandlet som en selvstendig problemstilling i denne oppgaven. Dette er også et kontroversielt tema i forhold til rekkevidden av selvforsvarsretten, spesielt i forhold til selvforsvar mot terrorisme, men spørsmål knyttet til dette temaet vil her kun bli tatt opp der det er nødvendig for å belyse hovedproblemstillingen om preventivt selvforsvar.

⁴ Se for eksempel Rodin, War and self defence, 2002

1.4 Aktualitet

Spørsmålene knyttet til rekkevidden av selvforsvarsretten, og spesielt spørsmålet om preventivt selvforsvar, har fått en ny aktualitet etter terrorangrepet mot USA 11. september 2001. Etter dette massive terrorangrepet erklærte president Bush ”war on terrorism”⁵, og i en utvidelse av denne ”krigen” mot internasjonal terrorisme ble den såkalte ”Bush-doktrinen”, der USA synes å påberope seg en rett til å utøve såkalt ”pre-emptive self-defence”, introdusert som en ny sikkerhetspolitisk strategi.⁶ Bush-doktrinen om ”pre-emptive self-defence” dreier seg om at USA tilsynelatende påberoper seg en vid rett til preventivt selvforsvar. Begrepet ”forkjøpsangrep” kan være en mulig norsk oversettelse av ”pre-emptive self-defence”. Retten til ”pre-emptive self-defence” var en sentral del av Bush-administrasjonens retorikk forut for invasjonen i Irak i 2003. USA hevdet at invasjonen var i tråd med folkeretten, men fikk liten støtte for dette blant andre stater. Både lovligheten av invasjonen i Irak i 2003 og Bush administrasjonens argumentasjon for en rett til ”pre-emptive self-defence” er svært omstridt, og har skapt splid mellom USA og landets allierte.⁷

1.5 Særlige metodespørsmål i oppgaven

1.5.1 Sentrale kilder

Folkeretten er et dynamisk rettssystem som i hovedsak utvikles ved traktater og staters praksis.⁸ Staters praksis er en del av den folkerettslige sedvaneretten, og karakteriseres gjerne som sedvanerettens objektive side.⁹

⁵ Sofaer, On the necessity of pre-emption, *European Journal of International Law*, 2003, 209

⁶ Se *The National Security Strategy of the United States of America*, 2002

⁷ Se kapittel 3.3 i denne oppgaven for en nærmere drøftelse av Bush-doktrinen og invasjonen i Irak 2003.

⁸ Ulfstein, *Forsvarspolitik og folkerett*, s. 606, *Festskrift til Carl August Fleischer* (2006)

⁹ Ruud og Ulfstein, *Innføring i Folkerett*, 1998, s. 53-56

Av statuttene for Den internasjonale domstol (ICJ) art. 38 (1)¹⁰ følger det imidlertid at en rekke rettkilder er relevante for rettsanvendelsen til domstolen. Det fremgår av bestemmelsen at både konvensjoner, folkerettslig sedvane, generelle rettsprinsipper, rettspraksis og rettslig teori er relevante rettskildedefaktorer. Bestemmelsen er for øvrig ikke uttømmende med hensyn til hvilke rettskildedefaktorer som er relevante¹¹, og må blant annet suppleres med rettskildedefaktoren reelle hensyn, eller rimelighetsbetraktninger.¹² Reelle hensyn kan være både en selvstendig rettskildedefaktor, særlig i mangel av andre relevante faktorer, eller spille en rolle ved tolkningen av for eksempel traktatbestemmelser. Art. 38 er formelt bare bindende for Den internasjonale domstolens rettsanvendelse, men blir ansett som et alminnelig uttrykk for rettskildene i folkeretten.¹³

Rettskildebildet i folkeretten er altså sammensatt, og selv om det har mange likhetstrekk med det moderne rettskildebildet i norsk intern rett, er det også store forskjeller. Blant annet er sedvaneretten generelt av særlig stor betydning i folkeretten sammenlignet med intern norsk rett. Men på rettsområder der partene (det vil si stater) har inngått traktater for å regulere forholdet seg imellom, er det naturlig å ta utgangspunkt i disse.¹⁴ Sedvaneretten og andre rettskilder får først og fremst betydning i fravær av traktatbestemmelser, eller til utfylling av disse. Reglene om maktbruk mellom stater er et område innen folkeretten som er uttrykkelig regulert i FN-pakten, og de tidligere nevnte bestemmelsene i pakten er derfor det sentrale utgangspunktet for en drøftelse av problemstillingen i denne oppgaven. Det er derfor naturlig å si noe om prinsippene for tolkning av FN-pakten før jeg går videre.

¹⁰ Statute of the International Court of Justice – June 26, 1945

¹¹ Ruud og Ulfstein, Innføring i Folkerett, s. 48

¹² Ruud og Ulfstein, Innføring i Folkerett, s. 60-61

¹³ Ruud og Ulfstein, Innføring i Folkerett, s. 48

¹⁴ Ruud og Ulfstein, Innføring i Folkerett, s. 49

1.5.2 Prinsipper for tolkning av FN-pakten

Ordlyden er det naturlige utgangspunktet for tolkningen av en traktatbestemmelse. Når stater har valgt å begrense sin handlefrihet ved å inngå traktat, er det, som Fleischer¹⁵ har påpekt, en presumsjon for at det som står i traktatteksten er noenlunde veloverveid. Man bør starte med å spørre: hva står det i teksten, og hva står det ikke noe om der? Det å tolke en traktatbestemmelse ut fra en vanlig språklig forståelse av teksten, er et grunnleggende tolkningsprinsipp. At dette prinsippet gjelder ved tolkning av traktater følger av art. 31 (1) i The Vienna Convention on the law of treaties (VCLT); traktatbestemmelser skal tolkes ”in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty”¹⁶. Det følger av VCLT art. 5 at bestemmelsene i traktaten gjelder for alle traktater som utgjør stiftelsespakten til en internasjonal organisasjon. Selv om dette etter VCLT art. 4 strengt tatt bare gjelder for traktater inngått etter at VCLT trådte i kraft i 1980, kommer prinsippene for tolkning av traktater som følger av VCLT til anvendelse også ved tolkning av FN-pakten fordi disse prinsippene regnes som folkerettslig sedvanerett¹⁷.

FN-pakten foreligger som kjent også på flere offisielle språk. Både kinesisk, fransk, russisk, engelsk og spansk er likestilte språk¹⁸. Det er derfor i prinsippet ikke slik at én versjon skal ha forrang i tilfelle av uklarhet. Men engelsk og fransk er de offisielle prosedyrespråkene ved ICJ, og det er en klar tendens til at domstolen holder seg til disse to språkene ved tolkning av FN-pakten.¹⁹

Men selv om utgangspunktet klart nok må være den objektive språklige betydningen av teksten, er det ved tolkning av FN-pakten ikke tilstrekkelig bare å se på dette. Man må lese de enkelte ord og uttrykk i sammenheng med hele den aktuelle bestemmelsen, og

¹⁵ Fleischer, Folkerett, s.295

¹⁶ The Vienna Convention on the law of treaties, May 23, 1969, art. 31 (1)

¹⁷ Ress, The charter of the United Nations – a commentary, Bruno Simma (red.), 2nd ed., 2002, s. 18

¹⁸ Charter of the United Nations, art. 111

¹⁹ For mer om betydningen av ICJs tolkningspraksis se Ress, The charter of the United Nations – a commentary, s. 21-23

bestemmelsen i sammenheng med resten av pakten (systematisk tolkning), vurdere betydningen av formålet med bestemmelsen (teleologisk tolkning), og legge en viss vekt på dens historiske opprinnelse (historisk tolkning)²⁰.

Teleologisk, eller formålsorientert, tolkning er av særlig betydning i forhold til FN-pakten. En riktig forståelse av formålet med FN-pakten får man bare ved å lese den som en helhet. Spesielt er det viktig å vurdere de enkelte bestemmelsene i lys av preambelet, og art. 1 som gir uttrykk for de grunnleggende formålene ved inngåelsen av pakten.

Ved en historisk tilnærming legges det gjerne vekt på en traktats forarbeider. I praksis har det imidlertid vært lagt svært begrenset vekt på FN-paktens travaux préparatoires²¹. Og ved å legge avgjørende vekt på forarbeider vil man dessuten kunne komme i konflikt med det grunnleggende prinsippet om tolkning ut fra traktatens ordlyd.

²⁰ Ress, *The charter of the United Nations – a commentary*, s. 19

²¹ Ress, *The Charter of the United Nations – a commentary*, s. 19, 26-27

2 Historisk utvikling: Forbudet mot maktbruk og retten til selvforsvar

2.1 Rettstilstanden før andre verdenskrig

2.1.1 Det 19. århundrets sedvanerett

Frem til begynnelsen av 1900-tallet hadde retten til selvforsvar begrenset rettslig betydning. Det eksisterte ikke noe forbud mot maktbruk i folkeretten fra tiden før 1. verdenskrig, og stater hadde i prinsippet en ubetinget rett til å gå til krig²². Dette utgangspunktet bør imidlertid nyanseres noe. Brownlie²³ har påpekt at sedvaneretten fra det 19. århundret er noe mer kompleks enn det som gjerne antas, og fremhever at selv om det ble antatt at stater hadde ”a sovereign right to resort to war”²⁴, var det samtidig en tendens til å forsøke å fremskaffe et teoretisk og moralsk grunnlag for å gå til krig. Men det var neppe *rettslig* nødvendig å legitimere krigshandlinger på 1800-tallet. Når stater likevel ofte påberopte utøvelse av for eksempel selvforsvar når de gikk til krig, var dette av politiske, heller enn rettslige, grunner²⁵.

Men selv på 1800-tallet ble det gjort visse forsøk på å begrense retten til å gå til krig til ”cases of direct and immediate danger”²⁶. Brownlie viser til den såkalte Caroline²⁷ saken

²² Randelzhofer, *The charter of the United Nations – a commentary*, Bruno Simma (red.), 2nd ed., 2002, s. 114-115

²³ Brownlie, *International law and the use of force by states*, 1963, s. 40-44

²⁴ Brownlie, 1963, s. 40

²⁵ Randelzhofer, *The charter of the United Nations – a commentary*, s. 789

²⁶ Brownlie, 1963, s. 42

²⁷ Caroline var et amerikansk skip som ble brukt til å støtte et opprør i det den gang britiske Canada. Britiske styrker gikk derfor i 1837 inn på amerikansk territorium og bordet fartøyet. To amerikanere ble drept i skuddvekslingen. En brite ble i 1841 pågrepet i New York anklaget for mord i forbindelse med hendelsen, og den britiske regjeringen krevde at den arresterte personen skulle slippes fri siden han hadde deltatt i en væpnet aksjon i nasjonalt selvforsvar. Den diplomatiske skriftvekslingen ble avsluttet i 1842 med brevet fra

fra 1837 som grunnlag for dette. Denne saken resulterte i den berømte formuleringen fra den amerikanske utenriksministeren Daniel Webster om at selvforsvarsretten skulle begrenses til situasjoner der ”the necessity of that self-defence is instant, overwhelming, and leaving no choice of means, and no moment for deliberation”²⁸. Det refereres fortsatt til denne saken, særlig som grunnlag for krav om nødvendighet og proporsjonalitet ved utøvelse av selvforsvar. Jeg kommer tilbake til disse kravene²⁹. Men Caroline saken endret ikke gjeldende rett på 1800-tallet.³⁰ Selvforsvar ble nemlig ansett som en del av en videre rett til ”self-preservation”³¹. Og begrepene selvforsvar, ”self-preservation” og nødrett ble brukt om hverandre.³²

Bring har hevdet at i hvert fall frem til inngåelsen av Folkeforbundet (the League of Nations) i 1919, var krig akseptert nærmest som et slags naturfenomen som man bare måtte leve med.³³ Så sent som i 1944 hevdet Arthur Nussbaum at ”the outbreak of war is a metajuristic phenomenon, an event outside the range and control of the law”³⁴. Denne uttalelsen var neppe riktig i 1944, men var, som jeg nettopp har vært inne på, forholdsvis dekkende for situasjonen bare noen tiår tidligere. Erfaringene fra 1. verdenskrig ga imidlertid støtet til en utvikling der man gradvis forsøkte å begrense adgangen til krig. Ved inngåelsen av Folkeforbundet ble ”aggression” etablert som et juridisk begrep som en ”folkerettslig karakterisering og brennmerking av uprovoserte krigshandlinger”³⁵. Begrepet ”aggression” indikerer en tiltakende moralsk fordømmelse av krig, men man lyktes ikke

utenriksminister Webster inneholdende det berømte sitatet om nødvendig selvforsvar (Websters formel).

Denne fremstillingen av saken er hentet fra Bring, s. 150-151.

²⁸ Bring, FN-stadgan och världspolitiken, Om Folkr’attens roll i en föränderlig värld, 2002, s. 151

²⁹ Se kap 3.3

³⁰ Brownlie, 1963, s. 43

³¹ Brownlie, 1963, s. 43

³² Bring, s. 152

³³ Bring, s. 69

³⁴ Bring, s. 68

³⁵ Bring, s. 69

med å innføre et generelt forbud mot krig, selv om art. 10 i Folkeforbundspakten ved første øyekast kan gi inntrykk av det³⁶.

2.1.2 Innføringen av et forbud mot krig

Det definitive vendepunktet i utviklingen vekk fra 1800-tallets frihet til å gå til krig og mot dagens forbud mot væpnet maktbruk, kom med inngåelsen av Kellogg-Briand pakten i 1928.³⁷ For første gang ble det innført et generelt forbud mot krig.³⁸ Det eneste unntaket skulle være utøvelse av selvforsvar. Dette unntaket kan imidlertid ikke leses ut av traktatteksten, men det var utvilsomt underforstått at dette var en forutsetning.³⁹ Bortimot alle datidens stater tiltrådte traktaten i årene etter inngåelsen, og bestemmelsene i traktaten ble snart del av folkerettslig sedvanerett, og de gjelder fortsatt i dag.⁴⁰

Kellogg-Briand pakten hadde imidlertid to vesentlige svakheter. For det første ble ikke forbudet mot krig koblet opp mot et system av sanksjoner mot brudd på traktatens bestemmelser. For det andre forbød Kellogg-Briand pakten bare krig og ikke bruk av væpnet makt generelt.

2.2 Rettstilstanden etter andre verdenskrig

³⁶ Se Covenant of the League of Nations – April 28, 1919, art. 10, jf. art. 12, 13 og 15

³⁷ Randelzhofer, s.116

³⁸ Se Kellogg-Briand Pact – August 27, 1928, art. 1

³⁹ Randelzhofer, The charter of the United Nations – a commentary, s. 116

⁴⁰ Randelzhofer, The charter of the United Nations – a commentary, s. 116

2.2.1 Forbudet mot væpnet maktbruk: FN-pakten artikkel 2(4)

Ved inngåelsen av FN-pakten i 1945 ble de nevnte svakhetene ved Kellogg-Briand pakten forsøkt rettet opp. Artikkel 2(4) i FN-pakten lyder som følger:

*“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 purpose of the United Nations.”*⁴¹ Artikkel 2(4) har blitt omtalt som “the heart of the United Nations Charter” og “the corner stone of peace in the Charter”⁴², og den må sies å representere et paradigmeskifte innen folkeretten.

Det følger av bestemmelsen at ikke bare krig mellom stater, men maktbruk generelt, er forbudt. Forbudet omfatter også truser om slik maktbruk. Dessuten er dette forbudet, i hvert fall i teorien, sikret ved FN-paktens system av kollektive sanksjoner mot dem som bryter bestemmelsen (art. 39-51).⁴³ Artikkel 2 (4) i FN-pakten anses i dag å være uttrykk for internasjonal sedvanerett, og antas å samsvare med denne⁴⁴. Dette innebærer at forbudet mot maktbruk slik det kommer til uttrykk i artikkel 2(4) gjelder for alle stater, uavhengig av om de er med i FN eller ikke. The International Law Commission har også lagt til grunn at forbudet mot maktbruk i FN-pakten er et klart eksempel på jus cogens⁴⁵.

Det bør nevnes at det eksisterer en viss uenighet om innholdet av begrepet ”maktbruk”, ”force”, i art. 2(4). Det antas imidlertid å være en nokså sikker tolkning at begrepet ikke omfatter enhver form for maktbruk, men begrenser seg til *væpnet* bruk av makt.⁴⁶

⁴¹ Charter of the United Nations, art. 2(4)

⁴² Se noter 17 og 18 hos Randelzhofer, *The charter of the United Nations – a commentary*, s. 117

⁴³ Jf. Charter of the United Nations, Chapter 7

⁴⁴ ICJ Rep.1986, s.14 og s.99flg., se også Dinstein, s. 97

⁴⁵ Med jus cogens prinsipper menes grunnleggende folkerettslige prinsipper som ikke kan endres ved traktat. Se for eksempel Dinstein, *War, aggression and self-defence*, s. 99-100

⁴⁶ Randelzhofer, *The Charter of the United Nations – a commentary*, s. 117

Det helt sentrale tolknings spørsmålet knyttet til artikkel 2(4) dreier seg imidlertid om rekkevidden av forbudet mot slik maktbruk. Det er nemlig omdiskutert om forbudet bør undergis en ekstensiv eller restriktiv tolkning. Argumentet som gjerne fremføres til støtte for en restriktiv tolkning, er at formuleringen ”(...) against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations”⁴⁷ indikerer at forbudet mot maktbruk ikke er ment å være absolutt.⁴⁸ Etter dette synspunktet skulle væpnet maktbruk være tillatt dersom den ikke er rettet mot en stats territorielle integritet *eller* politiske uavhengighet, *eller* om aksjonen er forenlig med FNs formål. Flertallet av stater støtter imidlertid en ekstensiv tolkning som fører til at artikkel 2(4) innebærer et nærmest absolutt forbud mot væpnet maktbruk.⁴⁹ Brownlie⁵⁰ har påpekt at en slik ekstensiv tolkning også finner betydelig støtte i forarbeidene til FN-pakten. Artikkel 2(4) må dessuten leses i sammenheng med artikkel 1(1) og artikkel 2(3). Det følger av disse bestemmelsene at FNs hovedformål er å bidra til at konflikter mellom stater i størst mulig grad løses med fredelige midler og kollektive sikkerhetstiltak. Ut fra dette kan det synes rimelig, slik Bring⁵¹ har fremhevet, å trekke den slutning at unilateral bruk av væpnet makt (eller kollektiv sådan som ikke er sanksjonert av FN), etter ordlyden i artikkel 2(4) alltid vil være i strid med ”the purposes of the United Nations”⁵² med mindre det dreier seg om utøvelse av selvforsvar etter artikkel 51.

2.2.2 Unntak for utøvelse av selvforsvar: FN-pakten artikkel 51

FN-paktens art. 51 er formulert som et unntak fra det generelle forbudet mot maktbruk mellom stater, slik dette kommer til uttrykk i art. 2(4). Gjennom de to bestemmelsene har

⁴⁷ Charter of the United Nations, art. 2(4)

⁴⁸ Se for eksempel Sofaer, 2003, s. 223. Brownlie viser dessuten til Bowett som en tidlig representant for dette synet; Brownlie, 1963, s.266, det samme gjør Bring, s. 72

⁴⁹ Bring, s. 72-73

⁵⁰ Brownlie, 1963, s. 266-267

⁵¹ Bring, s. 74

⁵² Charter of the United Nations, art. 1

man forsøkt å balansere to grunnleggende hensyn: Man har søkt å ivareta hensynet til at unilateral maktbruk mellom stater bør begrenses mest mulig, mens man samtidig anerkjenner at stater i noen tilfeller må ha rett til å forsvare seg med militære midler. Selv om FN-pakten altså ikke utelukker selvforsvar, må det antas at hensikten var å begrense rekkevidden av selvforsvarsretten betraktelig.⁵³

FN-pakten inneholder kun to unntak av praktisk betydning fra forbudet mot væpnet maktbruk i artikkel 2(4), nemlig tiltak iverksatt av sikkerhetsrådet etter kapittel 7, og retten til individuelt og kollektivt selvforsvar etter artikkel 51.⁵⁴ Det følger som nevnt av art. 1(1) at hovedformålet med FN-pakten var at internasjonale konflikter skulle løses ved kollektive tiltak; FN skulle ha noe nær et monopol på maktbruk, og unilateral bruk av væpnet makt skulle begrenses mest mulig. Som en følge av dette er også retten til å utøve selvforsvar etter artikkel 51 gitt som en midlertidig rett, som bare gjelder inntil sikkerhetsrådet har iverksatt effektive tiltak⁵⁵. Men ettersom systemet med utøvelse av kollektiv sikkerhet har hatt liten praktisk betydning, i alle fall inntil svært nylig, har internasjonal praksis etter 1945, i strid med FN-paktens formål, fortsatt vært preget av unilateral bruk av makt av stater.⁵⁶ Artikkel 51 har derfor, som paktens eneste hjemmel for slik maktbruk av praktisk betydning, hatt en helt sentral rolle ved vurderinger av lovligheten av bruk av væpnet makt i relasjon mellom stater.

2.2.3 Begrepet "armed attack"

Det følger av artikkel 51 i FN-pakten at en medlemsstat har rett til å utøve selvforsvar, individuelt og kollektivt, når den utsettes for et væpnet angrep, "armed attack"⁵⁷. Kravet

⁵³ Randelzhofer, *Charter of the United Nations – a commentary*, s.790

⁵⁴ *Charter of the United Nations*, Chapter 7

⁵⁵ Dette følger direkte av artikkel 51, se *Charter of the United Nations*, art. 51

⁵⁶ Randelzhofer, *Charter of the United Nations – a commentary*, s. 789

⁵⁷ *Charter of the United Nations*, art. 51

om et væpnet angrep er det sentrale vilkåret for at retten til selvforsvar skal utløses etter bestemmelsen. Men det er langt fra entydig hva som ligger i begrepet. Og det foreligger ingen allment akseptert definisjon av ”armed attack”.⁵⁸ Dette er problematisk ettersom tolkningen av dette begrepet langt på vei vil avgjøre i hvilken grad unilateral bruk av væpnet makt er lovlig etter FN-pakten. Rent språklig har begrepet selvsagt en hard kjerne som omfatter de tilfellene der ingen er i tvil om at det foreligger et ”armed attack”. Men det lar seg ikke gjøre ut fra en rent språklig tolkning å avgjøre eksakt hvor begrepets ytre grense går.

To hovedspørsmål melder seg knyttet til tolkningen av begrepet ”armed attack”: For det første *hva* som utgjør et ”armed attack”, og for det andre, *når* et angrep skal anses å ha begynt.

Når det gjelder spørsmålet om hva som utgjør et ”armed attack”, følger det av teksten i artikkel 51 at det må dreie seg om et angrep mot en stat som er medlem av FN. Følgende utgangspunkter synes videre å være forholdsvis ukontroversielle. Fleischer⁵⁹ slår fast at medlemsstatene for det første klart nok kan forsvare seg også mot mer begrensede angrep. Uttrykket ”armed attack” omfatter nemlig også slike tiltak som ikke er krig. Men ikke enhver bruk av makt utgjør et ”armed attack”.⁶⁰ Maktbruken må være av et visst omfang og en viss styrke for å kunne betegnes som et væpnet angrep. For eksempel vil neppe mindre episoder mellom to lands grensepatruljer kvalifisere til betegnelsen ”armed attack”. Dette er også slått fast av ICJ⁶¹. For det andre kan det konstateres at det ikke er et krav at angrepet er rettet mot en stats territorium for å utgjøre et ”armed attack”. Også angrep mot militære enheter utenfor statens eget territorium omfattes av begrepet⁶². Det er jo heller

⁵⁸ Randelzhofer, *The Charter of the United Nations – a commentary*, s. 796

⁵⁹ Fleischer, s.322

⁶⁰ Se avsnitt 2.2.4 om forholdet mellom begrepene ”use of force” og ”armed attack”

⁶¹ Randelzhofer viser her til Nicaragua, ICJ Reports (1986) p.103, para. 195, se Randelzhofer, *The Charter of the United Nations – a commentary* s. 796 note 61

⁶² Bring, 2002, s. 161, Randelzhofer, *The Charter of the United Nations – a commentary*, s. 797

ingen støtte i ordlyden for at et angrep mot militære enheter utenfor territoriet ikke kan kvalifisere til et ”armed attack”. Teksten taler bare om ”an armed attack against a member of the United Nations”⁶³.

Spørsmålet om når et “armed attack” skal anses å ha begynt, er mer kontroversielt. Ordlyden i artikkel 51, ”if an armed attack occurs”⁶⁴, synes å forutsette at angrepet er et faktum, eller at det i hvert fall er påbegynt. Men det kan ikke leses ut av teksten at angrepet må ha rammet en stats territorium, eller militære enheter utenfor territoriet, for at retten til selvforsvar skal utløses. Dette er bakgrunnen for diskusjonen om preventivt selvforsvar.

Gray⁶⁵ har pekt på særlige problemer med å avgjøre når et angrep begynner i tilknytning til bruk av moderne våpen som for eksempel radarstyrte missiler. Enkelte stater, Gray⁶⁶ nevner USA, har i forbindelse med bruk av radarstyrte missiler hevdet at et angrep har begynt når missilene er klare til å avfyres (”locked on ready to fire”), og deres militære styrkers ”rules of engagement” reflekterer dette synspunktet⁶⁷.

I forlengelsen av spørsmålet om når et angrep har begynt, kan det også spørres om stater har rett til å forsvare seg *før* et angrep faktisk er påbegynt, for eksempel når den andre parten driver forberedelser eller planlegging av angrepet. Disse spørsmålene vil bli drøftet nærmere i kapittel 3. Foreløpig vil jeg nøye meg med å påpeke at preventivt selvforsvar i det sistnevnte tilfellet tilsynelatende ganske klart vil være i strid med ordlyden i artikkel 51, ”if an armed attack *occurs*”, og at en slik rett til preventivt selvforsvar i utgangspunktet kan synes å stemme dårlig med formålet både til artikkel 51 og FN-pakten som helhet⁶⁸. Men

⁶³ Charter of the United Nations, art. 51

⁶⁴ Charter of the United Nations, art. 51

⁶⁵ Gray, International law and the use of force, 2004, s. 108-109

⁶⁶ Gray, 2004, s. 108

⁶⁷ Gray, 2004, s. 108

⁶⁸ Se for eksempel Randelzhofer, Charter of the United Nations – a commentary, s.803

det er ikke dermed sagt at det ikke eksisterer en viss en rett til preventivt selvforsvar også i disse tilfellene.

2.2.4 Nærmere om forholdet mellom artikkel 51 og artikkel 2(4)

Bestemmelsene i FN-pakten må som nevnt leses i sammenheng, spesielt må art. 2(4) leses i sammenheng med art. 39, 51 og 53.⁶⁹ Her oppstår imidlertid et betydelig problem ved at de nevnte artiklene inneholder en rekke begreper som, selv om de er beslektet med hverandre, har ulikt meningsinnhold. Begrepene ”threat or use of force”, ”threat to the peace”, ”act of aggression” og ”armed attack” brukes uten at de gis noen nærmere definisjon i FN-pakten. Innholdet av disse begrepene er heller ikke endelig klarlagt gjennom verken statspraksis eller teori.⁷⁰

I forhold til selvforsvarsretten er det særlig forholdet mellom art. 2(4) og art. 51 som er av interesse. Det er her påfallende at det tilsynelatende eksisterer et misforhold mellom ordlyden i art. 51 og ordlyden i art. 2(4). ”Armed attack” antas å være et vesentlig snevrere begrep enn ”threat or use of force”. Foreligger det et væpnet angrep, vil det alltid være en krenkelse av art. 2 (4). Men ikke enhver krenkelse av art. 2(4) vil utgjøre et væpnet angrep⁷¹. Følgelig vil ikke enhver bruk av makt i strid med art. 2(4) kunne besvares med væpnet selvforsvar. Det oppstår dermed en tilsynelatende uakseptabel situasjon ved at en stat som utsettes for maktbruk som er i strid med art. 2(4), men som ikke krysser grensen for et ”armed attack”, er avskåret fra å utøve selvforsvar. ICJ har også slått fast at retten til selvforsvar bare kan utløses av væpnet maktbruk som er av en slik alvorlighetsgrad at den utgjør et ”armed attack”.⁷² I alle fall kan staten som utsettes for ulovlig maktbruk som ikke krysser grensen for et ”armed attack”, unilateralt bare sette i gang mottiltak som ikke bryter med forbudet mot maktbruk i art 2(4), noe som ofte vil være upraktisk og ineffektivt.

⁶⁹ Randelzhofer, *The charter of the United Nations – a commentary*, s. 117

⁷⁰ Randelzhofer, *The charter of the United Nations – a commentary*, s. 117

⁷¹ Randelzhofer, *The charter of the United Nations – a commentary*, s. 796

⁷² O’Connell viser til Nicaragua saken (1986), se O’Connell, 2002, s. 5

Staten som er utsatt for slik ulovlig maktbruk, er da etter FN-paktens opplegg prisgitt at sikkerhetsrådet setter i gang effektive tiltak for å opprettholde freden etter art. 41 eller 42.

2.2.5 Forholdet mellom artikkel 51 og retten til selvforsvar etter sedvaneretten

Den grunnleggende uenigheten mellom stater og mellom teoretikere om rekkevidden av selvforsvarsretten, skyldes dels uenighet om tolkningen av artikkel 51, og dels uenighet om hvilken adgang til selvforsvar som følger av den sedvaneretten som eksisterte før FN-pakten ble til, samt i hvilken grad denne sedvaneretten kan anses fortsatt å gjelde ved siden av FN-pakten. Jeg kommer tilbake til denne problemstillingen i kapittel 3, og skal her bare kort skissere de to hovedsynspunktene i denne debatten.

De som støtter en vid rett til selvforsvar, argumenterer for det første med at formuleringen i art. 51 om at bestemmelsen ikke innskrenker medlemsstatenes naturlige rett ("inherent right"⁷³) til selvforsvar, viderefører selvforsvarsretten slik den var etter tidligere sedvanerett. For det andre argumenteres det med at denne sedvaneretten ga stater en langt videre rett til selvforsvar enn det som følger av artikkel 51, blant annet var preventivt selvforsvar tillatt i vid utstrekning. Retten til selvforsvar anses derfor ikke begrenset til tilfeller der en stat faktisk er utsatt for et væpnet angrep.⁷⁴

Det dominerende synet er imidlertid at denne argumentasjonen ikke er holdbar.⁷⁵ Det legges vekt på at selvforsvarsretten må ses i sammenheng med det generelle forbudet mot maktbruk slik det kommer til uttrykk i FN-pakten art 2 (4), og at dette tilsier en snever tolkning av art. 51. Formuleringen "if an armed attack occurs" bør derfor tolkes som om det stod "only if an armed attack occurs", altså at en stat i utgangspunktet bare har rett til å

⁷³ Charter of the United Nations, art. 51

⁷⁴ Gray viser til blant andre Bowett og Schwebel som representanter for et slikt syn, Gray, 2004, s. 98, Randelzhoferr viser også til McDougal, Randelzhofer, The charter of the United Nations – a commentary, s. 993

⁷⁵ Se Randelzhofer, The charter of the United Nations – a commentary, s. 792-794, Brownlie, 1963, s. 280, Dinstein, s. 183-186, Bring, s. 180-186

utøve selvforsvar når staten faktisk *har* blitt utsatt for et angrep. Adgangen til preventivt selvforsvar anses i alle fall å være begrenset til tilfeller der et angrep er ”directly imminent”⁷⁶. Det følger videre av dette synet at sedvaneretten fra før FN-pakten ble til klart nok hjemler en rett til selvforsvar, og at deler av denne sedvaneretten kan anses å fortsatt ha en viss gyldighet, men at retten til selvforsvar etter sedvaneretten slik den forelå i 1945 neppe var særlig videre enn det som følger av art. 51 i FN-pakten.⁷⁷

Men selv om det legges til grunn at selvforsvarsretten etter gjeldende folkerett samsvarer med artikkel 51, synes det å være bred enighet om at bestemmelsen må suppleres med i alle fall to grunnleggende vilkår for utøvelse av selvforsvar: nemlig kravet om nødvendighet og kravet om proporsjonalitet. Disse kravene kan ikke utledes fra FN-pakten, men antas å følge av sikker internasjonal sedvanerett.⁷⁸ Argumentet om at formuleringen ”the inherent right (...) of self-defence”⁷⁹ viderefører tradisjonell sedvanerett, har kanskje en viss gyldighet likevel. Man kan derfor antagelig si at artikkel 51 gjennom sin tekst inkorporerer en bit av sedvaneretten i FN-paktens system.⁸⁰ Som nevnt vises det gjerne til Caroline saken og Websters formel som grunnlag for kravene om nødvendighet og proporsjonalitet. Det kan imidlertid diskuteres hvilken autoritet denne saken egentlig bør tillegges i dag tatt i betraktning at denne episoden skjedde på 1800-tallet, lenge før dagens regler om væpnet maktbruk mellom stater var innført, og før selvforsvar hadde noen egentlig rettslig betydning.⁸¹ Men uavhengig av Caroline sakens status i denne sammenhengen kan det slås fast at nødvendighet og proporsjonalitet anses som vilkår for utøvelse av selvforsvar etter gjeldende folkerett.

⁷⁶ Randelzhofer, Charter of the United Nations - a commentary, s. 792

⁷⁷ Se for eksempel Brownlie, International law and the use of force by states (1963), s. 272-275

⁷⁸ Gray, 2004, s. 120-121

⁷⁹ Charter of the United Nations, art. 51

⁸⁰ Bring, s. 171

⁸¹ Gray, 2004, s. 120-121, se også avsnitt 2.1.1 i denne oppgaven

Kravet om nødvendighet innebærer blant annet at væpnet maktbruk i selvforsvar må være av avvergende karakter; selvforsvarshandlingen må være nødvendig for å avverge et ulovlig angrep. På den ene siden anses derfor ikke rene represalier eller hevnaksjoner som selvforsvar. Angrepet det utøves selvforsvar mot, må være pågående eller nært forestående. Et sentralt spørsmål er da hvor nært forestående angrepet må være for at væpnet selvforsvar skal anses nødvendig. Nødvendighetskravet er derfor en del av problemstillingen knyttet til preventivt selvforsvar. Dette vil jeg drøfte nærmere i kapittel 3.

Kravet om proporsjonalitet dreier seg, i motsetning til nødvendighetskravet, ikke om *retten* til å utøve selvforsvar, men om *hvordan* denne retten skal utøves. Selvforsvarshandlingen må med hensyn til midler og omfang stå i et rimelig forhold til den trusselen den er ment å avverge.⁸²

3 Preventivt selvforsvar

3.1 Klargjøring av begreper

FN-pakten sier ingenting om preventivt selvforsvar, og det er derfor vanskelig å finne autoritative definisjoner av de ulike termene som er i bruk. I rettslig litteratur brukes både ”antesipert selvforsvar” eller ”anticipatory self-defence”, ”pre-emptive self-defence” og ”preventive self-defence”. Det er imidlertid sjelden forfattere definerer nærmere hva som ligger i for eksempel begrepet ”anticipatory”, eller sier noe om hvorvidt dette skal forstås som noe annet enn for eksempel ”pre-emptive”. Generelt synes det imidlertid som ”anticipatory self-defence” tradisjonelt er den vanligste termen når det snakkes om preventivt selvforsvar i engelsk litteratur om temaet, og at ”pre-emptive” er et nyere

⁸² Jeg går ikke nærmere inn på enkelte spesielle problemstillinger knyttet til proporsjonalitetskravet siden det er litt på siden av min problemstilling, men se f.eks. Brownlie, 1963, s. 261-264, for en drøftelse av blant annet proporsjonalitetsprinsippet i forhold til bruk av atomvåpen.

begrep. Brownlie⁸³ bruker for eksempel begrepet ”anticipatory” når han omtaler den tradisjonelle debatten om hvorvidt det eksisterer en rett til preventivt selvforsvar etter 1945, mens begrepet ”pre-emptive” blir brukt i forbindelse med den tidligere omtalte Bush-doktrinen.

Ut fra en rent språklig forståelse av begrepene, er det nærliggende å tenke at ”pre-emptive” gir uttrykk for en mer vidtgående rett til preventiv aksjoner enn ”anticipatory”. Gray⁸⁴ har også tolket uttaleleser fra den britiske utenriksministeren, der han konsekvent bruker begrepet ”anticipatory”, som et uttrykk for at dette begrepet anses å være mindre omfattende enn ”pre-emptive”.

Dinstein⁸⁵ bruker begrepet ”interceptive self-defence”, ”avskjærende selvforsvar”, som en egen rettslig term. Han er tilsynelatende den eneste forfatteren som bruker dette begrepet. Dinstein skiller mellom ”interceptive self-defence”, som han hevder er lovlig etter art. 51, og ”preventive self-defence”, som han hevder er ulovlig. Dinstains bruk av begrepet ”interceptive self-defence” kan synes å samsvare med begrepet ”anticipatory self-defence” slik det sistnevnte begrepet tradisjonelt brukes.⁸⁶

Dels brukes altså ulike begreper om det samme fenomenet, og dels brukes det ulike begreper for å signalisere ulikt meningsinnhold. Men i sistnevnte tilfelle er det heller snakk om gradsforskjeller enn vesensforskjeller. Det sentrale poenget er uansett at de ulike termene i seg selv er uten rettslig betydning. Det rettslig relevante spørsmålet er på hvilket tidspunkt i et gitt hendelsesforløp retten til selvforsvar utløses. Om man velger å kalle maktbruken som da utøves for ”anticipatory”, ”pre-emptive” eller ”interceptive”, er underordnet.

.

⁸³ Brownlie, *Principles of public international law*, 6th ed, 2003, s. 701-702

⁸⁴ Gray, 2004, s. 179

⁸⁵ Dinstein, s. 182

⁸⁶ Se kapittel 3.2.1 i denne oppgaven

3.2 Preventivt selvforsvar de lege lata

I forhold til problemstillingen om det finnes noen hjemmel for preventivt selvforsvar i folkeretten kan det for det første spørres om art. 51 i FN-pakten gir hjemmel for slik maktbruk. For det andre kan det spørres om det fortsatt eksisterer en rett til selvforsvar etter folkerettslig sedvanerett som er videre enn den retten som kommer til uttrykk i art. 51, og om en eventuell sedvaneregel gir grunnlag for preventivt selvforsvar. Det siste spørsmålet vil dels avhenge av hvordan man tolker henvisningen i art. 51 om at retten til selvforsvar er en ”naturlig rett” (”inherent right”⁸⁷), og dels hvilken sedvanerett som eventuelt bør legges til grunn. Som jeg har vært inne på allerede, er det her delte meninger.

3.2.1 Artikkel 51

En rent språklig forståelse av vilkåret om at retten til selvforsvar først utløses ”if an armed attack occurs”⁸⁸, tilsier at en stat må ha blitt utsatt for et væpnet angrep, eller i alle fall at et angrep må ha begynt. En slik bokstavtro tolkning vil i dette tilfellet gi samme resultat som en mer formålsorientert tolkning. Som Bring har påpekt, var formålet med inngåelsen av FN-pakten å gi verdensorganisasjonen et noe nær monopol på maktbruk, og av samme grunn som art.2(4) derfor bør underlegges en vid tolkning, bør art. 51 tolkes restriktivt.⁸⁹

Men selv om artikkel 51 ut fra ordlyden vanskelig kan forstås på noen annen måte enn at angrepet må være et faktum, eller at det i alle fall må være påbegynt, kan det som nevnt *ikke* leses ut av bestemmelsen at angrepet må ha rammet statens territorium, eller statens

⁸⁷ Charter of the United Nations, art. 51

⁸⁸ Charter of the United Nations, art. 51

⁸⁹ Bring, s. 157

militære avdelinger i utlandet, for at retten til selvforsvar skal utløses. Ordlyden gir derfor ikke noe svar på det helt sentrale spørsmålet om når angrepet skal anses å ha begynt.

Det er kanskje riktig å si at det er ingen konsensus innen folkeretten med hensyn til eksakt når det kan iverksettes tiltak i selvforsvar⁹⁰. Og ICJ har heller aldri tatt stilling til spørsmålet om når et væpnet angrep skal anses å ha begynt.⁹¹ Men dersom artikkel 51 skal tolkes slik at et angrep må ha rammet en stat før selvforsvar kan utøves, vil det være en helt uholdbar regel. Det er ikke et rimelig krav at en stat skal måtte tåle et omfattende, og kanskje katastrofalt, anslag mot sitt territorium eller sine militære avdelinger i utlandet, før den kan forsvare seg. Derfor er det også en viss oppslutning i teorien om en tolkning som åpner for en ytterst begrenset rett til preventivt selvforsvar, gjerne betegnet som antesipert ("anticipatory") selvforsvar. Bring⁹² har hevdet at dersom en stat har innledet offensive militære operasjoner på sin side av grensen, på en annen stats territorium, eller i internasjonalt farvann, må det anses å foreligge et væpnet angrep som utløser rett til selvforsvar. "Missilene får skjutas ned i fritt lufrum och fartygen får stoppas innan de passerat territorialfarvattengränsen".⁹³ Denne argumentasjonen har mye til felles med Dinstains argumentasjon til støtte for det han kaller "interceptive self-defence"⁹⁴, og som han hevder er lovlig, i motsetning til "preventive self-defence" som han mener ikke er lovlig⁹⁵. "Interceptive self-defence" er ifølge Dinstein lovlig etter artikkel 51 fordi det er et svar på et angrep som er i gang; "the other side has committed itself to an armed attack in an ostensibly irrevokable way"⁹⁶. "Preventive self-defence" er derimot, ifølge Dinstein, ikke tillatt, hverken etter artikkel 51 eller sedvaneretten fordi det dreier seg om å svare på et

⁹⁰ Randelzhofer, *The charter of the United Nations – a commentary*, s. 803

⁹¹ Se O'Connell, 2002, s. 8 der det vises til Nicaragua saken (1986) og at domstolen i den saken ikke hadde noen grunn til å drøfte dette spørsmålet nærmere. Heller ingen annen internasjonal domstol har tatt stilling til dette spørsmålet.

⁹² Bring, s. 168-169

⁹³ Bring, s. 168-169

⁹⁴ Dinstein, s. 191, se også avsnitt 3.1 i denne oppgaven

⁹⁶ Dinstein, s. 191

våpnet angrep som bare er forutsigbart, eller kanskje bare tenkbart; ”self defence can not be exercised merely on the ground of assumptions, expectations or fear”⁹⁷. Vilkalet, ifølge Dinstein, for utøvelse av ”interceptive self-defence” er at et våpnet angrep må være ”imminent”. Dette innebærer at det ikke er nok at det foreligger en trussel. Det er heller ikke nok at det beviselig pågår trening og planlegging for et angrep; ”training, wargaming and advanced preparations do not cross the red line of an armed attack”⁹⁸.

O’Connell⁹⁹ argumenterer med at ut fra staters praksis, ”general principles of law” og ren logikk, trenger ikke en stat å ta imot et angrep før den kan forsvare seg, så lenge det må anses sikkert at angrepet vil komme. Et våpnet angrep må derfor anses å ha begynt ”where there is convincing evidence not merely of threats and potential danger but of an attack being actually mounted”¹⁰⁰. O’Connell bruker begrepet ”anticipatory self-defence” om denne begrensede formen for preventivt selvforsvar, og argumentasjonen synes å være på linje med Bring og Dinstein.

På den annen side har Brownlie¹⁰¹ kort og godt slått fast at artikkel 51 ikke tillater ”anticipatory self-defence”. Og Gray¹⁰² påpeker at ”the majority of states reject anticipatory self-defence (...)”. Gray legger her, i motsetning til hva O’Connell¹⁰³ tilsynelatende gjør, avgjørende vekt på hva stater faktisk påberoper seg, i stedet for hva de foretar seg¹⁰⁴. Hun påpeker at stater i praksis har vært svært tilbakeholdne med å påberope en rett til ”anticipatory self-defence”, og at de gjerne hevder å svare på et våpnet angrep i størst mulig grad. ”In practice they prefer to take a wide view of armed attack rather than

⁹⁷ Dinstein, s. 191

⁹⁸ Dinstein, s. 191

⁹⁹ O’Connell, 2002, s. 8

¹⁰⁰ Sir Humphrey Waldock, som gjengitt av O’Connell, O’Connell, 2002, s. 8

¹⁰¹ Brownlie, 1963, s. 275-278

¹⁰² Gray, 2004, s. 129-132

¹⁰³ Se O’Connell, 2002. s. 8

¹⁰⁴ Gray, 2004, s. 130

openly claim anticipatory self-defence”.¹⁰⁵ Gray hevder videre at denne tilbakeholdenheten med å påberope ”anticipatory self-defence” i seg selv er en indikasjon på at dette er et tvilsomt grunnlag for maktbruk.¹⁰⁶ Men her oppstår de nevnte problemene med en ikke helt konsistent begrepsbruk. Det er nemlig ikke helt klart om Gray og Brownlie med begrepet “anticipatory self-defence” bare mener en svært snever rett til preventivt selvforsvar, slik Bring og O’Connell bruker dette begrepet, og som korresponderer med Dinstains ”interceptive self-defence”, eller om Gray og Brownlie tillegger begrepet en videre betydning. Grays argumentasjon kan imidlertid tyde på at hun tillegger begrepet en videre betydning enn hva Bring og O’Connell gjør, ettersom hun gjør et poeng av at ”anticipatory self-defence” er noe annet enn en vid tolkning av ”armed attack”.¹⁰⁷ Bring og O’Connell knytter jo sin argumentasjon for en begrenset rett til ”anticipatory self-defence” opp til en tolkning av begrepet ”armed attack”.

Bring viser for øvrig til at Israel ved to anledninger uttrykkelig har hevdet en rett til preventivt selvforsvar i sin argumentasjon for Sikkerhetsrådet, nemlig under seksdagerskrigen i 1967 og ved bombingene av en irakisk kjernereaktor i 1981.¹⁰⁸ Men Sikkerhetsrådet har ikke gitt noen uttalelse om lovligheten av preventivt selvforsvar i disse tilfellene.¹⁰⁹

Etter dette kan det synes som det sikreste å konkludere med at artikkel 51 kun gir hjemmel for bruk av makt i selvforsvar etter at et væpnet angrep har begynt¹¹⁰, og at bestemmelsen ikke tillater preventive aksjoner. En slik tolkning stemmer tilsynelatende best med både

¹⁰⁵ Gray, 2004, s. 130

¹⁰⁶ Gray, 2004, s. 130

¹⁰⁷ Gray, 2004, s. 130

¹⁰⁸ Bring, s. 168-169. Men se Gray, s. 130 flg. der hun hevder at ”anticipatory self-defence” ikke ble påberopt av Israel under seksdagerskrigen, men at dette bare var tilfellet ved bombingene av den irakiske kjernereaktoren i 1981.

¹⁰⁹ Gray, 2004, s. 133

¹¹⁰ Randelzhofer, The charter of the United Nations – a commentary, s. 803

ordlyden i bestemmelsen og formålet med FN-pakten. Men det er mulig det må tas et forbehold for en ytterst begrenset rett til preventivt selvforsvar. Argumentasjonen til støtte for en slik begrenset rett til preventivt selvforsvar, på grunnlag av en vid tolkning av begrepet ”armed attack”, virker etter min mening fornuftig ut fra de nevnte reelle hensyn. Dersom det er åpenbart at et angrep er underveis og nærmest umiddelbart forestående, fremstår det som uakseptabelt at selvforsvar ikke skal kunne utøves for å avverge angrepet. Ettersom ordlyden i artikkel 51 som nevnt ikke gir noe svar på spørsmålet om når et angrep skal anses å ha begynt, og det heller ikke foreligger rettspraksis som avgjør spørsmålet, bør de reelle hensynene her etter mitt syn tillegges avgjørende vekt som et argument for at artikkel 51 ikke utelukker en slik begrenset rett til preventivt selvforsvar.

Samtidig synes det klart at en eventuell rett til preventivt selvforsvar som går lenger enn dette, som altså ikke er knyttet til en vid tolkning av begrepet ”armed attack”, vanskelig kan hjemles i art. 51. En hjemmel for dette må i tilfellet finnes i folkerettslig sedvanerett.

3.2.2 Folkerettslig sedvanerett

For å oppsummere så langt: Det er altså mulig å argumentere for at artikkel 51 gir hjemmel for en ytterst begrenset rett til preventivt selvforsvar, ut fra en vid tolkning av begrepet ”armed attack”. Det neste spørsmålet er om den tradisjonelle sedvaneretten gir grunnlag for en mer omfattende rett til preventivt selvforsvar enn hva som med rimelighet kan antas å følge av en tolkning av artikkel 51. Dette vil for det første avhenge av i hvilken grad preventivt selvforsvar var tillatt etter tradisjonell sedvanerett, og for det andre om disse reglene fortsatt er relevante.

Når det gjelder det første spørsmålet, i hvilken grad preventivt selvforsvar var lovlig etter sedvaneretten fra før FN-pakten, er det et sentralt spørsmål hvilken sedvanerett som i tilfellet er relevant. Sedvanerettens regler om selvforsvar må antas å ha endret seg over tid, særlig i løpet av mellomkrigstiden sett på bakgrunn av den generelle utviklingen av de

folkerettslige reglene om maktbruk mellom stater i denne perioden.¹¹¹ Det synes i utgangspunktet rimelig å legge til grunn at det må være sedvaneretten slik den var i 1945, og ikke sedvaneretten slik den var på 1800-tallet, som er relevant når det skal vurderes hvilke sedvanerettslige regler som eventuelt fortsatt gjelder ved siden av FN-pakten.

Ifølge Randelzhofer¹¹² er innholdet og omfanget av sedvaneretten med hensyn til selvforsvar uklar, og må knyttes til tidligere tiders doktriner om selvhjelp i en slik grad at om den fortsatt skulle være relevant, ville det i betydelig grad gjeninnføre lovligheten av unilateral maktbruk mellom stater. Og han hevder det i så fall ville være i strid med formålet bak FN-pakten, som jo var å innføre et forbud mot slik maktbruk¹¹³. Dette er antagelig en riktig beskrivelse dersom 1800-tallets sedvanerett skulle legges til grunn¹¹⁴, men det er som nevnt grunn til å anta at sedvanerettens regler om selvforsvar var gjenstand for en betydelig utvikling i perioden mellom første og andre verdenskrig¹¹⁵.

Folkeforbundspakten fra 1919 og Kellogg-Briand pakten fra 1928, samt ulike regionale og bilaterale ikke-aggresjonsavtaler i løpet av perioden, etablerte et sedvanerettslig forbud mot væpnet maktbruk¹¹⁶ som kan sammenfattes gjennom Kellogg-Briand paktens formulering om at statene skulle avstå fra krig ”as an instrument of national policy in their relations with one another”¹¹⁷. Denne utviklingen markerte et brudd med det 19. århundrets syn på krig som et legitimt politisk virkemiddel, og undergravde de klassiske doktrinene om selvhjelp og ”self-preservation”. Dermed oppstod en presumsjon for at retten til selvforsvar skulle tolkes restriktivt.¹¹⁸

¹¹¹ jf. fremstillingen av dette i kap 2

¹¹² Randelzhofer, *The Charter of the United Nations – a commentary*, s. 793

¹¹³ Jf. *Charter of the United Nations*, art. 2(4)

¹¹⁴ Se kapittel 2.1 i denne oppgaven

¹¹⁵ Se for eksempel Brownlie, 1963, s. 131-150 og 151-156

¹¹⁶ Bring, s. 154

¹¹⁷ Kellogg-Briand Pact, art. 1

¹¹⁸ Bring, s. 155

Bring¹¹⁹ har oppsummert sedvaneretten på dette området ved utbruddet av andre verdenskrig på følgende måte: Væpnet selvforsvar var antatt å være begrenset til tilfeller av et væpnet angrep samt tilfeller av ”omedelbart militært hot mot staten som sådan”¹²⁰, men innenfor denne rammen kunne fortsatt den klassiske folkerettens prinsipper, særlig Websters formel fra Caroline saken, spille en rolle.

Brownlie¹²¹ gir en liknende beskrivelse av sedvaneretten ved utbruddet av andre verdenskrig når han slår fast at ”state practice (...) supports the view that resort to force in (...) self-defence is a reaction to an actual or imminent resort to force in the years 1930 to 1939”, selv om han også peker på at en del folkerettsjurister på den tiden fortsatt definerte selvforsvarsretten ut fra 1800-tallets doktrine om staters rett til ”self-preservation”¹²².

Når det gjelder preventivt selvforsvar slår Brownlie fast at ”it is generally assumed that the customary law permitted anticipatory action in face of imminent danger”.¹²³ Han begrunner dette med at retten til “self-preservation” og doktrinen om nødvendighet klart omfattet preventive aksjoner, og Caroline doktrinen tillot preventivt selvforsvar i en sammenheng der dette var sidestilt med ”self-preservation”. Det er litt uklart om Brownlie her beskriver situasjonen slik han mener den var ved starten av andre verdenskrig, eller om han referer det 19. århundrets sedvanerett. Men ut fra sammenhengen er det nærliggende å anta at det første alternativet er riktig. Brownlie viser nemlig i samme avsnitt blant annet til Nürnberg-domstolens behandling av Tysklands angrep på Sovjetunionen i 1941, der forsvaret hevdet at Tyskland utøvet preventivt, ”anticipatory”, selvforsvar. Domstolen ga ikke forsvaret medhold i dette på grunnlag av sakens faktum, men kan synes implisitt å ha godtatt

¹¹⁹ Bring, s. 156

¹²⁰ Bring, s. 156

¹²¹ Brownlie, 1963, s. 249-250

¹²² Brownlie viser her til Kaufmann, se Brownlie, 1963, s. 249

¹²³ Brownlie, 1963, s. 257

lovligheten av preventivt ("anticipatory") selvforsvar ettersom den ikke hadde innvendinger til den juridiske delen av argumentasjonen¹²⁴.

Det lar seg neppe gjøre å slå fast helt presist hva som var innholdet av sedvanerettens regler om selvforsvar ved starten på andre verdenskrig. Men for å forsøke å oppsummere, kan antagelig følgende legges til grunn: For det første har selvforsvar definitivt blitt et relevant rettslig begrep i løpet av mellomkrigstiden. Som tidligere nevnt ble selvforsvar også diskutert innen folkeretten i tiden før første verdenskrig, men grunnet datidens nærmest ubetingete frihet til å gå til krig, hadde selvforsvar liten selvstendig betydning som rettslig grunnlag for væpnet maktbruk. For det andre kan det legges til grunn at selvforsvar nå ikke lenger kunne påberopes for staters ivaretagelse av sine rettigheter og interesser generelt, men var ansett begrenset til tilfeller der en stat var utsatt for eller truet av ulovlig maktbruk fra en annen stat.¹²⁵ Den tidligere selvhjelpsdoktrinen, som ga stater vid adgang til å anvende væpnet makt unilateralt, må i alle fall antas å ha blitt kraftig beskåret.¹²⁶ For det tredje var preventivt selvforsvar, "anticipatory self-defence", trolig ansett som lovlig.¹²⁷ Det er her noe uklart om det bør legges til grunn en vid rett til preventivt selvforsvar, uten andre begrensninger enn kravene om nødvendighet og proporsjonalitet (jf. Caroline saken), eller om dette heller var snakk om at det ved starten på andre verdenskrig kun var adgang til en mer begrenset rett til preventivt selvforsvar, til avvergelse av en umiddelbart forestående trussel. Som Brownlie¹²⁸ nevner var det i alle fall delte meninger blant folkerettsjurister, men ut fra Brownlies¹²⁹ egen fremstilling av dette er det grunn til å tro at han mener retten til preventivt selvforsvar ved starten av andre verdenskrig var av sistnevnte, mer begrensede, art.

¹²⁴ Brownlie, 1963, s. 258, se også Bring s. 153

¹²⁵ Brownlie, 1963, s. 250

¹²⁶ Bring, s. 156

¹²⁷ Jf. den nevnte behandlingen av Tysklands angrep på Sovjetunionen av Nürnberg domstolen, se også Brownlie, 1963, s. 250 der han slår fast at "the question of anticipatory self-defence had not been disposed of.."

¹²⁸ Se Brownlie, 1963, s. 249

¹²⁹ Brownlie, 1963, kapittel 12 og 13

Så til spørsmålet om den tradisjonelle sedvaneretten fortsatt er relevant som et supplement til FN-paktens regler om selvforsvar. Det er da nødvendig å vende tilbake til teksten i art. 51. Waldock¹³⁰ har hevdet at art. 51s innledning om at ingenting i paktens skal innskrenke ("impair") den naturlige retten ("inherent right") til selvforsvar¹³¹, gjør det vanskelig å tolke resten av teksten slik *at* den innskrenker denne retten.

Rent språklig er det på ingen måte klart hva som ligger i uttrykket "inherent right". Dinstein¹³² viser til at uttrykket "droit naturel" i den franske versjonen (som tilsvarer "naturlig rett" (i den norske oversettelsen) gir assosiasjoner til jus naturale. Men Dinstein slår fast at det vil være meningsløst å tolke dette som at retten til selvforsvar skal forstås som noe naturgitt. Selvforsvar som en rettslig rett må godtgjøres å eksistere innenfor rammen av den positive folkeretten. Dinstein avviser også at retten til selvforsvar kan anses som noe som er iboende, "inherent", i staters suverenitet. I teorien er det fullt mulig å tenke seg at stater gjennom en traktat kan komme til fullstendig å gi avkall på retten til selvforsvar, for eksempel fordi man har etablert en effektiv internasjonal politistyrke, uten at statene dermed gir avkall på sin suverenitet. Det er heller ikke holdepunkter for å anse retten til selvforsvar som et jus cogens prinsipp.¹³³

Spørsmålet er hva det i så fall siktes til med formuleringen om at "the inherent right (...) of self-defence"¹³⁴ ikke innskrenkes ved inngåelsen av FN-pakten. Som nevnt har enkelte forfattere etter andre verdenskrig hevdet at denne formuleringen i artikkel 51 innebærer at den tradisjonelle sedvaneretten på dette området må anses videreført.¹³⁵ I Nicaragua saken

¹³⁰ Waldocks syn er gjengitt av Bring, s. 180

¹³¹ Jf. Charter of the United Nations, art. 51

¹³² Dinstein, s. 179-182

¹³³ Se for eksempel O'Connell, s. 13, se også henvisning i kapittel 2.2.1 om begrepet jus cogens.

¹³⁴ Jf. Charter of the United Nations, art. 51

¹³⁵ Gray viser som nevnt til blant andre Bowett og Schwebel som representanter for et slikt syn, Gray, s. 98, Bring viser også til Bowett, se bring, s. 182

har også ICJ tolket formuleringen som en henvisning til folkerettslig sedvanerett, og dermed lagt til grunn at forfatterne av FN-pakten anerkjente at stater hadde rett til selvforsvar før inngåelsen av pakten og at de (i alle fall i utgangspunktet) ønsket å bevare denne retten.¹³⁶ Det avgjørende spørsmålet er da hvilke sedvanerettslige regler som må anses bevart.

Det kan som nevnt ikke anses som en rimelig tolkning at det er de sedvanerettslige reglene fra tiden før første verdenskrig som FN-paktens forfattere mente å bevare. Det må legges til grunn at det er sedvaneretten av 1945 som er relevant, og artikkel 51 ble antagelig av FN-paktens forfattere ansett stort sett å samsvare med gjeldende sedvanerett.¹³⁷ Selv om retten til preventivt selvforsvar, som tidligere nevnt, neppe var helt avklart etter dagjeldende sedvanerett, virker det i alle fall meningsløst å søke en hjemmel for en svært vid rett til preventivt selvforsvar i 1800-tallets doktriner om ”self-preservation” og selvhjelp. Statene hadde som nevnt på den tiden rett til å bruke væpnet makt stort sett når de måtte ønske, for å ivareta sine rettigheter og interesser overfor andre stater. Dersom denne sedvaneretten skulle være inntakt etter inngåelsen av FN-pakten, ville det undergrave det grunnleggende prinsippet om forbud mot væpnet maktbruk slik det kommer til uttrykk i artikkel 2(4), og som artikkel 51 er et unntak fra. Det virker derfor også mildt sagt noe anstrengt, og dessuten ulogisk, som Dinstein¹³⁸ fremhever, å hevde at det fortsatt eksisterer en vid rett til preventivt selvforsvar som ikke er underlagt FN-paktens regler. For hva er poenget med å slå fast det selvsagte, som alle er enige om, nemlig at et væpnet angrep gir rett til selvforsvar, mens man unnlater å si noe om de tvilsomme spørsmålene, som for eksempel preventivt selvforsvar? Hvorfor skulle man da lage en traktatbestemmelse om selvforsvar overhodet?

Et mer rimelig synspunkt er at selvforsvarsretten i folkerettslig sedvanerett, slik denne forelå i 1945, anses både bevart og modifisert i artikkel 51, og transformert til et konsept

¹³⁶ Se Dinstein, s. 181

¹³⁷ Brownlie, 1963, s. 279-280

¹³⁸ Dinstein, s. 185

som passer inn i FN-paktens system.¹³⁹ Dette synspunktet stemmer også med ICJs uttalelser om selvforsvarsretten i den nevnte Nicaragua saken, der domstolen antar at et ”armed attack” er en forutsetning for utøvelse av selvforsvar også etter folkerettslig sedvanerett.¹⁴⁰ Det er dermed en presumsjon for at rekkevidden av retten til preventivt selvforsvar, også etter gjeldende sedvanerett, må bestemmes ut fra en tolkning av begrepet ”armed attack”. Brownlie har imidlertid uttalt seg enda mer kategorisk og hevdet at selvforsvarsretten etter inngåelsen av FN-pakten, har et innhold som er identisk med denne retten slik den kommer til uttrykk i artikkel 51.¹⁴¹ Men som Bring¹⁴² påpeker, finnes det et tredje standpunkt, en mellomposisjon, som tar utgangspunkt i en restriktiv, bokstavtro tolkning av artikkel 51, men som samtidig preges av fleksibilitet, spesielt i forhold til spørsmålet om preventivt, i betydningen ”anticipatory”, selvforsvar. Ut fra Brings¹⁴³ argumentasjon i forhold til tolkningen av begrepet ”armed attack” kan det synes som han står nærmest et slikt tredje standpunkt.

3.2.3 Konklusjon

Hvis jeg etter dette skal forsøke å konkludere i forhold til spørsmålet om retten til preventivt selvforsvar de lege lata, vil jeg legge til grunn følgende: Det synes neppe å være grunnlag for å hevde at det etter inngåelsen av FN-pakten fortsatt eksisterer en vid adgang til selvforsvar i folkerettslig sedvanerett, som kan legitimere preventive aksjoner utover det som med rimelighet kan antas å følge av en tolkning av artikkel 51. En rett til preventivt selvforsvar må derfor forankres i en tolkning av denne bestemmelsen, og begrepet ”armed attack” må anses som et grunnleggende vilkår for all utøvelse av selvforsvar. Når Brownlie¹⁴⁴ som nevnt slår fast at selvforsvarsretten må antas å ha et innhold som er identisk med artikkel 51, er dette med andre ord et greit utgangspunkt. Men bildet er trolig

¹³⁹ Bring viser til Brownlie for en slik argumentasjon, og slutter seg til dette synspunktet, se Bring, s. 184

¹⁴⁰ Nicaragua, ICJ Reports (1986), s. 110, para. 211

¹⁴¹ Brownlie, 1963, s. 280

¹⁴² Bring, s. 186, der det blant andre vises til Wolfgang Friedmann som representant for et slikt syn.

¹⁴³ Se kapittel 3.2.1 i denne oppgaven

¹⁴⁴ Brownlie, 1963, s. 280

noe mer sammensatt. Problemet er jo at teksten i artikkel 51 ikke gir klare svar på en rekke sentrale spørsmål knyttet til utøvelsen av selvforsvar. Dette gjelder spesielt i forhold til preventivt selvforsvar. Det synes derfor mer rimelig å betrakte selvforsvarsretten, ut fra formuleringen ”inherent right to (...) self-defence”¹⁴⁵, som et sedvanerettslig forankret prinsipp som ikke er eksakt regulert i FN-pakten.¹⁴⁶ Artikkel 51 bevarer og modifierer dette prinsippet, men bestemmelsen må suppleres med sedvane og praksis. Kravene til proporsjonalitet og nødvendighet er en fundamental del av denne sedvanerettslige bakgrunnen, og den omtalte Caroline saken er i denne sammenhengen fortsatt relevant.¹⁴⁷

Likevel ligger det fast at artikkel 51 må være utgangspunktet for enhver diskusjon om rekkevidden av selvforsvarsretten generelt, og preventivt selvforsvar spesielt. Men det er som jeg har vært inne på, både mulig, og etter min mening også ønskelig, at begrepet ”armed attack” undergis en vid tolkning som åpner for en begrenset adgang til preventivt selvforsvar mot et angrep som er underveis, eller som åpenbart er nært forestående. Med andre ord at en rett til preventivt selvforsvar som samsvarer med det Dinstein omtaler som ”interceptive self-defence” og O’Connell kaller ”anticipatory self-defence”, bør anses å være lovlig. Reelle hensyn taler for at tilnærmingen til spørsmålet om preventivt selvforsvar bør preges av en viss fleksibilitet. Men dette synspunktet må antagelig ses på som en tese de lege ferenda. De lege lata vil det trolig være dristig å konkludere med at gjeldende folkerett hjemler selv en slik begrenset rett til preventivt selvforsvar.¹⁴⁸

Dette må antas å være en forsvarlig beskrivelse av rettstilstanden slik den har vært inntil nylig. Spørsmålet i det følgende vil være om det har vært en utvikling på dette området de siste årene, som en følge av det massive terrorangrepet mot USA 11. september 2001 og den etterfølgende ”krigen mot terror”.

¹⁴⁵ Charter of the United Nations, art. 2(4)

¹⁴⁶ Bring, s. 317

¹⁴⁷ Se for eksempel Dinstein, s. 249

¹⁴⁸ Se for eksempel Bring, s. 318

3.3 Retten til selvforsvar og krigen mot terror

3.3.1 Begrepet terrorisme

Det eksisterer ingen internasjonal enighet om en felles definisjon av begrepet terrorisme. Utenriksdepartementet har fremhevet viktigheten av å arbeide for og ”oppnå enighet om en definisjon av terrorisme og en helhetlig FN-konvensjon mot internasjonal terrorisme”¹⁴⁹, men per i dag har det ennå ikke lyktes FNs medlemmer å samle seg om verken en felles definisjon eller en felles strategi mot terrorisme.

Fleischer forsøker seg på en definisjon når han slår fast at ”terrorisme er voldshandlinger som rettes mot sivilbefolkningen eller deler av denne – med den hensikt å skade de personer som rammes”.¹⁵⁰ Militære kamphandlinger som er tillatt etter folkeretten, kan ofte også ramme sivilbefolkning. Men da er det snakk om utilsiktede skadevirkninger - ”collateral damage”. Når selve formålet er å ramme sivilbefolkning, synes det nærliggende å karakterisere handlingene som terrorisme. Et annet sentralt kjennetegn ved terrorisme er antagelig, som Fleischer også påpeker¹⁵¹, at handlingene gjerne rammer vilkårlig.

3.3.2 11. September 2001 og Operation Enduring Freedom

Etter terrorangrepet mot USA 11. september 2001 forlangte USA at Taliban-regimet i Afghanistan skulle utlevere Osama bin Laden og andre medlemmer av terroristorganisasjonen Al Qaida, som ble holdt ansvarlig for angrepet. Det ble også stilt krav om å stenge ned Al Qaidas treningsleire i Afghanistan og åpne landet for inspeksjoner fra USA. Da Talibanregimet nektet å samarbeide, innledet USA, med militær støtte fra

¹⁴⁹ Utenrikspolitisk strategi for bekjempelse av internasjonal terrorisme, 2006

¹⁵⁰ Fleischer, s. 289, 2005

¹⁵¹ Fleischer, s. 289, 2005

enkelte allierte, Operation Enduring Freedom i Afghanistan 7. oktober 2001.¹⁵² USA påberopte overfor FNs sikkerhetsråd at aksjonen var utøvelse av selvforsvar etter FN-paktens art. 51,¹⁵³ og USA hadde på dette tidspunktet bred internasjonal støtte. FNs sikkerhetsråd bekreftet for første gang rett til selvforsvar mot terrorisme¹⁵⁴, og NATO påberopte for første gang i organisasjonens historie artikkel 5 i NATO-pakten¹⁵⁵.

Spørsmålet om selvforsvar mot terrorisme har tidligere vært omstridt¹⁵⁶, og terrorisme har sjelden vært påberopt som grunnlag for maktbruk i selvforsvar før 11. september 2001¹⁵⁷. Det er imidlertid rimelig å anta at selvforsvar mot massive terrorangrep etter 11. september 2001 må anses lovlig som en følge av den nærmest universelle støtten til USA fra stater, og blant annet FNs, EUs og NATOs tilslutning.¹⁵⁸

3.3.3 Vilkår for utøvelse av selvforsvar mot terrorisme

Da FN-pakten ble skrevet, var det neppe mange som hadde internasjonal terrorisme i tankene. Paktens regler om væpnet maktbruk tok sikte på å regulere forholdet mellom stater. Det er stater som har rettigheter og plikter etter paktens. En grunnleggende problemstilling i forhold til terrorisme er om stater kan ha rett til å bruke væpnet makt i selvforsvar mot ikke-statlige aktører. Dette blir en folkerettslig problemstilling når terrorhandlingene har et grenseoverskridende element, for eksempel når ikke-statlige aktører som holder til i stat A utfører terroraksjoner rettet mot stat B. Spørsmålet er om slike aksjoner kan anses som et ”armed attack” som utløser rett til selvforsvar etter artikkel

¹⁵² Se Gray, 2004, s. 159

¹⁵³ Se Gray, 2004, s. 160

¹⁵⁴ SC Res. 1368, jf. Gray, 2004, s. 160

¹⁵⁵ Bring, s. 321

¹⁵⁶ Gray, 2004, s. 164

¹⁵⁷ Gray, 2004, s. 160-164

¹⁵⁸ Se blant andre Bring, s. 315-324, Ulfstein, Forsvarspolitik og folkerett, s. 612-614, kan også forstås slik. Men også se Gray, s. 160-166 som mener betydningen av 11. september er mer uklar. Gray drøfter også hvorvidt Operation Enduring Freedom oppfyller kravene om nødvendighet og proporsjonalitet, s. 168-170

51. Etter 11. september 2001 er det som nevnt mye som tyder på at terroraksjoner utført av ”private” aktører kan utgjøre et ”armed attack” og utløse rett til selvforsvar.

Artikkel 51 sier ingenting om at en stat må kunne holdes ansvarlig for et angrep for at retten til selvforsvar skal kunne påberopes. Man kan altså ikke ut fra ordlyden i bestemmelsen lese at selvforsvar mot terrorisme skulle være forbudt. Men man kan heller ikke finne positiv støtte i ordlyden for det motsatte, nemlig at selvforsvar *kan* utøves mot terrorhandlinger. At terrorhandlinger begått av private, dvs. ikke-statlige, grupper og organisasjoner i seg selv ikke utgjør noe ”armed attack” synes imidlertid å være et rimelig utgangspunkt¹⁵⁹. Randelzhofer¹⁶⁰ fremhever imidlertid at ”if large scale acts of terrorism of private groups are attributable to a state, they are an armed attack in the sense of Art. 51”, og trekker frem terrorangrepet mot USA 11. september 2001 som et eksempel på et slikt angrep.

Det er etter dette synspunktet to grunnleggende vilkår for at et terrorangrep begått av ikke-statlige grupper eller organisasjoner skal kvalifisere til et ”armed attack” som utløser rett til selvforsvar: For det første må angrepet være av et visst omfang (”large scale”). For det andre må angrepet kunne knyttes til en stat (”attributable to a state”).

Når det gjelder kravet om at angrepet må være av et visst omfang, viser Randelzhofer¹⁶¹ til terrorangrepet 11. september 2001 og legger vekt på at både antall drepte (flere tusen) og det faktum at angrepene var rettet mot landets finans – og forsvarsmessige sentra, var nok til at angrepet utgjorde et ”armed attack” med hensyn til omfang. Helt presist hvor den nedre grensen går, er imidlertid ikke klart.

¹⁵⁹ Randelzhofer, *The charter of the United Nations – a commentary*, s. 802

¹⁶⁰ Randelzhofer, *The charter of the United Nations – a commentary*, s. 802

¹⁶¹ Randelzhofer, *The charter of the United Nations – a commentary*, s. 802

Angående vilkåret om at angrepet må kunne knyttes til en stat peker Randelzhofer¹⁶² for det første på det nokså selvsagte at dette vilkåret vil være oppfylt når statlige organer (som politi eller soldater) forkledd som sivile har utført terrorhandlingene. Men angrepene kan også, hevder han, knyttes til en stat hvis staten har oppmuntret til, direkte støttet eller bidratt til, eller unnlatt å forhindre, planlegging og forberedelser på sitt territorium. Det samme gjelder hvis en stat tillater at terrorister får søke tilflukt på sitt territorium etter en terrorhandling.

Dinstein¹⁶³ fremhever også tilknytning til en stat som vilkår for selvforsvar når han sier at både angrep *av* en stat og angrep av terrorister eller andre uten direkte tilknytning til en stat, men som opererer *fra* en stat eller bruker en stat som tilfuktssted, kan kvalifisere til et ”armed attack” som utløser rett til selvforsvar for den angrepne staten.

Ulfstein¹⁶⁴ argumenterer også for at tilknytning til staten det opereres fra må være en betingelse for at retten til selvforsvar skal kunne påberopes av den angrepne staten, men peker samtidig på at det her oppstår vanskelige spørsmål om avgrensninger og at det kan være fare for misbruk av en slik rett til selvforsvar.

3.3.4 Bush-doktrinen om ”pre-emptive self-defence”

Angrepet mot USA 11. september 2001 har altså trolig medført en utvidelse av selvforsvarsretten ved at massive terrorangrep nå anses å kunne utløse rett til selvforsvar. Men angrepet mot USA danner også bakgrunnen for en debatt om en mulig utvidelse av retten til preventivt selvforsvar.

¹⁶² Randelzhofer, *The charter of the United Nations – a commentary*, s. 802

¹⁶³ Dinstein, s.219. Dinstein kaller denne formen for selvforsvar mot terror og ”armed bands” for ”extra territorial law enforcement”, og viser til blant annet Israel sin aksjon mot Libanon i 1982, og dessuten Caroline saken i 1837, som eksempler, Dinstein, s. 247-248

¹⁶⁴ Ulfstein, *Forsvarspolitik og folkerett*, s. 613

I tiden etter innledningen av Operation Enduring Freedom i Afghanistan har nemlig USA gått betydelig lenger enn de gjorde i sin argumentasjon for selvforsvar mot terror forut for denne, og har tilsynelatende tatt til orde for at militær makt kan brukes i vid utstrekning for å forhindre også fremtidige trusler fra terrorister og antatt fiendtlige stater.

I sin State of the Union tale i januar 2002 uttalte President Bush at ”(the) war against terrorism”¹⁶⁵ så vidt hadde begynt, og skiftet samtidig fokus over til ”the Axis of Evil”, som ifølge presidenten bestod av Irak, Iran og Nord-Korea.¹⁶⁶ Hans bekymring var at disse statene skulle utvikle masseødeleggelsesvåpen, til egen bruk eller til å forsyne terrorgrupper med.¹⁶⁷ Den såkalte Bush-doktrinen fikk først et formelt uttrykk i the National Security Strategy (NSS) i september 2002. I dette dokumentet gjøres det ingen forskjell mellom ”terrorists and those who knowingly harbour or provide aid to them”¹⁶⁸. Det gjøres videre klart at USA vil benytte sin rett til selvforsvar ”by acting pre-emptively against such terrorists”¹⁶⁹.

Denne linken mellom terrorister og stater som utvikler masseødeleggelsesvåpen ble tilsynelatende brukt for å utvide retten til selvforsvar langt utover dens tradisjonelle rekkevidde.¹⁷⁰ Det må, som tidligere nevnt, antas at for at selvforsvar skal kunne påberopes etter FN-paktens regler må et angrep være underveis, eller i alle fall være nært forestående.¹⁷¹ Bush-doktrinen om preventivt selvforsvar har gjerne blitt forstått som at USA nå påberoper seg en rett til forkjøpsangrep (pre-emptive self-defence) for å kunne bruke væpnet makt til å bekjempe potensielle fremtidige trusler, fra terrorister og stater, og da særlig når det foreligger en trussel om bruk av masseødeleggelsesvåpen.¹⁷²

¹⁶⁵ Se Gray, 2004, s. 176

¹⁶⁶ Se Gray, 2004, s. 176

¹⁶⁷ Se Gray, 2004, s. 176

¹⁶⁸ The National Security Strategy of the United States of America, 2002

¹⁶⁹ The National Security Strategy of the United States of America, 2002

¹⁷⁰ Gray, 2004, s. 176

¹⁷¹ Se kapittel 3.2

¹⁷² Se Dinstein, s. 183

Som begrunnelse for denne doktrinen anføres det i NSS fra 2002 at den kalde krigens tankegang om at trusselen om gjengjeldelse ville forhindre fienden, som da var Sovjetunionen, fra å bruke masseødeleggelsesvåpen, ikke passer til dagens trusselbilde. ”Deterrence based upon the threat of retaliation is less likely to work against leaders of rogue states (...)”¹⁷³ Det hevdes videre at det lenge har eksistert en rett til ”pre-emptive self-defence” i folkeretten. Dette er en tvilsom påstand.¹⁷⁴ Men USA har tradisjonelt vært tilhengere av en mer begrenset rett til preventivt selvforsvar, en form for ”anticipatory self-defence”¹⁷⁵, som er mer på linje med Dinstains argumentasjon for det han kaller ”interceptive self-defence”, og som jeg har argumentert for de lege ferenda i kapittel 3.2. USA har derimot, før 11. september 2001, avvist ”pre-emptive self-defence”¹⁷⁶, antagelig ut fra den begrunnelse at dette ikke er en rett USA ønsker at andre stater skal ha. USA har derfor tidligere vært nøye med å understreke at preventivt selvforsvar bare kunne utøves mot en trussel om væpnet maktbruk som er ”imminent”¹⁷⁷. I USAs National Security Strategy fra 2002 tas det imidlertid til orde for at dette kravet må revurderes på bakgrunn av et endret trusselbilde; ”We must adapt the concept of imminent threat to the capabilities and objectives of today’s adversaries”¹⁷⁸. Men det utdypes ikke hvordan vilkåret om ”imminence” skal tilpasses dagens trusselbilde.

Det nærmere innholdet av Bush-doktrinen slik den kommer til uttrykk i NSS fra 2002 er derfor ikke klart. Det er et åpent spørsmål hva som skal til for å utløse rett til denne type preventive aksjoner samt hvilken grad av væpnet maktbruk som vil være proporsjonal ved

¹⁷³ The National Security Strategy of the United States of America, 2002

¹⁷⁴ Jf. kapittel 3. 2

¹⁷⁵ Både Dinstein, s. 182, og Gray, 2004, s. 184, hevder dette.

¹⁷⁶ O’Connell, s. 15, hevder dette.

¹⁷⁷ Dinstein, s. 182

¹⁷⁸ The National Security Strategy of the United States of America, 2002

utøvelse av ”pre-emptive self-defence”.¹⁷⁹ Dette spørsmålet er heller ikke løst i USAs NSS fra 2006, der doktrinen om ”pre-emptive self-defence” bekreftes som gjeldende strategi.¹⁸⁰

USAs bekymring for at nye stater skal utvikle masseødeleggelsesvåpen er forståelig, spesielt når de har ledere som Saddam Hussein. Men som O’Connell har slått fast; ”(...) mere possession of such weapons without more does not amount to an armed attack”.¹⁸¹

3.3.5 Irak og ”pre-emptive self-defence”

Det har vært hevdet at USA ikke uttrykkelig påberopte en rett til ”pre-emptive self-defence” som rettslig grunnlag for invasjonen i Irak i 2003, men at dette bare var en del av den politiske retorikken forut for invasjonen¹⁸². ”Pre-emption” var i alle fall bare en del av den rettslige argumentasjonen. Forut for invasjonen ble det av amerikanske myndigheter dels argumentert med behovet for å forsvare USA mot trusselen fra Irak, dels ble det vist til behovet for å håndheve FNs Sikkerhetsråds resolusjoner etter Gulf-krigen i 1991. Spesielt ble det vist til resolusjon 687 (1991) som påla Irak en rekke forpliktelser, først og fremst om nedrustning, som var betingelser for den etterfølgende våpenhvilen. USA hevdet blant annet at brudd på disse forpliktelsene hadde ført til at våpenhvilen måtte anses å ha bortfalt, og at resolusjon 678 (1990) da ga hjemmel for å bruke makt.¹⁸³ Denne argumentasjonen fra USA (og Storbritannia) fant liten støtte blant andre stater. I forhold til argumentet om behovet for å forsvare seg mot trusselen fra Irak, ble det ikke akseptert at Irak utgjorde noen umiddelbar (”imminent”) trussel. Det var også tegn til at heller ikke USAs og Storbritannias egne etterretningstjenester aksepterte at det forelå noen trussel som var ”imminent”.¹⁸⁴ I mangel av en umiddelbart forestående trussel, var det bare den svært vide Bush-doktrinen om ”pre-emption” som kunne legitimere væpnet maktbruk i selvforsvar.

¹⁷⁹ Se Gray, 2004, s. 183

¹⁸⁰ Se Gray, 2006

¹⁸¹ O’Connell, s. 11

¹⁸² Dinstein hevder dette, s. 183

¹⁸³ Gray, 2004, s. 182, Ulfstein, Forsvarspolitik og folkerett, s. 614

¹⁸⁴ Gray viser her til The Guardian, 9 og 10 oktober, 2002, se Gray, 2004, s. 183

Selv om USA som nevnt viste til behovet for å forsvare seg, ble det ikke i denne forbindelse gått i detalj om rekkevidden av en eventuell rett til ”pre-emptive self-defence”.¹⁸⁵

Dinstein mener at det er naturlig å anse krigen mot Irak i 2003 som en fortsettelse av Gulf krigen i 1991. Han viser ikke til Sikkerhetsrådets resolusjon 678 eller 687, men slår likevel fast at invasjonen ”represented a renewal of the exercise of the right of collective self-defence after twelve years of cease-fire”¹⁸⁶. Hvis dette skal legges til grunn er det i tilfellet ikke snakk om preventivt selvforsvar. Men argumentet om at Irak 2 (2003) er en lovlig fortsettelse av Irak 1 (1991), er et kontroversielt standpunkt.¹⁸⁷ Dette synspunktet i forhold til Irak 2 (2003) får imidlertid en viss støtte av Fleischer¹⁸⁸, som åpner for at selvforsvar på det grunnlaget Dinstein skisserer (han viser riktignok ikke til Dinstein), kan være en mulig hjemmel for invasjonen. Men Fleischer konkluderer ikke i forhold til dette.

3.3.6 Konklusjon

Det gjenstår ennå å se om USA virkelig ønsker en ny rettslig doktrine om selvforsvar¹⁸⁹, eller om Bush-doktrinen heller må ses som politisk retorikk som er ment å skremme stater som Iran og Nord Korea fra å utvikle masseødeleggelsesvåpen. Det som er klart er at en slik doktrine så langt har minimal støtte blant andre stater¹⁹⁰. Dersom Bush-doktrinen skulle få gjennomslag som et lovlig grunnlag for unilateral bruk av væpnet makt vil det dessuten undergrave grunnprinsippet om forbud mot slik maktbruk mellom stater, slik dette prinsippet kommer til uttrykk i FN-pakten artikkel 2(4).¹⁹¹ Bush-doktrinen om rett til ”pre-emptive self-defence” kan derfor neppe regnes som del av gjeldende folkerett.

¹⁸⁵ For en mer detaljert fremstilling se for eksempel Gray, 2004, s. 181-183

¹⁸⁶ Dinstein, s.277

¹⁸⁷ Se for eksempel O’Connell, s. 19

¹⁸⁸ Fleischer, s. 287

¹⁸⁹ Gray, 2004, s. 184

¹⁹⁰ Gray, 2004, s. 194

¹⁹¹ Se kapittel 2.2

Det er imidlertid mulig, som Gray¹⁹² påpeker, at det etter 9/11 vil være lettere å få aksept for USAs tidligere doktrine om rett til preventivt selvforsvar mot en trussel som er ”imminent”. Det kan da tenkes at USA etter hvert vil se seg tjent med å droppe den kontroversielle Bush-doktrinen, ut fra et synspunkt om at en eventuell nyvunnet aksept for en slik begrenset rett til preventivt selvforsvar som USA tradisjonelt har hevdet, vil gi nok fleksibilitet uten å provosere allierte stater¹⁹³.

Ronzitti¹⁹⁴ har gått et skritt lenger og hevdet at ”a consensus seems to be emerging on the lawfulness of anticipatory self-defence, provided that it is given a narrow interpretation”, mens ”pre-emption” derimot ikke anses å ha vunnet aksept i det internasjonale samfunn.

3.4 Vilkår for utøvelse av preventivt selvforsvar

3.4.1 Prinsipielle utgangspunkter: Nødvendighet og ”imminence”

Hvis man subsidiært legger til grunn at det eksisterer en rett til preventivt selvforsvar, eventuelt også at Bush-doktrinen om rett til ”pre-emptive self-defence” får gjennomslag, må det tas stilling til hva som eventuelt bør være de grunnleggende vilkårene for at rett til slik maktbruk skal utløses. Mye vil da trolig avhenge av tolkningen av begrepet ”imminence”, som USA også har pekt på, men uten å drøfte nærmere hvordan dette begrepet i så fall skal revurderes.¹⁹⁵

Artikkel 51 løser, som jeg har vært inne på, ikke spørsmålet om preventivt selvforsvar. Dersom en slik rett forutsettes å gjelde, vid eller begrenset, må derfor de nærmere vilkårene utledes fra sedvanerettslige prinsipper. Det sentrale prinsippet i denne sammenhengen er

¹⁹² Gray, 2004, s. 184

¹⁹³ Gray, 2004, s. 184

¹⁹⁴ Ronzitti, *The Expanding Law of Self-defence*, *Journal of Conflict & Security Law* 11:3 (2006)

¹⁹⁵ *The National Security Strategy of the United States of America*, 2002

kravet om *nødvendighet*. Som rettslig grunnlag for kravet om nødvendighet vises det som nevnt gjerne til Caroline saken og Websters formel. Bruk av makt i selvforsvar kan bare tillates når ”the necessity of that self-defence is instant, overwhelming and leaving *no choice of means, and no moment for deliberation*”.¹⁹⁶ Dette har gjerne blitt forstått som et krav om at det må foreligge en trussel om et angrep som er umiddelbart forestående, ”imminent”, og som ikke kan besvares effektivt med noe annet middel enn væpnet selvforsvar¹⁹⁷. Vilkåret om ”imminence” har som nevnt også vært lagt til grunn av USA som en del av den tradisjonelle doktrinen om ”anticipatory self-defence”¹⁹⁸.

Enkelte forfattere viser også til ”imminence” som et selvstendig vilkår, sammen med nødvendighet og proporsjonalitet, som en del av den sedvanerettslige bakgrunnen som supplerer reglene om selvforsvar i FN-pakten.¹⁹⁹ Andre viser kun til kravene om nødvendighet og proporsjonalitet.²⁰⁰ Kravet om proporsjonalitet dreier seg, som tidligere nevnt, om *hvordan* selvforsvarshandlingen skal utføres, ikke om selve retten til å utøve selvforsvar, og vil derfor ikke bli drøftet her. I forhold til *retten* til å utøve selvforsvar må nødvendighetskravet etter mitt syn anses som det mest grunnleggende vilkåret, og kravet om ”imminence” bør tolkes i lys av dette.²⁰¹ Det kan i denne sammenhengen spørres hvorvidt en forståelse av kravet om ”imminence” som et absolutt krav om umiddelbar nærhet i tid, er tilfredsstillende ut fra de hensyn som må antas å ligge til grunn for kravet om nødvendighet. Dette spørsmålet vil bli drøftet i tilknytning til de to formuleringene ”no moment for deliberation” og ”no choice of means” i Websters formel.

¹⁹⁶ Formuleringen er fra den diplomatiske korrespondansen i forbindelse med Caroline saken, brevet fra utenriksminister Webster, se kapittel 2.1.

¹⁹⁷ Zedalis, *Nordic Journal of International Law* 74, 2005, s.212

¹⁹⁸ Se kapittel 3.3.4

¹⁹⁹ Se for eksempel Dinstein, s. 249

²⁰⁰ Se for eksempel Gray, 2004, s. 120

²⁰¹ Se Ronzitti, 2006, s. 347

Det overordnede formålet med vilkåret om nødvendighet for utøvelsen av selvforsvar må antas å være å minimalisere sjansen for at væpnet makt brukes i selvforsvar utenom de tilfeller der ingen andre virkemidler kunne avverget trusselen om et angrep. Dette samsvarer også med hovedformålet i FN-pakten om å begrense bruken av væpnet makt mellom stater, og i størst mulig grad løse mellomstatlige konflikter med fredelige midler.²⁰² I forhold til preventivt selvforsvar spesielt, må formålet med et krav om nødvendighet antas å være å forhindre bruk av væpnet makt i selvforsvar ved feiltagelse; det vil si at væpnet makt brukes for å avverge et angrep man antar eller frykter vil komme, men som i virkeligheten aldri ville skjedd, eller som kunne vært avverget ved bruk av andre midler.

3.4.2 Tidsaspektet i forhold til preventivt selvforsvar

Ut fra en rent språklig tolkning av formuleringen ”no moment for deliberation” synes det rimelig å slutte at trusselen om et angrep må være tidsmessig nært forestående. Men faren med en rent bokstavtro tolkning av en regel er, som Zedalis har påpekt, at man kan risikere å heve “the plain words of the rule (...) above the basic goal the rule attempts to achieve”²⁰³. Det er i denne sammenhengen nødvendig å tolke formuleringen i lys av det antatte formålet med det grunnleggende nødvendighetskravet. Ut fra dette er det ikke helt tilfredsstillende at tidsaspektet i seg selv skal være avgjørende. Formålet med formuleringen ”no moment for deliberation”, som et uttrykk for nødvendighetskravet, må antas å være at stater skal vente med å anvende militært selvforsvar til man er så sikker på trusselen om et angrep, at det åpenbart er liten sjanse for at maktbruken vil være unødvendig.

Det er rimelig å legge til grunn at sikker kunnskap om en trussel om et angrep må omfatte både fiendens evne til, og hensikt om, å gjennomføre angrepet. At en potensiell fiende har evne til å gjennomføre et angrep, må være en nødvendig forutsetning, men kan klart ikke

²⁰² Se Charter of the United Nations, art. 1(1), 2(3) og 2(4)

²⁰³ Zedalis, *Nordic Journal of International Law* 74, 209-230, 2005

være tilstrekkelig for å legitimere preventivt selvforsvar.²⁰⁴ Evnen til å gjennomføre et angrep må følges av en hensikt om faktisk å gjøre det.

Gitt disse presiseringene, synes det i prinsippet mer relevant å spørre hvor sikkert man anser et fremtidig angrep å være, fremfor hvor nært forestående i tid man antar at det er, når man skal avgjøre om preventivt selvforsvar er nødvendig. Nærhet i tid (the imminence of the attack) bør altså ikke i seg selv være et avgjørende kriterium for om preventivt selvforsvar kan iverksettes, selv om tidsaspektet i praksis ofte vil ha stor betydning for hvor sikker man kan være på at et angrep vil komme. Av praktiske årsaker vil det selvsagt være vanskeligere å ha sikker kunnskap om at et angrep vil komme jo lenger frem i tid det antatte angrepet vil bli iverksatt. Men poenget er at antatt nærhet i tid, ”imminence”, i prinsippet bare bør være et moment som det er relevant å ta i betraktning, men som ikke i seg selv er avgjørende, når man skal vurdere om det grunnleggende nødvendighetskravet er oppfylt. Dersom en stat har sikker etterretningsinformasjon om at en annen stat vil komme til å iverksette et ulovlig angrep mot den, som passerer grensen for et ”armed attack”, bør ikke preventivt selvforsvar være utelukket selv om det planlagte angrepet ikke antas å være ”imminent”.

Det helt berettigete kravet om at alle andre praktiske virkemidler for å avverge trusselen om et angrep må være uttømt, eller må anses nytteløse, før væpnet selvforsvar skal anses nødvendig, uttrykkes ved formuleringen om at situasjonen må etterlate ”no choice of means”²⁰⁵. Denne formuleringen er også nært knyttet til tidsaspektet. Jo mer tid man har, jo større vil normalt muligheten være for at for eksempel diplomatiske virkemidler kan forhindre angrepet, og at preventivt selvforsvar derfor ikke vil være nødvendig. Men et

²⁰⁴ ICJ har tilsynelatende slått fast betydningen av hensikt, og ikke bare evne eller militær kapasitet, i Nicaragua-saken. Om forholdet mellom en stats militære opprustning og en annen stats rett til preventive aksjoner, uttalte domstolen at folkeretten ikke legger noen begrensninger på en stats mulighet til selv å avgjøre hvilken militær kapasitet den mener å ha behov for, og at dette prinsippet ”is valid for all states without exception”, se ICJ Rep. (1986), s. 134, para. 269. Se også Sofaer, 2003, s. 220

²⁰⁵ Websters formel, se kapittel 3.4.1 i denne oppgaven

selvstendig krav om nærhet i tid vil etter mitt syn også være overflødig i forhold til den delen av nødvendighetskravet som kommer til uttrykk ved formuleringen ”no choice of means”.

Det kan dessuten tenkes vektige humanitære argumenter som taler for at preventivt selvforsvar i noen tilfeller bør iverksettes så tidlig som mulig, gitt at man har sikker kunnskap om at et angrep vil komme. Ved å la en trussel om et angrep utvikle seg til den er ”imminent”, kan det lett tenkes større skade som resultat av selvforsvarshandlingen enn om denne ble iverksatt mens trusselen om angrep fortsatt ble ansett å ligge et stykke frem i tid.²⁰⁶

Dette er etter min mening vektige prinsipielle argumenter for at kravet om ”imminence” ikke bør tolkes slik at tidsaspektet i seg selv er avgjørende. Det grunnleggende vilkåret om nødvendighet ivaretas best dersom det ikke legges avgjørende vekt på at et angrep må være tidsmessig umiddelbart forestående.²⁰⁷

3.4.3 Utfordringer knyttet til vilkårene for preventivt selvforsvar

Selv om det lar seg gjøre å stille opp vilkår som prinsipielt sett er rimelige for når preventivt selvforsvar, og også en videre rett til ”pre-emption”, må anses nødvendig, og derfor kan være lovlig, er det betydelige utfordringer knyttet til den praktiske anvendelsen av disse. En sentral problemstilling er hvilken grad av sikkerhet som må kreves for å legitimere slik maktbruk mot en trussel som ikke er tidsmessig nær (”imminent”). Som et utgangspunkt synes det rimelig å hevde at desto mindre grad av tidsmessig nærhet til trusselen om angrep, desto større sikkerhet om at angrepet vil komme bør kreves for at preventive aksjoner skal anses nødvendige.²⁰⁸

²⁰⁶ For eksempler se Zedalis, *Nordic Journal of International Law* 74: 209-230, 2005

²⁰⁷ Se også Zedalis, som hevder et slikt syn.

²⁰⁸ Se for eksempel Zedalis, s. 220-222, for en nærmere drøftelse av denne problemstillingen.

En mer fundamental problemstilling er om trusselen om et fremtidig angrep automatisk bør utløse en rett til bruk av militære virkemidler.²⁰⁹ Gray²¹⁰ reiser også, i tilknytning til selvforsvar mot terrorisme, spørsmålet om bruk av militære virkemidler er effektivt med tanke på å bekjempe terrorisme. Dette spørsmålet er mer politisk enn rettslig. Men hvis militære midler ikke er effektive, kan det argumenteres for at de heller ikke er nødvendige.

4 Lovlig og legitim bruk av væpnet makt

4.1 Bruk av norske militære styrker

I Norge er det tverrpolitisk enighet om folkeretten som ramme for bruk av norske militære styrker. I St.prp. nr 42 vises det til at ”norsk deltagelse i militære operasjoner utenfor Norge må ha en solid folkerettslig forankring”.²¹¹ Som eksempler på folkerettslig forankring vises det til retten til selvforsvar etter artikkel 51 i FN-pakten og mandat fra FNs sikkerhetsråd.

Samtidig åpnes det tilsynelatende for bruk av makt også i situasjoner der det ikke foreligger en klar folkerettslig *hjemmel*:

”Skulle det i en situasjon som utgjør en trussel mot internasjonal fred og sikkerhet, vise seg å være umulig å oppnå en uttrykkelig autorisasjon av maktbruk fra FNs sikkerhetsråd (jf. de faste medlemmenes vetorett), må det om nødvendig foretas en vurdering av om det likevel kan foreligge et folkerettslig grunnlag for aktiv anvendelse av militære virkemidler. I en slik vurdering vil den politiske og moralske legitimitet veie tungt. Bare i

²⁰⁹ Se Zedalis, s. 223

²¹⁰ Gray, 2004, s. 167

²¹¹ St.prp. nr. 42, Den videre moderniseringen av Forsvaret i perioden 2005-2008, kapittel 3.8.2.

*unntakstilfeller bør norske styrker delta i operasjoner som ikke har mandat fra FN, og da bare når dette er velbegrunnet ut fra folkerettslige betraktninger.*²¹²

På bakgrunn av at det i St.prp. nr. 42 også gjøres et poeng av behovet for å skille mellom *legalitet* og *legitimitet* ved bruk av militærmakt, er det grunn til å spørre om norske myndigheter mener at det finnes situasjoner der det vil være riktig å bruke militærmakt i strid med folkeretten. Det slås fast at "(m)ilitær maktbruk er legal når den har basis i folkeretten" og at den "er legitim når den kan begrunnes politisk og moralsk".²¹³ Bruken av begrepene "folkerettslig grunnlag" og "folkerettslige betraktninger" som en mulig begrunnelse for maktbruk er imidlertid ikke spesielt klargjørende i så måte. Men ut fra sammenhengen, og henvisningen til "den moralske og politiske legitimitet", er det rimelig å anta at dette betyr noe annet enn en klar hjemmel, og at det dermed åpnes for at bruk av militærmakt i strid med folkeretten i visse situasjoner kan anses som *legitim*. Det ville vært en fordel om dette i så fall hadde blitt uttalt noe klarere, selv om den litt kryptiske redegjørelsen er politisk forståelig.²¹⁴

Norske myndigheter har dessuten tatt et tilsynelatende klart prinsipielt standpunkt til spørsmålet om preventivt selvforsvar. I det gjeldende strategiske konseptet for Forsvaret (2004) heter det at Norge "fortsatt (vil) avstå fra deltagelse i preventiv krigføring og forkjøpsangrep som ikke har en klar forankring i folkeretten".²¹⁵

Det kan i denne forbindelse spørres om norske myndigheter med dette mener 1) at man antar at slik krigføring alltid er i strid med folkeretten, og at Norge derfor avstår fra å delta,

²¹² St.prp. nr. 42, kapittel 3.8.2.

²¹³ St.prp. nr. 42, kapittel 3.8.2.

²¹⁴ Se for øvrig Ulfstein, Forsvarspolitik og folkerett, der Norges praksis i forhold til disse spørsmålene drøftes nærmere.

²¹⁵ Styrke og relevans, Strategisk konsept for Forsvaret (2004), henvisningen er hentet fra Ulfstein, Forsvarspolitik og folkerett, s. 606, Festskrift til Carl August Fleischer (2006).

eller 2) om Norge bare vil delta i slik krigføring *når* den er forankret i folkeretten, og at det dermed er et underliggende premiss at slik krigføring *kan* være tillatt etter folkeretten..

4.2 Generelle betraktninger

At norske myndigheter, på tross av forsikringer om at maktbruk skal ”forankres i folkeretten”, likevel tilsynelatende velger en nokså pragmatisk tilnærming til folkerettslige regler om maktbruk, er forståelig. Man kan åpenbart støte på visse moralske dilemmaer dersom man i enhver situasjon skal legge til grunn at det som av alle meningsberettigede parter er akseptert som ”gjeldende folkerett”, skal være den eneste rettesnor for når bruk av militær makt er akseptabelt. Det er i denne sammenhengen viktig å erkjenne folkerettens mangler som rettssystem, også når det gjelder det materielle, eller det innholdsmessige i reglene. I Norge opplever man fra tid til annen at politikere og andre aktører gir uttrykk for en noe naiv tro på folkerettens fortreffelighet som system, og at gjeldende folkerett nærmest ses på som et uttrykk for hva som er moralsk riktig²¹⁶.

Som Fleischer har formulert det: ”I og med at utviklingen av folkeretten i betydelig grad avhenger av avtaleinngåelse, kommer man ikke utenom at det ofte er den eller de lateste kamelene som bestemmer farten i karavanen. Det som fremtrer som gjeldende eller akseptert folkerett, ligger derfor langt etter hva dagens verden og verdenssamfunn krever.” Videre fremheves det at problemet med det enstemmighetsprinsippet som gjelder ved utvikling av folkeretten er at ”(...) den eller de parter som har det man populært kan kalle de dårligste motiver og de dårligste siktemål, kan sette sine betingelser og forlange at den samlede løsning også blir passe dårlig”.²¹⁷ Disse uttalelsene kan selvsagt oppfattes som litt sleivete i formen, men man kommer vanskelig utenom at Fleischer her har et poeng.

Fleischer har også pekt på viktigheten av å kunne anvende makt for å opprettholde et ordnet internasjonalt samfunn, og trekker en parallell til nødvendigheten av statens rett til

²¹⁶ Fleischer viser til debatten i Norge om NATOs aksjoner mot Serbia i 1999, se Fleischer, s. 275

²¹⁷ Fleischer, s. 275

maktbruk for å opprettholde rettsreglene nasjonalt.²¹⁸ Som jeg tidligere har pekt på, er det slik at retten til selvforsvar, individuelt og kollektivt, fortsatt er det praktisk viktigste grunnlaget for maktbruk mellom stater.²¹⁹ Men de lege lata må rekkevidden av retten til selvforsvar, og spesielt retten til preventivt selvforsvar, fortsatt antas å være snever.²²⁰

En forfatter har argumentert som følger i forhold til preventivt selvforsvar: "Anticipation (...) may have to be practiced; it need not be preached. The Charter need not make a principle of it; the law need not authorize or encourage it."²²¹ Sitatet kan ses som uttrykk for et synspunkt om at selv om det kan anføres gode grunner for at preventivt selvforsvar de lege lata bør være forbudt, eller i alle fall at retten til slik maktbruk bør være svært begrenset, kan slike aksjoner likevel anses som legitime i visse situasjoner. En slik pragmatisk holdning til folkeretten kan kanskje synes fristende, men et slikt syn er også problematisk. Sett på bakgrunn av at utviklingen av folkeretten som nevnt gjerne skjer langsomt, kan en holdning preget av en viss fleksibilitet i forhold til krav om sikker hjemmel for maktbruk synes fornuftig for møte et trusselbilde²²² som har endret seg raskt. På den annen side er det klart at en liberal holdning til krav om hjemmel for maktbruk kan undergrave folkerettens legitimitet som system.

5 Avslutning

De lege lata synes det å være klart at staters rett til utøvelse av preventivt selvforsvar i beste fall er svært begrenset. Det mest ytterliggående synspunktet som med rimelighet kan legges til grunn er at det kan være lovlig etter gjeldende folkerett å utøve en form for preventivt

²¹⁸ Fleischer, s. 278-279

²¹⁹ Se kapittel 2.2

²²⁰ Se kapittel 2.2 og 3.2

²²¹ Louis Henkin, sitatet er hentet fra Bring, s. 184

²²² Se for eksempel the National Security Strategy of the United States of America, 2002

selvforsvar til avverging av et angrep som åpenbart er underveis eller umiddelbart forestående.²²³ Begrepet ”interceptive self-defence”, avskjærende selvforsvar, gir etter min mening en forholdsvis god indikasjon på hva en slik regel innebærer.²²⁴ Den meget kontroversielle Bush-doktrinen om forkjøpsangrep, ”pre-emptive self-defence”, kan imidlertid klart ikke anses å være en del av gjeldende folkerett.²²⁵

Men i erkjennelsen av at folkerettens regler om maktbruk i visse situasjoner ikke gir akseptable løsninger for å ivareta internasjonal fred og sikkerhet²²⁶, er spørsmålet hvordan stater bør forholde seg til denne utfordringen. Dersom man mener mer liberale regler for unilateral maktbruk er nødvendig, er det i denne sammenhengen mulig å tenke seg to alternative tilnærminger. Enten kan stater forsøke å bidra til å utvikle de folkerettslige reglene om maktbruk i samsvar med nye behov, ved å uttrykke klare prinsipielle standpunkter om hvordan de mener folkeretten bør være, slik USA for så vidt gjør i sin National Security Strategy (2002), der det argumenteres for en utvidelse av retten til preventivt selvforsvar på bakgrunn av et endret trusselbilde.²²⁷ Alternativet er å argumentere for at brudd på folkerettens regler kan være legitimt, slik norske myndigheter tilsynelatende gjør i St.prp. nr. 42.²²⁸ Det siste alternativet kan etter mitt syn kritiseres for å være en noe defensiv tilnærming. USAs tilnærming kan, om ikke annet, betegnes som mer offensiv. Den er trolig også prinsipielt sett bedre egnet til å opprettholde, eller styrke, folkerettens legitimitet som system. Det er, som tidligere nevnt, gode grunner for at USAs materielle løsninger i denne sammenhengen ikke bør få tilslutning. Men dersom stater velger passivt å godta folkerettens mangler, og heller argumenterer for at det kan være legitimt å bryte folkerettens regler, vil dette i lengden neppe styrke de folkerettslige reglenes autoritet. Norge, og andre stater, bør derfor etter min mening heller forsøke å bidra

²²³ Se kapittel 3.2

²²⁴ Se Dinstein, s. 187-193

²²⁵ Se kapittel 3.3

²²⁶ JF Charter of the United Nations, art.1(1)

²²⁷ Se the National Security Strategy of the United States of America, 2002

²²⁸ Se St.prp.nr. 42, kapittel 3.8.2

til utvikling av folkerettens regler om maktbruk i den retningen de mener er riktig.²²⁹ Dette vil dessuten være mer redelig enn å ty til kryptiske formuleringer av typen ”folkerettslige betraktninger”²³⁰ som grunnlag for maktbruk.

Gitt selvforsvarsrettens helt sentrale betydning i folkeretten, er det som nevnt problematisk at det knytter seg så stor grad av uklarhet og uenighet til rekkevidden av denne fundamentale rettigheten. Dette gjelder spesielt spørsmålet om preventivt selvforsvar. En mulighet for klargjøring ville være om FNs generalforsamling utarbeidet en resolusjon om selvforsvar, slik den har gjort blant annet for å klargjøre begrepene ”prohibition on use of force” og ”aggression”.²³¹ En resolusjon om selvforsvar kunne for eksempel ta standpunkt til lovligheten av preventivt selvforsvar, og herunder klargjøre innholdet av begrepene ”imminence” og ”armed attack”. Men, som Ronzitti²³² noe pessimistisk har påpekt, er det kanskje trolig at stater ikke ønsker en slik klargjøring av rekkevidden av selvforsvarsretten, da den rådende uklarheten gir større handlefrihet.

²²⁹ Ses også Ulfstein, Forsvarspolitik og folkerett, s 617-618, der det hevdes at Norge ikke synes å ta ”aktivt del i utformingen av folkeretten gjennom å uttrykke mer prinsipielle standpunkt til hvordan folkeretten er eller bør være”.

²³⁰ St.prp.nr. 42, kapittel 3.8.2

²³¹ Se Ronzitti, s. 358

²³² Se Ronzitti, s. 359

6 Oversikt over traktater

- Charter of the United Nations – June 26, 1945
- The Vienna Convention on the Law of Treaties – May 23, 1969
- Statute of the International Court of Justice – June 26, 1945
- Covenant of the League of Nations – April 28, 1919
- Kellogg-Briand Pact – August 27, 1928

7 ICJs praksis

- Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgements, Merits, ICJ Reports (1986) p. 14.

8 Litteraturliste

- The Charter of The United Nations - a commentary, 2nd ed., Volume 1, 2002, Bruno Simma (red.)
- Fleischer, Folkerett, 8. utg. 2005
- Ruud og Ulfstein, Innføring i Folkerett, 2. Utg., 1998
- Ulfstein, Forvarspolitik og folkerett, Festskrift til Carl August Fleischer, Fauchald, Jakhelln, Syse (red.), 2006
- Dinstein, War, aggression and self-defence, 4th ed., 2005

- Gray, International law and the use of force, 2nd ed., 2004
- Gray, The Bush Doctrine Revisited: The 2006 National Security Strategy of the USA, Chinese Journal of International Law, November 2006
- Bring, FN-stadgan och världspolitiken, Om folkrättens roll i en föränderlig värld, 4. utg., 2002
- Brownlie, Principles of public international law, 6th ed., 2003
- Brownlie, International law and the use of force by states, 1963
- St.prp. nr. 42 (2003-2004), Den videre moderniseringen av Forsvaret i perioden 2005-2008
- Utenrikspolitisk strategi for bekjempelse av internasjonal terrorisme, Utenriksdepartementet, 2006
- The National Security Strategy of the United States of America, 2002 (www.whitehouse.gov/nsc/nss.html)
- Ronzitti, The Expanding Law of Self-defence, Journal of Conflict & Security Law 11:3 (2006), 343-359
- Zedalis, Circumstances Justifying Pre-emptive Self-Defence: Thoughts Prompted by the Military Action Against Iraq, Nordic Journal of International Law 74: 209-230, 2005
- O'Connell, The myth of Preemptive Self-Defence, The American Society of International Law, 2002
- Sofaer, On the Necessity of Pre-emption, European Journal of International Law (2003), Vol.14, No. 2, 209-226
- Rodin, War and Self-defense, 2002

<http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/VALSPE10/>

<http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/VALSPE10/>