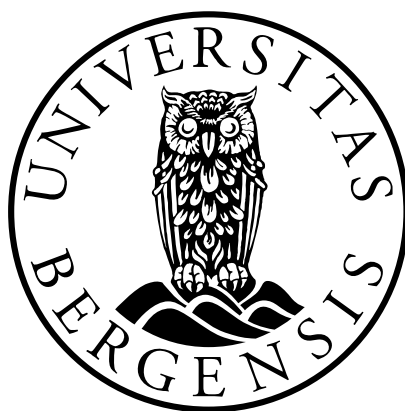


Det folkerettslige grunnlaget for Operation Inherent Resolve mot IS på syrisk territorium

*Kan resolusjon 2249 (2015) eller retten til
selvforsvar utgjøre rettsgrunnlag for bruk av
makt mot en ikke-statlig aktør?*

Kandidatnummer: 134

Antall ord: 12 150



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11. mai 2020

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning	3
1.1 Tema og problemstilling	3
1.2 Struktur og metode	4
1.3 Avgrensninger	5
2 Maktforbudet i FN-pakten artikkel 2 (4)	7
2.1 Innledning	7
2.2 Tolkingsprinsipper for FN-pakten	7
2.3 Er Operation Inherent Resolves maktbruk mot IS på syrisk territorium i strid med maktforbudet i artikkel 2 (4)?	8
3 Resolusjon 2249	10
3.1 Innledning	10
3.2 Tolkingsprinsipper for Sikkerhetsrådets resolusjoner	10
3.3 Autoriserer resolusjon 2249 bruk av makt mot IS på syrisk territorium?	13
3.3.1 Tolkingsobjektet	13
3.3.2 Ordlyd	14
3.3.3 Kontekst	16
3.3.4 Utvidet kontekst	16
3.3.5 Konklusjon	18
4 Selvforsvarsretten i FN-pakten artikkel 51	20
4.1 Innledning	20
4.2 Tolkingsprinsipper for FN-pakten	22
4.2.1 Wien-konvensjonen artikkel 31 tredje ledd bokstav b	22
4.2.2 Wien-konvensjonen artikkel 31 tredje ledd bokstav c	22
4.3 Tolkning av «armed attack»	25
4.3.1 Ordlyd	25
4.3.2 Formål	26
4.3.3 Etterfølgende praksis og sedvanerett: «Unwilling or unable»	27
4.3.4 Konklusjon	35
5 Avsluttende refleksjoner	37
Litteraturliste	39

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Siden september 2014 har stater som deltar i den pågående militære koalisjonen Operation Inherent Resolve brukt militær makt mot den Islamske Stat (IS) i Syria.¹ Etter maktforbudet i FN-pakten artikkel 2 (4) er det forbudt for stater å bruke makt mot andre staters «territorial integrity». Den syriske regjeringen har ikke invitert den militære koalisjonen til å bruke makt på syrisk territorium, og jeg derfor vil ta stilling til om Operation Inherent Resolve utgjør et brudd på maktforbudet selv om den retter seg mot den ikke-statlige aktøren IS.² Dersom det foreligger et brudd på maktforbudet, kan maktbruken være lovlig etter to unntak i FN-pakten. Det innebærer at Operation Inherent Resolve bruk av militær makt kan være lovlig dersom et av unntakene kommer til anvendelse. Oppgaven vil drøfte om resolusjon 2249 eller retten til selvforsvar kan utgjøre rettsgrunnlag for Operation Inherent Resolves bruk av makt mot IS på syrisk territorium.

Sikkerhetsrådet kan vedta resolusjoner som autoriserer bruk av makt etter FN-pakten artikkel 42 jf. artikkel 39. Den 20. november 2015 vedtok Sikkerhetsrådet enstemmig resolusjon 2249 som fordømte terrorangrep utført av IS mot en rekke stater. Sikkerhetsrådet oppfordret medlemsstater til å ta i bruk «all necessary measures» for å «redouble and coordinate their efforts» for å «eradicate Da'esh in Iraq and Syria».³ Enkelte stater som deltar i den militære koalisjonen har vist til resolusjonen som grunnlag for bruk av makt mot IS i Syria.⁴ Andre har tatt til orde for at Sikkerhetsrådet ikke autoriserer bruk av makt i resolusjon 2249.⁵ Dermed må resolusjonen tolkes for å besvare spørsmålet om Sikkerhetsrådet autoriserer makt, slik at resolusjonen kan utgjøre rettsgrunnlaget for bruk av makt mot IS på syrisk territorium.

Det andre unntaket er retten til selvforsvar som følger av FN-pakten artikkel 51. Etter bestemmelsen kan en stat utføre selvforsvar mot et «armed attack». Bestemmelsen er taus om selvforsvar kan rettes mot en ikke-statlige aktør som har utført et «armed attack». Den

¹ Gross (2017) s. 229

² Se del 2.3

³ UN Security Council, Security Council resolution 2249 (2015), 20. november 2015, S/RES/2249 (2015) s. 2, para. 5

⁴ Se del 4.3.3 under det unummererte punktet ”Resolusjon 2249 og Operation Inherent Resolve mot IS i Syria”

⁵ Scharf (2016) s. 50

tradisjonelle oppfatningen etter Nicaragua v. United States har vært at retten til selvforsvar kun kan rettes mot stater som har «effective control» over ikke-statlige aktører som angriper andre stater.⁶ IS regnes som en ikke-statlig aktør⁷, og det er ubestridt at syriske myndigheter ikke har «effective control» over IS.⁸ Dermed oppstår det et spørsmål om stater kan bruke selvforsvar mot ikke-statlige aktør angriper stater fra en annen stats territorium (heretter territorialstaten), uten at territorialstaten har bidratt til angrepene. Flere stater har i praksis tatt til orde for en rett til selvforsvar mot ikke-statlige aktører i lys av et endret trusselbilde hvor terrororganisasjoner har kapasitet til å lansere terrorangrep på lik linje med stater. Det vises hovedsakelig vil en rett til selvforsvar mot ikke-statlige aktører i tilfeller hvor territorialstaten har vært «unwilling or unable» til å forhindre angrepene.⁹

Da USA startet Operation Inherent Resolve den 13. september 2014, sendte USA et brev til FNs Sikkerhetsråd hvor operasjonen ble begrunnet med at selvforsvarsretten i artikkel 51 kommer til anvendelse «[...]when, as is the case here, the government of the State where the threat is located is unwilling or unable to prevent the use of its territory for such attacks.»¹⁰ Enkelte viser til en slik selvforsvarsrett mot ikke-statlige aktører som en uthuling av maktforbudet fordi det i større grad vil åpne opp for bruk av makt og svekkelse av suverenitetsprinsippet. Andre stater peker på at praksisen er etablert sedvanerett som er relevant ved anvendelse av selvforsvarsretten etter artikkel 51.¹¹ Det må dermed vurderes om det foreligger en rett til å utføre selvforsvar etter FN-pakten artikkel 51 mot «armed attack» fra ikke-statlige aktører fordi territorialstaten er «unwilling or unable» til å forhindre angrepene.

1.2 Struktur og metode

Utgangspunktet for oppgaven er maktforbudet i artikkel 2 (4) som presenteres i del 2.1, og i del 2.2 vil jeg redegjøre for tolkningsprinsipper som relevante ved tolkning av FN-pakten.

⁶ Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America); Merits, International Court of Justice (ICJ), 27. juni 1986 para 115

⁷ Videre i oppgaven vil IS kategoriseres som en ikke-statlig aktør. Ved ikke-statlig aktør menes grupperinger som ikke regnes som stater, som terrorgrupper og opprørsgrupper

⁸ Ulfstein (2016) s. 24-25

⁹ Brunnée og Toope (2018) s. 264

¹⁰ Scharf (2016) s. 34

¹¹ Se Ahmed (2013) s. 9-12

Videre vil jeg anvende prinsippene i del 2.3 for å illustrere hvordan maktbruken av Operation Inherent Resolve mot IS i Syria utgjør et brudd på maktforbudet. Etter denne vurderingen vil det undersøkes om et av de to unntakene kan utgjøre rettsgrunnlag for bruddet på maktforbudet.

I del 3 vil jeg vurdere om Sikkerhetsrådet har autorisert makt ved resolusjon 2249. I del 3.2 vil det redegjøres for tolkningsprinsipper for resolusjonstolkning, og videre i del 3.3 vil disse prinsippene anvendes for å tolke om resolusjon 2249 autoriserer bruk av makt mot IS på syrisk territorium. Videre konkluderer jeg på spørsmålet om resolusjonen autoriserer makt i del 3.4.

I del 4 rettes fokus mot selvforsvarsretten i FN-pakten artikkel 51. Etter innledning i del 4.1 vil jeg i del 4.2 redegjøre for relevante prinsipper for tolkning av FN-pakten utover det som er presentert i del 2.2. Tolkningsprinsippene som utledes i del 4.2 vil anvendes i tolkning av artikkel 51 i del 4.3. I tolkningen av vilkåret «armed attack» vil det vil vurderes om det har dannet seg en sedvanerett eller statspraksis som til å utøve selvforsvar når territorialstaten er «unwilling or unable» til å stanse et «armed attack» fra en ikke-statlige aktør. I del 4.3.4 vil jeg konkludere på om det foreligger en slik statspraksis eller sedvanerett slik at selvforsvarsretten kan utøves mot ikke-statlige aktører der territorialstaten er «unwilling or unable» til å forhindre angrep. I forlengelse av denne vurderingen, vil jeg konkludere på spørsmålet om Operation Inherent Resolve kan påberope seg rett til selvforsvar mot IS i Syria etter FN-pakten artikkel 51.

Avslutningsvis vil jeg gi noen betraktninger om hvordan resolusjon 2249 og den nåværende selvforsvarsretten påvirker maktforbudet i FN-pakten artikkel 51.

1.3 Avgrensninger

Operation Inherent Resolve er en militær koalisjon på omtrent 60 stater som har som formål å bekjempe IS i Syria og Irak.¹² Den delen av Operation Inherent Resolve som innebærer bruk av makt mot IS i Irak er ikke i strid med maktforbudet. Det skyldes at Irak har invitert den militære koalisjonen til å utøve makt på irakisk territorium.¹³ Samtykke er ikke et unntak fra

¹² Hakimi (2015) s. 20

¹³ UD (29. januar 2016) s. 4

maktforbudet, men en naturlig forlengelse av staters suverenitet og rett til å fritt disponere sitt territorium.¹⁴ Dermed har stater rett til å invitere andre stater til å utføre militærmakt på sitt territorium, gitt at invitasjonen er gyldig.¹⁵ Irakiske myndigheter inviterte USA til å lede de militære operasjonene mot IS i et brev til Sikkerhetsrådet 20. September 2014.¹⁶ Det er antatt at invitasjonen strekker seg ut til andre stater som deltar i Operation Inherent Resolve¹⁷ selv om det er stilt spørsmål ved hvor langt denne invitasjonen strekker seg til andre stater i koalisjonen.¹⁸ Oppgaven avgrensner mot diskusjonen om invitasjonens rekkevidde, og vil ikke diskutere det folkerettslige grunnlaget for Operation Inherent Resolve i Irak nærmere. Det innebærer at oppgaven ikke vil drøfte det norske bidraget ettersom det kun har rettet seg mot IS på irakisk territorium.¹⁹

Det er diskutert om humanitær intervensjon kan utgjøre et tredje unntak fra maktforbudet og det har vært pekt på som en mulighet i Syria.²⁰ Oppgaven avgrensner mot en drøftelse av om maktbruken kan forsvares som humanitær intervensjon ettersom det er uavklart og krever en omfattende drøftelse av om det kan utgjøre et unntak fra maktforbudet.²¹ Oppgaven vil kun behandle de to sikre grunnlagene for unntak.

Videre avgrensner oppgaven mot en vurdering av om Operation Inherent Resolve er et brudd på intervensjonsforbudet i FN-pakten artikkel 2 (7). Både maktforbudet og intervensjonsforbudet springer ut av suverenitetsprinsippet, og bruk av militær makt i en stat vil i flere tilfeller også utgjøre brudd på forbudet mot intervensjon.²² Oppgaven vil imidlertid kun behandle spørsmålet om det foreligger brudd på maktforbudet.

¹⁴ Gross (2017) s. 235

¹⁵ Simma (2012) s. 214

¹⁶ Gross (2017) s. 236

¹⁷ Gross (2017) s. 236

¹⁸ Hellestveit (2016) s. 9

¹⁹ UD (29. april 2016) s. 2

²⁰ Torp (2018) s. 122-123

²¹ Se Mujezinovic (2014) s. 96-99 for nærmere redegjørelse av sammenhengen mellom humanitær intervensjon og maktforbudet

²² Torp (2018) s. 111

2 Maktforbudet i FN-pakten artikkel 2 (4)

2.1 Innledning

Maktforbudet forbyr all bruk av makt og trusler om makt mellom stater, og ble først innført ved vedtakelsen av FN-pakten den 24. oktober 1945.²³ Forbudet bygger på suverenitetsprinsippet som innebærer at stater er uavhengige og ikke kan styres av andre stater mot sin vilje.²⁴ Maktforbudet sikrer dermed at stater er reelt likestilte ved å begrense staters maktbruk mot hverandre. Det er årsaken til at forbudet er omtalt av ICJ som en hjørnestein i folkeretten for å vedlikeholde fred og sikkerhet.²⁵ Til tross for at FN-pakten kun viser til medlemsstater følger det av internasjonal sedvanerett at forbudet gjelder for alle stater.²⁶

En grunnleggende forutsetning for å vurdere problemstillingene, er å slå fast at maktbruken av Operation Inherent Resolve utgjør et brudd på maktforbudet selv om maktbruken ikke rettes direkte mot en stat. Derfor vil jeg gi en kort redegjørelse for tolkningsprinsipper for FN-pakten i del 2.2, og anvende disse i del 2.3 for å vise hvordan maktbruk mot en ikke-statlige aktør utgjør et brudd på suvereniteten til territorialstaten.

2.2 Tolkningsprinsipper for FN-pakten

FN-pakten gir ikke føringer for hvordan den skal tolkes, i motsetning til Wien-konvensjonen artikkel 31 til 33 hvor tolkningsprinsipper for traktater er kodifisert. Ettersom tolkningsprinsippene i Wien-konvensjonen er folkerettslig sedvanerett kan de anvendes ved tolkning av FN-pakten til tross for at ikke alle FNs medlemsstater har ratifisert Wien-konvensjonen.²⁷ Etter Wien-konvensjonen artikkel 31 første ledd fremgår det at

²³ Ulfstein (2016) s. 41

²⁴ Mujezinovic (2014) s. 91

²⁵ Nicaragua v. United States of America; Merits, International Court of Justice (ICJ), 27. Juni 1986, Separate Opinion of President Singh s. 153

²⁶ Cirovic (2017) s. 2

²⁷ Schwindt (2000) s. 195

« [a] treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.»

Utgangspunktet er den naturlige forståelsen av ordlyden på tidspunktet for vedtakelse, med mindre ordlyden er tillagt en spesiell betydning.²⁸ Videre må ordlyden tolkes i lys av kontekst og formål med FN-pakten. I artikkel 31 annet ledd vises det til at kontekst består av «the text, including its preamble and annexes» og eventuelle enigheter om tolkning mellom partene. Etter artikkel 32 kan «supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion» trekkes inn dersom rettskildene i artikkel 31 gir et uklart tolkningsresultat.

Til slutt oppstår spørsmålet om hvilken språkversjon som skal anvendes for tolkning. Etter Wien-konvensjonen artikkel 33 er en traktat med flere godkjente språkversjoner «equally authoritative in each language». Det følger av FN-pakten artikkel 111 at den kinesiske, frankse, engelsk, russiske og spanske versjonen er «equally authentic» versjoner av FN-pakten. Det innebærer at språkversjonene i FN-pakten er likestilte, og i det følgende vil den engelske versjonen benyttes ved tolkning.

2.3 Er Operation Inherent Resolves maktbruk mot IS på syrisk territorium i strid med maktforbudet i artikkel 2 (4)?

Det følger av FN-pakten artikkel 2 (4) at:

«[a]ll Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.»

Etter ordlyden er det forbudt å bruke makt mot en «state», og det kan tolkes slik at maktforbudet kun forbyr bruk av makt som er rettet direkte mot en stat.²⁹ Denne slutningen

²⁸ Simma (2012) s. 83

²⁹ Se Lubell (2010) s. 31

fra ordlyden innebærer at maktforbudet ikke forbyr bruk av makt mot en ikke-statlig aktør som oppholder seg på en annen stats territorium. En slik innskrenkende tolkning vil ikke være i tråd med resten av ordlyden i artikkel 2 (4), og etter Wien-konvensjonen artikkel 31 første ledd må teksten leses i sin helhet. I artikkel 2 (4) forbys maktbruk mot «the territorial integrity [...] of any state». Ordlyden tilsier at enhver bruk av makt mot en stats territorium i utgangspunktet er forbudt, selv om maktbruken rettes mot ikke-statlige aktører som befinner seg i territorialstaten.

Denne tolkningen av ordlyden er støttet i forarbeidene som er relevant å trekke inn etter Wien-konvensjonen artikkel 32. Det presiseres i forarbeidene at «territorial integrity» ikke er ment for å begrense forbudet mot bruk av makt, men for å understreke at all makt mot en stats territorium er forbudt uavhengig av om staten er målet for maktbruken.³⁰ En innskrenkende tolkning av maktforbudet vil ikke vært i tråd med formålet til FN-pakten, fordi det ville ført til at stater ville måtte tåle maktbruk på sitt territorium fra andre stater mot sin vilje. Det ville medført at stater ikke ville hatt full suverenitet over eget territorium og vil dermed være i strid med suverenitetsprinsippet.

Dermed vil det utgjøre et brudd på maktforbudet etter artikkel 2 (4) å bruke makt mot en ikke-statlig aktør på en annen stats territorium. Den militære maktbruken ved Operation Inherent Resolve mot IS vil dermed utgjøre et brudd på maktforbudet, og det er klart at maktbruken overgår terskelen for bruk av «force».³¹ Spørsmålet er videre om Operation Inherent Resolves maktbruk mot IS på syrisk territorium er lovlig fordi Sikkerhetsrådet har autorisert bruk av makt i resolusjon 2249 eller fordi statene kan påberope seg selvforsvarsrett etter artikkel 51.

³⁰ Williams (2013) s. 629

³¹ Torp (2016) s. 113, Ruys (2014) s. 189 og Simma (2012) s. 216 for en nærmere vurdering av terskelen for "use of force" etter artikkel 2 (4)

3 Resolusjon 2249

3.1 Innledning

Dersom Sikkerhetsrådet finner at det foreligger en «threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression» etter FN-pakten artikkel 39, kan Sikkerhetsrådet vedta en resolusjon om bruk av makt etter artikkel 42, hvis mindre inngripende sanksjoner etter artikkel 41 ikke er tilstrekkelige. Etter internasjonal sedvanerett vil Sikkerhetsrådets autorisering av makt medføre at medlemsstater kan påberope seg resolusjonen for å utøve makt etter Sikkerhetsrådets mandat.³² Det innebærer at dersom Sikkerhetsrådet autoriserer bruk av makt i resolusjon 2249, vil medlemsstater som deltar i Operation Inherent Resolve kunne bruke makt på vegne av Sikkerhetsrådet. Jeg vil først redegjøre for tolkningsprinsippene for Sikkerhetsrådets resolusjoner i del 3.2. Videre vil prinsippene anvendes i en tolkning av resolusjon 2249 i del 3.3 for å besvare spørsmålet om Sikkerhetsrådet autoriserer makt i resolusjon 2249.

3.2 Tolkningsprinsipper for Sikkerhetsrådets resolusjoner

FN-pakten er taus om tolkningsprinsipper for Sikkerhetsrådets resolusjoner, og det eksisterer ingen kodifiserte tolkningsprinsipper for resolusjoner. FNs juridiske hovedorgan, den internasjonale domstolen (ICJ), viste i Kosovo-saken til at tolkningsprinsippene i Wien-konvensjonen artikkel 31 og 32 «may provide guidance» ved tolkning av Sikkerhetsrådets resolusjonen.³³ Samtidig understreket ICJ at «differences between Security Council resolutions and treaties mean that the interpretation of Security Council resolutions also require that other factors be taken into account.»³⁴

Etter dette kan tolkningsprinsippene fra Wien-konvensjonen gi veiledning ved tolkning av Sikkerhetsrådets resolusjoner dersom resolusjoners særegenheter tas i betraktning ved

³² Hilpod (2015) s. 539-540

³³ Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo (Request for Advisory Opinion), General List No. 141, International Court of Justice (ICJ), 22. juli 2010 s. 442

³⁴ Ibid. s. 442

anvendelse av tolkningsprinsippene.³⁵ Videre skal jeg redegjøre for hvordan tolkningsprinsippene i Wien-konvensjonen kan anvendes ved tolkning av resolusjoner, slik at prinsippene kan anvendes ved tolkning av resolusjon 2249.

Startpunktet for tolkningen vil dermed være «the ordinary meaning to be given to the terms» jf. Wien-konvensjonen artikkel 31 første ledd. Utgangspunktet vil være den naturlige språklige forståelse av ordlyden, med mindre Sikkerhetsrådet har tillagt en spesiell mening ved uttrykket som indikerer en bestemt intensjon. I folkerettslig litteratur pekes det på tre elementer som ofte benyttes av Sikkerhetsrådet ved autorisering av makt.³⁶ For det første er det et uttrykk som viser at det foreligger en «threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression» etter artikkel 39. For det andre har uttrykket «acting under Chapter VII» eller «authorize» blitt benyttet av Sikkerhetsrådet for å indikere autorisering. Det siste elementet som kan indikere at Sikkerhetsrådet autoriserer makt er at den operative paragrafen viser til at det er tatt en «decision».³⁷ Både bruken og uteblivelsen av disse uttrykkene kan dermed indikere Sikkerhetsrådets intensjon i en resolusjon.

Det medfører ikke at en resolusjon kun autoriserer makt dersom den bruker disse uttrykkene.³⁸ Men ettersom Sikkerhetsrådets autorisering av makt er den siste utvei for å bevare fred og sikkerhet FN-pakten kapittel VII har derfor presumsjonen mot seg at en uklar resolusjon autoriserer makt. Det vil kunne undergrave systemet oppstilt i kapittel VII om medlemsstater kan påberope seg retten til bruk av makt, uten at Sikkerhetsrådet har hatt intensjon om å autorisere makt.

På den andre siden kan tvetydig språk være tilsiktet fordi resolusjoner er et resultat av et politisk kompromiss blant Sikkerhetsrådets medlemmer, og gå på bekostning av en klar ordlyd.³⁹ I tillegg kan det hende at resolusjonene må utformes på kort tid etter en hendelse som krever en rask reaksjon, og det kan føre til uklar ordlyd.⁴⁰ Prosessen skiller seg fra traktater som ofte gjennomgår en grundig utformingsprosess for å forhindre uklare formuleringer. Selv om ordlyden i en resolusjon klart bør uttrykke at makt autoriseres i lys av

³⁵ Wood (1998) s. 6

³⁶ Wood (1998) s. 14

³⁷ Hilpold (2015) s. 541

³⁸ Moir (2010) s. 38

³⁹ Wood (1998) s. 12-13

⁴⁰ Wood (1998) s. 12

den høye terskelen for autorisasjon, kan prosessen for utforming av resolusjoner føre til mindre klare formuleringer som åpner opp for ulike tolkninger.

Som følge av at resolusjoner ofte er komplekse kompromiss mellom medlemmene i Sikkerhetsrådet blir konteksten et sentralt tolkningsmoment. Etter Wien-konvensjonen artikkel 31 første ledd skal ordlyden tolkes «in their context», og videre følger det av artikkel 31 annet ledd at konteksten utgjør «the text, including its preamble and annexes». Tilsvarende for resolusjoner vil konteksten utgjøre hele teksten og preambelet. Preambelen kan tolkes med tanke på å analysere formålet med resolusjonen. Det må imidlertid gjøres med varsomhet ettersom en eventuell autorisering av makt vil være plassert i den operative paragrafen, og preambelet vil ikke være like egnet til å vurdere om Sikkerhetsrådet autoriserer makt. Det er derfor den operative paragrafen er sentral ved tolkningen av om makt autoriseres i en resolusjon.⁴¹

Videre følger det av Wien-konvensjonen artikkel 32 at «supplementary means of interpretation» kan benyttes for å klargjøre tolkningsresultatet etter at prinsippene i artikkel 31 er anvendt. Wood har argumentert for at skillet mellom kontekst etter artikkel 31 og «supplementary means» etter artikkel 32 ikke er like stort ved tolkning av resolusjoner.⁴² Det skyldes at måten resolusjoner vedtas på gir konteksten en videre betydning enn ved traktattolkning.⁴³ Videre har ICJ understreket betydning av en utvidet kontekstuell forståelse i Kosovo-saken. Der viste ICJ til kontekst som uttalelser fra representanter fra medlemmer i Sikkerhetsrådet ved vedtakelse, uttalelser angående resolusjoner om liknende problemstillinger, samt etterfølgende praksis fra FN-organ eller statene som blir påvirket av resolusjonen.⁴⁴ Konteksten ved tolkning av resolusjoner vil dermed utvides til å inkludere disse omstendighetene ved og etter resolusjonens vedtakelse.⁴⁵

Ettersom resolusjoner er et kompromiss og det kan føre til uklar ordlyd, vil diskusjonene i Sikkerhetsrådet kunne oppklare Sikkerhetsrådets intensjon på tidspunktet for vedtakelsen.⁴⁶

⁴¹ Wood (1998) s. 9

⁴² Ibid. s. 6

⁴³ Ibid. s. 6

⁴⁴ Request for Advisory Opinion, General List No. 141, International Court of Justice (ICJ), 22. juli 2010 s. 442

⁴⁵ Wood (1998) s. 34

⁴⁶ Wood (2013). s. 87

Det er kun Sikkerhetsrådet som kan gi autorative tolkninger av en resolusjon⁴⁷, men det finnes eksempler på at Sikkerhetsrådet vedtar resolusjoner hvor medlemsstater har gitt uttrykk for ulike tolkninger av en resolusjon. Det kan derfor være umulig å identifisere en autentisk tolkning fra et samlet Sikkerhetsråd. I slike tilfeller må Sikkerhetsrådets uenighetene tolkes i lys av resten av tolkningsmomentene for å avgjøre om resolusjonen er klar nok til å autorisere makt.

3.3 Autoriserer resolusjon 2249 bruk av makt mot IS på syrisk territorium?

3.3.1 Tolkningsobjektet

I det følgende vil den operative paragrafen i resolusjon 2249 være gjenstand for tolkning.

«5. *Calls upon* Member States that have the *capacity to do so to take all necessary measures, in compliance with international law*, in particular with the United Nations Charter, as well as international human rights, refugee and humanitarian law, on the territory under the control of ISIL also known as Da'esh, in Syria and Iraq, *to redouble and coordinate* their efforts to *prevent and suppress* terrorist acts committed specifically by ISIL also known as Da'esh as well as ANF, and all other individuals, groups, undertakings, and entities associated with Al-Qaida, and other terrorist groups, as designated by the United Nations Security Council, and as may further be agreed by the International Syria Support Group (ISSG) and endorsed by the UN Security Council, pursuant to the statement of the International Syria Support Group (ISSG) of 14 November, and *to eradicate the safe haven* they have established over significant parts of Iraq and Syria;»⁴⁸ (mine uthevninger i kursiv).

⁴⁷ Ibid s. 83

⁴⁸ UN Security Council, Security Council resolution 2249 (2015), 20. november 2015, S/RES/2249 (2015) s. 2

3.3.2 Ordlyd

Uttrykket «all necessary measures» har historisk vært benyttet av Sikkerhetsrådet i forbindelse med autorisering av maktbruk etter kapittel VII.⁴⁹ Isolert taler det for autorisering, men Sikkerhetsrådet har vanligvis uttrykt at de «authorize» «all necessary measures» for å henvise til bruk av makt etter artikkel 39.⁵⁰ Sammensetningen av uttrykkene er blant annet benyttet i resolusjon 1973 (2011) hvor Sikkerhetsrådet «authorizes member states to take all necessary measures». Resolusjon 1973 autoriserte bruk av makt i Libya for å beskytte sivile, hvor Sikkerhetsrådet brukte uttrykkene «acting under Chapter VII» og «decides» for å indikere autorisering av makt.⁵¹ Den operative paragrafen i resolusjon 2249 inneholder ingen av uttrykkene Sikkerhetsrådet vanligvis tar i bruk ved autorisering av makt, utover «all necessary measures». Selv om uttrykkene som vanligvis benyttes for å autorisere makt uteblir i resolusjon 2249, har ikke Sikkerhetsrådet konsekvent vist til kapittel VII eller disse uttrykkene ved autorisering av makt.⁵² Derfor kan det ikke legges avgjørende vekt på den manglende bruken av disse uttrykkene som henviser til kapittel VII.

I stedet for å bruke uttrykket «authorize» i forbindelse med «all necessary measures», bruker Sikkerhetsrådet uttrykket «calls upon».⁵³ Etter en alminnelig forståelse fremstår uttrykket som en befaling, og enkelte har argumentert for at «calls upon» er et like sterkt imperativ til handling som «authorize».⁵⁴ Men det sentrale å komme frem til hva Sikkerhetsrådet har intendert med ordlyden, jf. Wien-konvensjonen artikkel 31 første ledd. I resolusjon 1973 benyttet Sikkerhetsrådet uttrykket «calls upon» for å iverksette tiltak for å beskytte sivile i Libya etter kapittel VII.⁵⁵ Det taler for at Sikkerhetsrådet kan ha intendert å autorisere makt ved å bruke uttrykket «calls upon» i resolusjon 2249.

I resolusjon 2249 presiserer ikke Sikkerhetsrådet hvilke tiltak som «calls upon» utover å «redouble and coordinate their efforts to prevent and suppress terrorist acts committed specifically by ISIL.» På den ene siden tilsier dette en samlet opptrapping av ressurskrevende

⁴⁹ Gross (2017) s. 231

⁵⁰ Ibid. s. 232

⁵¹ UN Security Council, Security Council resolution 1973 (2011), 17. mars 2011, S/RES/1973 (2011) s. 3

⁵² Moir (2010) s. 38

⁵³ Gross (2017) s. 11

⁵⁴ Hilpod (2016) s. 17

⁵⁵ UN Security Council, Security Council resolution 2249 (2015), 20. november 2015, S/RES/2249 (2015) s. 2

tiltak. Resolusjonen 2249 viser videre til at formålet er å «eradicate safe haven» IS har etablert, og det gir en antydning på at stater må ta i bruk sterke tiltak for å bekjempe IS. Det er fortsatt ikke klart akkurat hvilke tiltak det siktes til, og den vage ordlyden åpner opp for at det kan tilsi både bruk av makt og antiterroriltak som ikke involverer bruk av makt. En sentral forskjell mellom resolusjon 2249 og resolusjon 1973 er at Sikkerhetsrådet i sistnevnte resolusjon presiserte konkret hvilke tiltak som ble «call[ed] upon».⁵⁶

Det brukes ikke tydelige eksempler på hvilke tiltak det dreier seg om i resolusjon 2249, og det taler mot at makt autoriseres. I lys av den høye terskelen for bruk av makt bør det fremgå klart av resolusjonen for å forhindre at stater kan innfortolke hva som autoriseres av Sikkerhetsrådet.⁵⁷ Selv om uttrykket «calls upon» har vært benyttet av Sikkerhetsrådet for å autorisere makt, taler den manglende presiseringen av konkrete tiltak mot at Sikkerhetsrådet autoriserer makt i resolusjon 2249.

Videre fremgår det ikke hvilke stater som «calls upon» til å ta i bruk «all necessary measures» utover medlemsstater som har «capacity to do so». Uttrykket «capacity» kan tolkes slik at resolusjonen retter seg mot alle medlemsstater, men at Sikkerhetsrådet retter seg hovedsakelig mot stater som har «capacity» til å utføre tiltakene. Ifølge Hilpod tilsier det at resolusjonen sikter til ressurskrevende tiltak som innebærer militær makt.⁵⁸

Resolusjon 2249 uttrykker videre at tiltakene mot IS må utøves «in compliance with international law, in particular the United Nations Charter». Det taler for at resolusjonen oppfordrer til å holde tiltak innenfor rammene av FN-pakten. Dersom resolusjon 2249 er en politisk støtteerklæring til selvforsvar mot IS, kan det tolkes som at det vil være i tråd med FN-pakten artikkel 51 å utøve selvforsvar mot en ikke-statlige aktører. På den andre siden blir denne formuleringen vanligvis brukt for å indikere bruk av antiterror-tiltak som ikke innebærer bruk av makt, som i resolusjon 2213 og 2214.⁵⁹ Det kan dermed også tale for at antiterroriltak vil være «in compliance with international law».

⁵⁶ UN Security Council, Security Council resolution 1973 (2011), 17. mars 2011, S/RES/1973 (2011) s. 3-4

⁵⁷ Hilpod (2016) s. 17

⁵⁸ Hilpod (2016) s. 18

⁵⁹ Akande & Milanovic (21. november 2015)

3.3.3 Kontekst

I motsetning til i den operative paragrafen, henviser Sikkerhetsrådet indirekte til kapittel VII i preamblet. Det uttrykkes at IS «constitutes a global and unprecedented threat to international peace and security». Det kan tyde på at vilkåret «threat to the peace» i artikkel 39 er innfridd, som understreker Sikkerhetsrådets kompetanse til å autorisere makt etter kapittel VII.

På den andre siden har formuleringen vært benyttet i resolusjon 1373 uten å autorisere makt.⁶⁰ Resolusjon 1373 ble vedtatt i etterkant av 11. september 2001 og oppfordret til antiterroriltak mot Al-Qaida, men resolusjonen har også blitt tolket som en støtteerklæring til bruk av selvforsvar mot en ikke-statlig aktør.⁶¹ Selv om resolusjon 2249 ikke nevner selvforsvar eksplisitt, kan ordbruken tolkes som en støtteerklæring til at stater kan rette selvforsvar mot IS i lys av tidligere resolusjoner. Selv om betegnelsen av IS som en global trussel indikerer at sterke tiltak iverksettes, fremgår det verken klart av ordlyden i den operative paragrafen eller preambelet at resolusjon 2249 autoriserer makt. Som vist til i tolkningsdelen, kan ikke preambelet tillegges avgjørende vekt. Det må videre ses hen til Sikkerhetsrådets uttalelser ved vedtakelse for å fastlegge Sikkerhetsrådets intensjon med resolusjonen.

3.3.4 Utvidet kontekst

Ved den enstemmige vedtakelsen av resolusjon 2249 den 20. november, har Sikkerhetsrådets medlemmer uttalt seg om resolusjonen. Disse uttalelsene er transkribert og oversatt til engelsk dersom de ble gitt på et annet språk, og er deretter godkjent av medlemstatenes representanter i Sikkerhetsrådet.⁶² Jeg vil videre trekke frem uttalelser fra Sikkerhetsrådets medlemstater med vetorett som belyser deres forståelse av resolusjon 2249.

Den franske representanten uttaler innledningsvis at grunnlaget for den militære maktbruken mot IS i Syria opprinnelig «was justified as legitimate collective self-defence».⁶³ Videre viser Frankrike til at «the events of 13 November were an armed aggression against France» slik de har en rett til individuelt selvforsvar mot IS.⁶⁴ Frankrike fremhever at «the resolution frames

⁶⁰ UN Security Council, Security Council resolution 1373 (2001), 28. september 2001, S/RES/1368 (2001) s. 3

⁶¹ Scharf (2016) s. 51

⁶² UN Security Council, S/PV.7565 (20. november 2015) s. 1

⁶³ Ibid. s. 2

⁶⁴ Ibid. s. 4

our action within the framework of international law and in respect for the Charter».⁶⁵ Frankrike tolker dermed resolusjon 2249 som en støtteerklæring til selvforsvarsretten mot IS i Syria. USAs representant gir uttrykk for at resolusjon 2249 underbygger det rettslige grunnlaget for Operation Inherent Resolve, og uttaler at « [i]n accordance with the Charter of the United Nations and its recognition of the inherent right to individual and collective self-defence, we are taking necessary and proportionate military action to deny ISIL safe haven.»⁶⁶ Det taler for at resolusjon 2249 er en støtteerklæring til selvforsvar mot IS.

Storbritannias statsminister viser til at de allerede har rettet selvforsvar mot IS, men uttaler ikke eksplisitt at resolusjon 2249 understøtter selvforsvaret.⁶⁷ Storbritannia har i senere tid uttrykt at resolusjon 2249 oppfordrer til selvforsvartiltak mot IS i tråd med artikkel 51.⁶⁸ Det taler ytterligere i retning av at resolusjon 2249 anses som en politisk støtteerklæring til bruk av selvforsvarsretten mot IS i Syria. Statene legger med dette til grunn at Sikkerhetsrådet anerkjenner at selvforsvar kan brukes mot ikke-statlige aktører, uten at Sikkerhetsrådets resolusjon uttaler det eksplisitt.

Den kinesiske representanten viser ikke til militær maktbruk for å bekjempe IS, men gir uttrykk for at resolusjonen åpner opp for antiterroriltak som ikke inkluderer bruk av makt mot IS uten samtykke fra Syria.⁶⁹ Russland støtter opp under Kinas forståelse av resolusjonen, og uttalte i forbindelse med resolusjon 2249 at « [w]e consider it a step in creating a broad anti-terrorism front by marshalling comprehensive cooperation among all States to end all manifestations of terrorism and eradicate its root causes.»⁷⁰ Videre uttaler Russland at «the French resolution is a political appeal, rather than a change to the legal principles underlying the fight against terrorism.»⁷¹ Selv om selvforsvar ikke nevnes eksplisitt av Russland, har Putin i ettertid uttalt at statene som utfører selvforsvar mot IS i Syria på grunnlag av resolusjon 2249 handler i strid med folkeretten.⁷² Det taler mot en tolkning av resolusjon 2249 som en politisk støtteerklæring til selvforsvar mot IS.

⁶⁵ Ibid. s. 4

⁶⁶ Ibid s. 4

⁶⁷ Ibid s. 9

⁶⁸ Wood (2016) s. 9

⁶⁹ UN Security Council, S/PV.7565 (20. november 2015) s. 3

⁷⁰ Ibid s. 5

⁷¹ Ibid s. 5

⁷² Akande og Milanovic (21. november 2015)

Putin har tidligere uttalt at Russland «are against any U.N. Security Council resolutions that could be interpreted as a signal for military interference in domestic processes in Syria.»⁷³ Det uttalte den daværende statsministeren etter at Russland la ned veto mot en resolusjon 4. oktober 2011. Utkastet åpnet opp for autorisering av makt i Syria for å beskytte sivilbefolkningen.⁷⁴ Begrunnelsen fra den russiske representanten i Sikkerhetsrådet var at «[t]he situation in Syria cannot be considered in the Council separately from the Libyan experience. The international community is alarmed by statements that compliance with Security Council resolutions on Libya in the NATO interpretation is a model for the future actions of NATO in implementing the responsibility to protect.»⁷⁵ Resolusjon 1973 autoriserte bruk av makt i Libya for å beskytte sivile, men NATO benyttet resolusjonen for en humanitær intervensjon i Libya.⁷⁶ NATO anklages for å ha tolket resolusjonen utvidende til å bistå opprørere med å avsette daværende president Qadhafi.⁷⁷

Det fremstår som Russland vil legge ned veto om en resolusjon som åpner opp for maktbruk i Syria i frykt for at resolusjonen vil benyttes av stater til å avsette en alliert syrisk president. Russlands intensjon av resolusjon 2249 kan dermed ikke forstås som en tilslutning til retten til å bruke selvforsvar mot IS i Syria uten samtykke fra syriske myndigheter.

3.3.5 Konklusjon

Ordlyden i resolusjon 2249 er vag, og det fremgår ikke klart av resolusjonen om makt autoriseres. I lys av den høye terskelen for autorisering, taler den vage ordlyden mot at Sikkerhetsrådet autoriserer makt i resolusjon 2249. Samtidig gir Sikkerhetsrådet uttrykk for to motstridende forståelser av resolusjon 2249, som begge er mulig tolkninger innenfor resolusjonens uklare ordlyd. På den ene kan resolusjonen tolkes som en støtte til at utøvelse av selvforsvar mot IS i Syria vil være lovlig. På den andre siden kan resolusjonen forstås som en oppfordring til å trappe opp antiterroriltak, uten å bruke makt mot IS på syrisk territorium uten invitasjon fra Assad. Akande og Milanovic har pekt på at uklarheten i Resolusjon 2249

⁷³ Yee (2012) s. 619

⁷⁴ Yee (2012) 619-620

⁷⁵ Ibid s. 620

⁷⁶ Mujezinovic (2012) s. 368

⁷⁷ Cirkovic (2017) s. 8

er en tilsiktet tvetydighet som lar statene i Sikkerhetsrådet hevde to motstridende folkerettslige standpunkter fra resolusjon 2249.⁷⁸

I lys av at Russland har vetorett kan resolusjon 2249 vanskelig tolkes i den retning at Sikkerhetsrådet autoriserer makt, ettersom den utvidede konteksten tilsier at Russland ville blokkert en slik resolusjon. Det stenger imidlertid ikke for at resolusjon 2249 kan leses som en støtteerklæring til selvforsvar mot IS. Politisk støtte i en resolusjon er ikke tilstrekkelig som grunnlag for selvforsvar, og heller ikke tilstrekkelig for å hevde at innholdet i retten til selvforsvar er endret.⁷⁹ Retten til selvforsvar mot IS kan kun påberopes av dersom vilkårene for selvforsvar er innfridd.⁸⁰ Det må videre vurderes om Operation Inherent Resolve er lovlig fordi stater har en rett til selvforsvar mot ikke statlig-aktører på en annen stats territorium etter FN-pakten artikkel 51.

⁷⁸ Akande og Milanovic (21. november 2015)

⁷⁹ Wood (2013) s. 332

⁸⁰ Hilpod (2016) s. 22

4 Selvforsvarsretten i FN-pakten artikkel 51

4.1 Innledning

Det fremgår av FN-pakten artikkel 51 at

«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.»

Etter artikkel 51 må to vilkår være innfridd for at selvforsvar kan påberopes. For det første må ett av de to alternative vilkårene «individual» eller «collective» være innfridd. For det andre må det foreligge et «armed attack». Flere av statene som deltar i Operation Inherent Resolve viser til «collective» selvforsvar av Irak som grunnlag for brudd på maktforbudet.⁸¹ Kollektivt selvforsvar av Irak forutsetter at Irak har en «individual» rett til selvforsvar fordi Irak blitt utsatt for et «armed attack» av IS fra syrisk territorium. I folkerettslig litteratur er det antatt at IS' angrep mot Irak er så alvorlige at de overstiger terskelen for hva som utgjør et «armed attack».⁸² Men det er ikke tilstrekkelig til å slå fast at Irak er utsatt for et «armed attack» fra IS i Syria. Det må videre vurderes om et selvforsvar kan rettes mot en ikke-statlig aktør som har utført et «armed attack».

I Nicaragua v. United States håndterte ICJ spørsmålet om Nicaraguas støtte til opprørsgrupper i El Salvador oversteg terskelen for «armed attack».⁸³ Dersom det var tilfelle ville USAs kollektive selvforsvar på vegne av El Salvador mot Nicaragua ville være lovlig.⁸⁴ ICJ kom frem til at selvforsvar kan utøves mot en stat som har «effective control» over en ikke-statlige

⁸¹ UD (29.01 2016) s. 2

⁸² Se Lubell (2010) s. 50 for en vurdering av terskelen av "armed attack" fra ikke-statlige aktører

⁸³ Nicaragua v. United States of America; Merits, International Court of Justice (ICJ), 27. juni 1986

⁸⁴ Ibid. s. 17

aktør som utfører et «armed attack» mot en annen stat.⁸⁵ Dette kan ikke overføres til Operation Inherent Resolve selvforsvar mot IS fordi Syria ikke har «effective control» over IS på syrisk territorium. I senere tid har antallet «armed attack» som stammer fra ikke-statlige aktører økt.⁸⁶ I lys denne utviklingen har enkelte stater og folkerettsteoretikere tatt til orde for artikkel 51 omfatter selvforsvar mot et «armed attack» fra ikke-statlige aktører dersom territorialstaten er «unwilling or unable» til å forhindre angrepet.⁸⁷

Oppgaven avgrensner mot en drøftelse av om statene som deltar i Operation Inherent Resolve har en «individual» selvforsvarsrett mot IS i Syria. Vurderingen vil kreve en omfattende drøftelse av om angrep fra IS mot hver enkelt stat overstiger terskelen for «armed attack», i tillegg til en drøftelse om det er adgang til preventivt selvforsvar ettersom flere av statene i operasjonen ikke har vært utsatt for et angrep av IS i Syria.⁸⁸

I del 4.2 vil det redegjøres for tolkningsprinsipper for FN-pakten utover det som er presentert i del 2.2. Tolkningsprinsippene i del 4.2.1 og 4.2.2 omhandler hvordan statspraksis og sedvanerett kan påvirke tolkning av FN-pakten. I del 4.3 vil vilkåret «armed attack» tolkes i lys av ordlyd, formål og etterfølgende statspraksis og sedvanerett. I del 4.3.3 vil praksis gjennomgås for å vurdere om det har dannet seg en statspraksis eller sedvanerett som åpner opp for en selvforsvarsrett mot et «armed attack» fra en ikke-statlig aktør når territorialstaten har vært «unwilling or unable» til å forhindre det. I del 4.3.4 vil jeg konkludere på om rettskildene tilsier at artikkel 51 kan tolkes slik at Irak har selvforsvarsrett mot IS i Syria. Dersom Irak har denne retten, vil Operation Inherent Resolves kunne utføre kollektivt selvforsvar på vegne av Irak mot IS i Syria.

⁸⁵ Ibid. s. 65

⁸⁶ Terry (2016) s. 35, Brunnée & Toope (2018) s. 267

⁸⁷ Bethlehem (2012) s. 3

⁸⁸ Se Hilpod (2015) s. 550, Scharf (2016) s. 24 for gjennomgang av Caroline-saken. Se Wood (2016) s. 14 for vurdering av om "anticipatory self-defence" er tillatt i tråd med USAs National Security Strategy.

4.2 Tolkingsprinsipper for FN-pakten

4.2.1 Wien-konvensjonen artikkel 31 tredje ledd bokstav b

Som vist i del 2.2 kan Wien-konvensjonen artikkel 31 til 33 anvendes på sedvanerettslig grunnlag for å tolke FN-pakten. Etter Wien-konvensjonen artikkel 31 første ledd skal en traktat tolkes «in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms» i «context» og «in the light of its object and purpose». Etter artikkel 31 tredje ledd bokstav a suppleres kontekst av

«[a]ny subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation.»

Etterfølgende statspraksis er dermed en rettskilde som kan føre til dynamisk tolkning av FN-pakten.⁸⁹ Vekten av slutninger fra statspraksis vil avhenge av i hvilken grad den gir uttrykk for en felles forståelse blant partene om hvordan en bestemmelse skal tolkes.⁹⁰ Dermed vil det vurderes om statspraksis gir uttrykk for felles forståelse av selvforsvarsretten i artikkel 51.

Til tross for at ordlyden viser til «parties» og kun stater er parter etter FN-pakten artikkel 4, omfatter statspraksis også praksis fra FNs institusjoner.⁹¹ Praksis fra FNs institusjoner har betydning ved tolkning av FN-pakten fordi medlemsstatene har tildelt Sikkerhetsrådet, Generalforsamling, ICJ og andre FN-institusjoner myndighet innenfor FN-paktens rammer til å påvirke forståelsen av FN-pakten.⁹² Det er imidlertid ingen av institusjonene som er tildelt kompetanse til å gi autorative tolkninger, og institusjonene kan tolke FN-pakten uten at tolkningen får bindende effekt.⁹³

4.2.2 Wien-konvensjonen artikkel 31 tredje ledd bokstav c

Etter artikkel 31 tredje ledd bokstav c skal kontekst suppleres av

«[a]ny relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.»

⁸⁹ Schwindt (2000) s. 199

⁹⁰ Simma (2012) s. 87

⁹¹ Ibid s. 86

⁹² Simma (2012) s. 86

⁹³ Schwindt (2000) s. 199

Det er sikker rett at folkerettslig sedvanerett (heretter sedvanerett) faller inn under «relevant rules», og sedvanerett er dermed en relevant rettskilde ved tolkning av artikkel 51.⁹⁴

Sedvanerett blir dannet ved en gjentakende statspraksis som utøves i den tro om det er en rettslig forpliktende regel.⁹⁵ Det er ikke avklart i folkerettslig litteratur eller rettspraksis om det eksisterer en sedvanerettslige selvforsvarsrett parallelt med selvforsvarsretten etter artikkel 51.⁹⁶ Enkelte hevder at sedvanerettens innhold ble inkorporert i artikkel 51 ved vedtakelse av FN-pakten, og at sedvanerett derfor må tolkes innenfor rammene av artikkel 51.⁹⁷ I den videre fremstillingen vil jeg ikke gå nærmere inn på denne diskusjonen.

Fokus vil være på om det eksisterer en sedvanerett som gir stater selvforsvarsrett mot ikke-statlige aktører der territorialstaten er «unwilling or unable» til å forhindre et «armed attack». Dersom det foreligger en slik sedvanerett, vil sedvaneretten anvendes som en rettskilde ved tolkning av artikkel 51 etter Wien-konvensjonen artikkel 31 tredje ledd bokstav c. Det innebærer at artikkel 51 kan tolkes dynamisk i lys av sedvaneretten.

Videre må det vurderes om det har dannet seg en sedvanerett som åpner opp for ikke-statlige aktører. Dannelse av sedvanerett forutsetter at to vilkår er innfridd, som blant annet er slått fast ved ICJ-Statuttene artikkel 38. For det første må det være en generell praksis og for det andre må praksisen være utført i den tro at den er rettslig bindende (opinio juris). For å vurdere om det foreligger generell praksis, har det i ICJ gitt uttrykk for den være «consistent, widespread and representative» over en viss tidsperiode.⁹⁸ Det vil gis en kort redegjørelse for innholdet i vurderingsmomentene for generell praksis, og til slutt vil det redegjøres for hva som skal til for at vilkåret opinio juris er innfridd.

I Nordsjøsakene presiserte ICJ at prinsippet om generell praksis ikke innebærer at alle stater må gi støtte til en praksis, men krever samtykke til praksisen fra «states whose interests were specially affected».⁹⁹ Det tilsier at praksis vanskeligere kan sies å være «widespread and representative» dersom stater som er spesielt påvirket motsetter seg praksisen. Alle stater vil i utgangspunktet ha en interesse i praksis som påvirker under hvilke forutsetninger selvforsvar kan utøves. Dermed må praksis fra alle stater tas i betraktning.

⁹⁴ Ruys (2010) s. 19

⁹⁵ Simma (2012) s. 87

⁹⁶ Ruys (2010) s. 12

⁹⁷ Ibid. s. 13

⁹⁸ North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands), I.C.J. Reports 1969, p.3, International Court of Justice (ICJ), 20. februar 1969 s. 43

⁹⁹ Ibid. s. 43

Videre er det omdiskutert hva som skal til for at stater støtter en praksis slik at den kan bli ansett for å være generell. Det er diskutert om stater kan signalisere at de støtter en praksis ved stilltiende samtykke.¹⁰⁰ Staters stilltiende atferd kan imidlertid skyldes andre motiver enn samtykke. Selv om stater som er spesielt påvirket er stilltiende i en sak, kan ikke den stilltiende adferden likestilles med samtykke til praksisen uten øvrige holdepunkter. Det kreves forsiktighet også i vurderingen av staters uttrykk for støtte eller protest. I utgangspunktet kan staters støtte eller protest til en praksis indikere deres holdning til det juridiske grunnlaget. På den andre siden kan støtte og protest også skyldes politiske eller økonomiske motiv, og er ikke nødvendigvis en reaksjon på det juridiske grunnlaget som praksisen representerer. Protest eller fordømmelse av bruk av selvforsvar kan også skyldes kritikk av måten selvforsvaret er utført på, og er ikke nødvendigvis en fordømmelse av det juridiske grunnlaget.¹⁰¹

Disse holdepunktene for vurdering av om statspraksis er generell vil også gjelde for statspraksis fra Sikkerhetsrådet, ICJ og Generalforsamlingen.¹⁰² Uttalelser fra FNs organer angående praksis vil kunne påvirke vurderinger av om det foreligger generell praksis som stater kan være i rettsoverbevisning om.¹⁰³

Til slutt må praksis følges i den tro om at den er rettslig bindende. I Nordsjøsaken ble kriteriet uttalt som at «the states concerned must feel that they are confirming» og at det foreligger «evidence of a belief».¹⁰⁴ Enkelte folkerettsteoretikere har tatt til orde for at stater kun kan uttrykke rettsoverbevisning til en praksis ved faktiske handlinger.¹⁰⁵ Andre har tatt til orde for at stater kan uttrykke støtte ved uttalelser, og at fysiske handlinger ikke nødvendigvis er mer tungtveiende uttrykk for rettsoverbevisning.¹⁰⁶ Dersom staten som utfører selvforsvar mot en ikke-statlig aktør uten å vise til grunnlaget for bruk av makt, vil det ofte fremstå som uklart om staten anser seg selv for å handle rettmessig og på hvilket grunnlag staten bygger

¹⁰⁰ Se Henry (2018) for en nærmere redegjørelse for under hvilke omstendigheter stilltiende samtykke kan føre til dannelse av folkerettslig sedvanerett

¹⁰¹ Ruys (2010) s. 39

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands, I.C.J. Reports 1969, International Court of Justice (ICJ), 20. februar 1969, s. 44

¹⁰⁵ Ruys (2010) s. 32

¹⁰⁶ Ibid. s. 32

selvforsvaret på.¹⁰⁷ Dermed vil handlinger fra stater i større grad kunne gi uttrykk for opinio juris ved at handlinger følges opp av uttalelser som gir større innsikt i hvordan en stat oppfatter rettstilstanden.¹⁰⁸

Det er derfor relevant å analysere både staters handlinger og uttalelser i forbindelse med utøvelse av selvforsvar. Dersom det vises til artikkel 51 som grunnlag for bruk av «unwilling or unable»-kriteriet ved selvforsvar, vil det tale for at det er en rettsoverbevisning. Samtidig vil en rettsoverbevisning vanskeligere kunne påberopes dersom praksisen møter protester fra flere stater.¹⁰⁹ Derfor må også motsvar i form av protest og aksept på staters handlinger og uttalelser tas i betraktning ved vurderingen av opinio juris. Opinio juris vil dermed påvirkes av om det foreligger en generell praksis, ettersom mangel på aksept fra andre stater vil svekke grunnlaget for å være i overbevisning om at foreligger en bindende praksis..

Videre vil det ved tolkningen av praksis som rettskilde under artikkel 51 vurderes om vilkårene for dannelse av sedvanerett er innfridd. Det vil vurderes om det foreligger om praksis gir uttrykk for en sedvanerett som gir stater selvforsvarsrett mot ikke-statlige aktører dersom territorialstaten er «unwilling or unable» til å forhindre «armed attack» fra en ikke-statlig aktør. Først vil det undersøkes om det vil være i tråd med ordlyd og formål å tolke «armed attack» slik at det omfatter angrep fra ikke-statlige aktører.

4.3 Tolkning av «armed attack»

4.3.1 Ordlyd

Ordlyden i artikkel 51 er taus om hvem som må stå bak et «armed attack». Ordlyden må tolkes etter forholdene på tidspunktet den ble vedtatt, og i 1945 var trusselbildet preget av krig mellom stater.¹¹⁰ Med tanke på det daværende trusselbildet kan ordlyden leses slik at det ikke var nødvendig å presisere hva slags aktør som utfører et «armed attack» fordi det var selvsagt at trusselen kom fra stater.¹¹¹ Det utelukker ikke at bestemmelsen kan tolkes

¹⁰⁷ Ibid. s. 33

¹⁰⁸ Ibid. s. 34

¹⁰⁹ Ibid. s. 30

¹¹⁰ Brunnée og Toope (2018) s. 267

¹¹¹ Terry (2016) s. 36

dynamisk i lys av praksis til å gjelde ikke-statlige aktører dersom det er i tråd med formålet til FN-pakten.

4.3.2 Formål

Formålet med FN-pakten etter artikkel 1 å bevare fred og sikkerhet.

I tilfelle for IS' angrep mot Irak, er det klart at Irak har et behov for å forsvare sin suverenitet og sikkerhet ved selvforsvar. Dersom territorialstaten har «effective control» over angrepet fra den ikke-statlige aktøren, tilsier det at territorialstaten i større grad har brutt suvereniteten til et annet land. Dermed vil det være i tråd med formålet om sikre fred og sikkerhet at territorialstaten blir møtt med selvforsvar. Men det er annerledes dersom en territorialstat kun kan lastes for at den ikke klarer å stanse at en ikke-statlig aktør angriper en annen stat. Selv om behovet for den angrepne staten til selvforsvar er like stort, kan det fremstå som en selvforsvarsrett som vil føre til en skjevhet i maktforholdet blant stater og potensielt økt bruk av makt på andre staters territorium. I lys av at mindre ressurssterke stater i større grad ikke vil kunne innfri en innsatsforpliktelse til å forhindre «armed attack» mot andre stater, kan en slik selvforsvarsrett føre til at mindre ressursfulle stater får et svakere vern mot maktbruk fra andre stater. Det vil ikke være i tråd med den formålet til FN-pakten som skal sikre fred og sikkerhet blant annet ved at stater er reelt likestilte uavhengig av makt og ressurser.

På den andre siden kan FN-paktens formål sies å være lite forenelig med at stater som blir angrepet av ikke-statlige aktører er avskåret retten til å utøve selvforsvar fordi angrepet ikke kan tilskrives territorialstaten. Dersom stater kun kan forsvare seg mot et «armed attack» fra en ikke-statlig aktør som er kontrollert av territorialstaten, vil stater stå uten en rett til selvforsvar mot ikke-statlige aktører som opererer uten støtte fra territorialstaten. Da vil aktører som IS kunne angripe Irak fra Syria uten at Irak har mulighet til å utøve selvforsvar, med mindre Sikkerhetsrådet autoriserer bruk av makt eller Syria inviterer Irak til å bruke makt på sitt territorium. En manglende adgang til selvforsvar mot ikke-statlige aktører vil kunne gi terrorgrupper et vern mot selvforsvar. Det vil ikke være i tråd med FN-paktens formål om bevare fred og sikkerhet. Dermed kan formålsbetraktninger tale både for og i mot en selvforsvarsrett mot ikke-statlige aktører.

4.3.3 Etterfølgende praksis og sedvanerett: «Unwilling or unable»

Ved bruk av selvforsvar mot IS i Syria har USA vist til at syriske myndigheter er «unwilling or unable» til å stanse «armed attack» mot Irak.¹¹² Videre vil det vurderes om det har utviklet seg en praksis, enten som statspraksis eller internasjonal sedvanerett, som gir stater rett til å utføre selvforsvar mot «armed attack» fra ikke-statlige aktører som territorialstaten er «unwilling or unable» til å forhindre. Dersom det foreligger en slik statspraksisen eller sedvanerett vil det tale for at artikkel 51 kan tolkes dynamisk slik at Operation Inherent Resolve kan utføre selvforsvar mot IS fordi Syria er «unwilling or unable» til å forhindre «armed attack» mot Irak. Det vil videre vurderes om syv ulike saker gir uttrykk for statspraksis eller sedvanerett for et «unwilling or unable»-kriteriet ved bruk selvforsvar etter artikkel 51.

Resolusjon 1368 og 1373 og Operation Enduring Freedom mot Al-Qaida i Afghanistan, 2001

Den 11. september 2001 ble USA angrepet av al-Qaida, og angrepene førte til at over 3000 mennesker mistet livet.¹¹³ Sikkerhetsrådet vedtok resolusjon 1368 den 12. september hvor Sikkerhetsrådet understreket USAs rett til selvforsvarsretten i preambelet.¹¹⁴ Resolusjon 1373 ble vedtatt 28. september 2011, og Sikkerhetsrådet viste igjen til selvforsvarsretten i preambelet uten å utdype dette ytterligere.¹¹⁵ Det er sjeldent at Sikkerhetsrådet viser eksplisitt til selvforsvarsretten i resolusjoner, og resolusjon 1368 og 1373 kan derfor tolkes som at Sikkerhetsrådet anerkjenner at selvforsvar kan utøves mot Al-Qaida, en ikke-statlig aktør.¹¹⁶

Sikkerhetsrådet understreket staters plikt til å forhindre at territoriet deres blir et «safe haven» for terrorister i resolusjon 1373.¹¹⁷ Resolusjonen kan dermed tolkes som at en angrepet stat har rett til å utøve selvforsvar mot ikke-statlige aktører dersom territorialstatens ikke gjør tilstrekkelig for å forhindre angrep mot andre stater.¹¹⁸ Men ettersom Sikkerhetsrådet ikke utdyper nærmere om selve grunnlaget for selvforsvarsretten, kan ikke resolusjonene alene tas

¹¹² Brunnée & Toope (2018) s. 270

¹¹³ Kravik og Ødelien (2014) s. 594

¹¹⁴ UN Security Council, Security Council resolution 1368 (2001), 12. september 2001, S/RES/1368 (2001)

¹¹⁵ UN Security Council, Security Council resolution 1373 (2001), 28. september 2001, S/RES/1368 (2001)

¹¹⁶ Williams (2013) s. 623

¹¹⁷ UN Security Council, Security Council resolution 1373 (2001), 28. september 2001, S/RES/1368 (2001) s. 2

¹¹⁸ Scharf (2016) s. 31

til inntekt for en endring av selvforsvarsrett og en anerkjennelse av «unwilling or unable»-kriteriet. Det må undersøkes hvordan resolusjonene er mottatt og tolket av andre stater.

Dagen etter 11. september sendte USA et brev til FNs Sikkerhetsråd hvor de uttalte at de var utsatt for et «armed attack» og ville svare på angrepet etter FN-pakten artikkel 51.¹¹⁹ NATO fulgte opp med å utløse den kollektive forsvarsplikten i NATO-pakten artikkel 51, som forutsetter at vilkårene for retten til selvforsvar etter artikkel 51 er innfridd.¹²⁰ Den 7. oktober 2001 lanserte USA Operation Enduring Freedom, hvor de rettet flyangrep som selvforsvar mot både al-Qaida og Taliban.¹²¹ Operasjonen mottok få negative reaksjoner blant andre stater, og flere stater uttalte eksplisitt støtte til USAs selvforsvar. Men støtten kan ikke uten videre tas til inntekt for støtte til «unwilling or unable»-kriteriet, fordi USA aldri viste til dette som grunnlaget for Operation Enduring Freedom.

USA viste ikke heller til Sikkerhetsrådets resolusjon 1368 eller 1373 da Operation Enduring Freedom ble rapportert til Sikkerhetsrådet.¹²² Stater som deltok i Operation Enduring Freedom informerte Sikkerhetsrådet om at tiltakene mot Afghanistan var utøvelse av kollektiv rett til selvforsvar, og la vekt på at Taliban hadde støttet al-Qaida.¹²³ Selv om det var nære bånd mellom Taliban og al-Qaida, var det uklart om Taliban hadde «effective control» over al-Qaida, og det ble heller ikke hevdet av USA.¹²⁴ Grunnlaget for Operation Inherent Resolve kan tolkes som at USA legger til grunn at Taliban hadde «effective control» over al-Qaida.

På den andre siden kan Al-Qaida hevdes å ha hatt stor grad autonomi i planlegging av angrepene mot USA 11. september 2001.¹²⁵ Afghanske myndigheter førte en politikk hvor de tillot Al-Qaida ha en base hvor de kunne planlegge internasjonale terrorangrep, og Taliban ignorerte Sikkerhetsrådets forespørsler om å stenge Al-Qaidas treningsbaser og utlevere bin Laden.¹²⁶ I denne sammenheng kan operasjonen tolkes som en utøvelse av selvforsvar fordi Taliban var «unwilling or unable» til å stanse angrep fra al-Qaida, men det forblir uklart når

¹¹⁹ Ibid. s. 40

¹²⁰ Ibid. s. 40

¹²¹ Ibid. s. 28

¹²² Kravik og Ødelien (2014) s. 594

¹²³ Trapp (2007) s. 151

¹²⁴ Kravik og Ødelien (2014) s. 594

¹²⁵ Scharf (2016) s. 28

¹²⁶ Scharf (2016) s. 29

USA ikke har uttalt hva som utgjorde det rettslige grunnlaget for Operation Enduring Freedom.

Operation Enduring Freedom er uansett den første operasjonen hvor verdens stater uttrykte aksept for selvforsvar ble rettet direkte mot en ikke-statlig aktør.¹²⁷ Men den støttende reaksjonen først å fremst var en spontan reaksjonen på et terrorangrep som rystet en hel verden, og kan derfor ikke tolkes som en generell støtte til en selvforsvarsrett mot stater som er «unwilling or unable».¹²⁸ Det må vurderes om «unwilling or unable»-kriteriet har fått generell støtte i videre praksis.

Russland mot tsjetsjenske opprørere i Georgia, 2002-2004

Den 23. august 2002 sendte Russland et brev til Sikkerhetsrådet hvor de begrunnet bruk av makt mot tsjetsjenske opprørere i Georgia som selvforsvar.¹²⁹ I brevet viste Russland til at Georgia var «unable or unwilling to counteract the terrorist threat» fra tsjetsjenske opprørere mot Russland.¹³⁰ Videre viste Russland til en rett til selvforsvar etter FN-pakten artikkel 51 mot de tsjetsjenske opprørerne var legitimert i Sikkerhetsrådets resolusjon 1373.¹³¹ Dermed støtter Russland tolkningen av resolusjon 1368 som anerkjennelse av en selvforsvarsrett der territorialstaten er «unwilling or unable» til å forhindre «armed attack» fra en ikke-statlig aktør.¹³²

Russlands bruk av makt som selvforsvar mot tsjetsjenske opprørsgrupper på georgiansk territorium møtte imidlertid protester fra USA. USA fordømte maktbruken, og uttalte at Russland «deplores the violation of Georgia's sovereignty».¹³³ Det er det påfallende at USA ikke anerkjente Russlands rett til å utøve selvforsvar når Georgia var «unwilling or unable» til å forhindre angrep fra en ikke-statlig aktør. Det kan tale for at USA ikke anerkjente «unwilling or unable» som gjeldende praksis, og videre antyde at USA ikke anvendte kriteriet i Operation Enduring Freedom. Samtidig må USAs reaksjon tolkes i lys av at Georgia på

¹²⁷ Trapp (2007) s. 152

¹²⁸ Se Hilpod (2016) s. 23 og Moir (2010) s. 116 for vurdering av reaksjonene på 11. september.

¹²⁹ Williams (2013) s. 636

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Ibid.

¹³² Trapp (2007) s. 153

¹³³ Williams (2013) s. 636

tidspunktet søkte medlemskap i NATO.¹³⁴ Derfor kan USAs reaksjon ha vært politisk motivert. Det taler mot at det foreligger en generell praksis når anerkjennelsen av grunnlaget avhenger av politiske interesser.

Mursaken, ICJ, 2004

ICJ vurderte spørsmålet om Israels bygging av en sikkerhetsmur på okkupert palestinsk territoriet kunne utgjøre selvforsvar etter artikkel 51. Israel viste blant annet til resolusjon 1368 og resolusjon 1373 som støtte til selvforsvarsrett mot ikke-statlige aktører.¹³⁵ ICJ avviste dette kort, og uttalte at «[a]rticle 51 of the Charter [...] recognizes the existence of an inherent right of self-defence in the case of an armed attack by one State against another State.»¹³⁶ Denne uttalelsen kan tas til inntekt for ICJ anser selvforsvar som utelukket om et «armed attack» stammer fra en ikke-statlig aktør. En slik tolkning vil tale mot at det foreligger en felles forståelse eller generell praksis knyttet til selvforsvarsretten mot ikke-statlige aktører.

ICJ viser videre i dommen til at angrepene fra de ikke-statlige aktørene mot Israel kom fra Israels eget territorium, og at «[t]he situation is thus different from that contemplated by Security Council resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001), and therefore Israel could not in any event invoke those resolutions in support of its claim to be exercising a right of self-defence.»¹³⁷ Det antydes dermed at retten til selvforsvar mot en ikke-statlig aktør kan utøves dersom angrepene kom fra en annen stats territorium. Problemet var at selvforsvar ikke kunne påberopes av Israel fordi angrepene kom fra et område Israel selv kontrollerte.¹³⁸ Dermed kan ikke dommen tas til inntekt for at ICJ avviser at selvforsvar kan utøves mot en ikke-statlig aktør som angriper en annen stat.

Democratic Republic of the Congo v. Uganda, ICJ, 2005

ICJ behandlet spørsmålet om Uganda kunne utøve selvforsvar mot Kongo fordi opprørsgrupper på Kongos territorium rettet angrep mot Uganda. Domstolen viste til at «[t]he attacks did not emanate from armed bands or irregulars sent by the DRC or on behalf of the

¹³⁴ Trapp (2007) s. 153

¹³⁵ Advisory Opinion Concerning Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, International Court of Justice (ICJ), 9. juli 2004, s. 62

¹³⁶ Ibid. s. 62

¹³⁷ Ibid. s. 62

¹³⁸ Trapp (2007) s. 143

DRC».¹³⁹ Det var derfor ikke grunnlag for at Uganda kunne utøve selvforsvar mot Kongo, når Kongo ikke kunne tilskrives angrepene fra den ikke-statlig aktøren. ICJ støttet opp dermed under attribusjonskravet fra Nicaragua v. USA ved å vise at selvforsvar kan rettes mot stater som sender styrker til en annen stat. Videre uttalte ICJ at «[t]he Court has no need to respond to the contentions of the Parties as to whether and under what conditions contemporary international law provides for a right of self-defence against large-scale attacks by irregular forces».¹⁴⁰ ICJ avstår dermed fra å svare på om Uganda hadde rett til selvforsvar direkte mot ikke-statlige aktører innenfor territoriet til Kongo, selv om saken la opp til en slik vurdering. Det taler mot at det foreligger en generell praksis når ICJ avstår fra å behandle selvforsvarsrett mot ikke-statlige aktører basert på at territorialstaten er «unwilling or unable».

Dommer Simma uttalte i sin dissens at «Security Council resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001) cannot but be read as affirmations of the view that large-scale attacks by non-State actors can qualify as «armed attacks» within the meaning of Article 51.»¹⁴¹ Han argumenterte for at det forelå selvforsvar mot «large-scale attacks» utført av ikke-statlige aktører på bakgrunn av Sikkerhetsrådets resolusjoner.¹⁴² Videre viser dommer Simma i sin dissens til at «the almost complete absence of governmental authority in the whole or part of the territory of certain States» vil kunne gjøre det «unreasonable to deny the attacked State the right to self-defense merely because there is no attacker State.»¹⁴³ Det uttales dermed en støtte til en selvforsvarsrett mot en ikke-statlig aktør som har mulighet til å operere fritt ettersom territorialstaten har mistet kontroll over store deler av sitt territoriet. Dissensen kan ikke vektlegges i for stor grad, men viser at ICJ har to ulike forståelser av selvforsvarsretten mot ikke-statlige aktører.

Israel mot Hezbollah i Libanon, 2006

I 2006 varslet Israel Sikkerhetsrådet om at Israel ville utøve selvforsvar mot Hezbollah's «armed attack» fra libanesiske territorium.¹⁴⁴ Israel viste til artikkel 51 som begrunnelse for selvforsvar mot Hezbollah.¹⁴⁵ I 2006 hadde Hezbollah tatt kontroll over store deler av

¹³⁹ Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), International Court of Justice (ICJ), 18. september 2002, s. 57 para 146

¹⁴⁰ Ibid. s. 59 para 147

¹⁴¹ Democratic Republic of the Congo v. Rwanda, International Court of Justice (ICJ), 18. september 2002 (Separate Opinion of Judge Simma) s. 173 para 11

¹⁴² Ibid. s. 173 para 11

¹⁴³ Ibid. s. 173 para 12

¹⁴⁴ Terry (2016) s. 52

¹⁴⁵ Krakvik og Ødelien (2014) s. 597

territoriet i Libanon. I tillegg var Hezbollah var representert i den libanesiske regjeringen slik myndighetene kunne karakteriseres som i noen grad støttende til den ikke-statlige aktøren.¹⁴⁶ Men Israel viste ikke til at Hezbollah's handlinger kunne tilskrives Libanon fordi statene hadde «effective control» over Hezbollah.¹⁴⁷

Israels selvforsvar ble begrunnet med at territorialstaten Libanon var «unwilling or unable» til å forhindre angrep fra Hezbollah som hadde tatt kontroll over store deler av det libanesiske territoriet hvorfra de lanserte angrep mot Israel.¹⁴⁸ Denne praksisen bærer likhet med mindretallets argumentasjon i *Democratic Republic of the Congo v. Uganda*, og i noen grad saksforholdet i *Operation Enduring Freedom*. Det kan tale for en praksis som anerkjenner retten til selvforsvar mot angrep fra ikke-statlige aktører hvis territorialstaten er «unwilling or unable» til å forhindre angrep fordi den ikke-statlige aktøren har tatt kontroll over deler av statens territoriet.

Majoriteten av medlemmene i Sikkerhetsrådet anerkjente Israels rett til selvforsvar mot Hezbollah, men ikke på bakgrunn av attribusjon fra Libanon.¹⁴⁹ Dermed kan det tolkes som at Sikkerhetsrådets støttet en rett til selvforsvar mot en ikke-statlig aktør fordi territorialstatens ikke evnet å forhindre angrepene. Enkelte stater fordømte selvforsvaret på grunnlag av proporsjonalitet fordi det rammet libanesiske infrastruktur hardt, men det kan ikke tolkes som en fordømmelse av det rettslige grunnlaget.¹⁵⁰ Alliansen The Non-Aligned Movement, da bestående av 118 stater, uttrykte fordømmelse av Israels angrep og viste til forsvaret som «violations by Israel of the Lebanese territorial integrity and sovereignty.»¹⁵¹ Alliansen The Non-Aligned Movement har gjentatte ganger tatt til orde for at selvforsvarsretten ikke kan tolkes utvidende.¹⁵² I lys av alliansens tallstyrke taler det mot at det foreligger en generell praksis. Det forsterkes av at flere av statene i alliansen kan kategorieres som spesielt interesserte parter, fordi det er stater som huser ikke-statlige aktører som statene kan være «unwilling or unable» til å forhindre.

¹⁴⁶ Hakimi (2015) s. 10

¹⁴⁷ Tams (2009) s. 379

¹⁴⁸ Kravik og Ødelien (2014) s. 597

¹⁴⁹ UN Security Council, U.N.Doc. S/PV.5489 (21. juli 2006)

¹⁵⁰ Hakimi (2015) s. 10

¹⁵¹ Terry (2016) s. 53

¹⁵² Brunnée og Toope (2018) s. 275

Tyrkia mot PKK i nord-Irak 2007, 2011 og 2015

Tyrkia ble i en lang periode utsatt for angrep fra den ikke-statlige aktør PKK som hadde base i Nord-Irak.¹⁵³ I 2007 utøvet Tyrkia makt mot PKK på irakisk territorium, til tross for at det ikke var grunnlag for å hevde at irakiske myndigheter hadde attribuert til PKKs angrep på Tyrkia. Tyrkia unnlot å vise til «unwilling or unable»-kriteriet som rettslig grunnlag for maktbruken.¹⁵⁴ Det etterlater tvil om maktbruken kan tas tolkes som støtte til «unwilling or unable»-kriteriet, selv om selvforsvaret fremstår som en utøvelse av selvforsvaret på dette grunnlaget. Etersom Tyrkia ikke viser til «unwilling or unable»-kriteriet ved selvforsvar, kan det tolkes som at Tyrkia ikke er i rettsoverbevisning om at praksisen gir uttrykk for gjeldende rett.

Flere stater unnlot å uttale seg om lovligheten av Tyrkias maktbruk mot PKK, men det kan skyldes at de ikke hadde et rettslig grunnlag å reagere på.¹⁵⁵ Tyrkias manglende henvisning til et rettslig grunnlag gir ikke klare tolkningsbidrag for eller i mot om det foreligger en generell praksis for bruk av selvforsvar mot ikke-statlige aktører hvor territorialstaten er «unwilling or unable» til å hindre angrepene.

Resolusjon 2249 og Operation Inherent Resolve mot IS i Syria

Som drøftet i del 4.3, kan resolusjon 2249 tolkes som en politisk støtteerklæring til bruk av makt ved selvforsvar mot den ikke-statlige aktøren IS i Syria. Resolusjon 2249 viser ikke til «unwilling or unable»-kriteriet, og det kan dermed ikke konkluderes med at Sikkerhetsrådet anser dette som et rettsgrunnlaget til å utøve selvforsvar mot IS i Syria. Det må vurderes hvordan resolusjonen er tolket og anvendt i statspraksis for å si noe om den inngår i en generell praksis.

USA har vist til at resolusjon 2249 åpner opp for selvforsvar mot IS fordi Syria er «unwilling or unable» til å forhindre angrep mot Irak som følge av at IS har tatt kontroll over store deler av syrisk territorium.¹⁵⁶ Storbritannia, Australia, Israel og Canada har støttet denne tolkningen, og gitt uttrykk for at det rettslige grunnlaget for Operation Inherent Resolve er at

¹⁵³ Cirkovic (2017) s. 12

¹⁵⁴ Terry (2016) s. 55

¹⁵⁵ Krakvik og Ødelien (2014) s. 597

¹⁵⁶ Brunnée & Toope (2018) s. 270

Syria er «unwilling or unable» til å stanse angrep fra IS.¹⁵⁷ Andre stater som Tyskland og Frankrike har ikke vist til «unwilling or unable»-kriteriet, men at det foreligger en rett til selvforsvar mot IS i Syria etter artikkel 51 fordi IS okkuperer deler av det syriske territoriet som syriske myndigheter ikke har kontroll over.¹⁵⁸ Dermed vises det ikke direkte til «unwilling or unable»-kriteriet, men en det gir uttrykk for en praksis som i noen grad er sammenfallende med praksisen fra Israels selvforsvar mot Hizbollah og USA selvforsvar mot al-Qaida. Det kan tale for at det har utviklet seg en praksis med et vist konsist innhold.

På den andre siden har en rekke stater som deltar i Operation Inherent Resolve unnlatt å vise til grunnlaget for operasjonen, blant annet Bahrain, Jordan, Qatar, Saudi Arabia og de Forente arabiske emirater.¹⁵⁹ Det kan fremstå som at statene uttrykker politisk støtte til operasjonen, men ikke velger å omsette støtten i juridiske begrep.¹⁶⁰ Det kan skyldes flere årsaker, blant annet at statene ikke er i rettsoverbevisning om at det foreligger en slik selvforsvarsrett. Det er en berettiget tvil i lys av at resolusjon 2249 ikke gir et klart svar på om selvforsvar kan utøves mot IS i Syria uten syriske myndigheters samtykke.

Videre uttalte The Non Aligned Movement i forbindelse med den militære operasjonen mot IS i Syria at «consistent with the practice of the UN and international law, as pronounced by the ICJ, Article 51 of the UN Charter is restrictive and should not be rewritten or re-interpreted». Selv det ikke vises eksplisitt til «unwilling or unable»-kriteriet, kan uttalelsen i lys av omstendighetene leses som at de 120 statene motsetter seg praksisen som er påberoper av USA og enkelte andre stater.¹⁶¹ Det taler mot at det foreligger en generell praksis som stater kan være i rettsoverbevisning om er rettslig bindende, eller at det foreligger en felles forståelse av hvordan artikkel 51 kan tolkes.

Videre har også Russland bestridt lovligheten av Operation Inherent Resolves selvforsvar mot IS i Syria. På den ene siden kan skyldes at Russland mener at Syria ikke er «unwilling or unable» ettersom både Syria og Russland kjemper mot IS i Syria.¹⁶² På den andre siden kan det leses som at Russland ikke anerkjenner denne tolkningen av artikkel 51 fordi det strider

¹⁵⁷ Terry (2016) s. 33

¹⁵⁸ Brunnée & Toope (2018) s. 272

¹⁵⁹ Brunnée & Toope (2018) s. 270, Scharf (2016) s. 10

¹⁶⁰ Henry (2018) s. 18

¹⁶¹ Brunnée & Toope (2018) s. 275

¹⁶² Terry (2016) s. 32

mot Russlands politiske interesser i dette tilfellet. Dersom praksisen kun anerkjennes når det er politisk opportunistisk taler det mot at praksisen er generell fordi den ikke vil kunne påberopes av alle stater uavhengig av politiske interesser.

4.3.4 Konklusjon

Etter 11. september 2001 har flere stater vist til en rett til selvforsvar mot ikke-statlige aktører i praksis. Operation Inherent Resolve rett til selvforsvar mot IS i Syria avhenger av om det foreligger en sedvanerett eller statspraksis som tilsier at FN-pakten artikkel 51 kan tolkes dynamisk til å omfatte bruk av selvforsvar mot ikke-statlige aktører når territorialstaten er «unwilling og unable» til å forhindre angrep. For at det skal foreligge en sedvaneregel må den være generell og fulgt i den tro at den er juridisk bindende. For at det skal foreligge statspraksis kreves det kun at det foreligger en statspraksis som gir uttrykk for en felles forståelse blant partene om hvordan artikkel 51 skal tolkes.

Etter min vurdering foreligger det ikke en generell praksis eller opinio juris knyttet til selvforsvarsretten mot en ikke-statlig aktør der territorialstaten er «unable or unwilling» til å forhindre angrep. Praksisen synes heller ikke å gi uttrykk for en felles forståelse av hvordan artikkel 51 skal tolkes etter Wien-konvensjonen artikkel 31 bokstav b. Dermed vil artikkel 51 ikke kunne tolkes til å inkludere en rett til selvforsvar mot en ikke-statlig aktør fordi territorialstaten er «unwilling or unable». Det er hovedsakelig tre årsaker til at jeg ikke anser praksisen for å gi uttrykk for en sedvanerett eller statspraksis.

For det første er det er påfallende at det kun er et fåtall antall stater med et sterkt militær, herunder USA, Russland, Israel og Storbritannia, som viser direkte til «unwilling or unable»-kriteriet. Selv om disse statene til en viss grad får støtte fra allierte, er ikke støtten alltid knyttet til det rettslige grunnlaget. ICJ har i tillegg hatt to anledninger til å oppklare rettstilstanden, men har valgt å ikke ta stilling til spørsmålet. Sett i lys av at praksisen ved flere anledninger har mottatt negative reaksjoner fra Non-Aligned Movement, tilsier det videre at praksisen ikke er generell. Etersom koalisjonen gir uttrykk for synspunktet til 120 stater taler deres protest mot at det foreligger en generell praksis som har vid representasjon.

For det andre fremstår ikke praksisen fordi reaksjonen på lovmessigheten av selvforsvar basert på «unwilling or unable»-kriteriet synes å være preget av politiske sympatier og antipatier. Det kan illustreres ved at Russland påberopte seg selvforsvarsrett mot opprørere i Georgia, som fikk USA til hevde at suverenitetsprinsippet var brutt. Og på samme måte kritiserer Russland USA for å bryte suvereniteten til Syria ved å rette selvforsvar mot IS. Praksisen synes dermed ikke å være generell når det fremstår som om stater som påberoper kriteriet ved eget selvforsvar, men ikke nødvendigvis dersom andre stater ønsker å påberope seg kriteriet.

Sistnevnte årsak er at det vanskelig kan påpekes når en territorialstat er «unwilling or unable». Det fremgår ikke en konsis regel av statspraksis som gir klare rammer for hvilke tilfeller som faller innenfor og utenfor «unwilling or unable»-kriteriet. Det er blant annet omstridt om Syria kan regnes som «unwilling or unable» når myndighetene selv kjemper mot IS.¹⁶³ Derfor fremstår det ikke som at praksisen fra 11. september og Israels selvforsvar mot Hezbollah er direkte overførbart til Operation Inherent Resolve. I de til førstnevnte sakene kunne statene til en viss grad bebreides for at den ikke-statlige aktører hadde fått kontroll over et stort område, og var delvis støttende til den ikke-statlige aktøren. Det er ikke tilfelle i Syria, selv om IS har tatt kontroll over store deler av syrisk territorium.

¹⁶³ Terry (2016) s. 32

5 Avsluttende refleksjoner

Ovenfor har jeg vist at verken resolusjon 2249 eller retten til selvforsvar etter artikkel 51 kan utgjøre rettsgrunnlag for Operation Inherent Resolves bruk av makt mot IS på syrisk territorium. Ettersom ingen av unntakene gjør seg gjeldende vil den militære operasjonens maktbruk utgjøre et brudd på maktforbudet etter FN-pakten artikkel 2 (4). Selv om praksisen ikke gir uttrykk for statspraksis eller sedvanerett, vil stater som støtter operasjonen kunne finne holdepunkter i praksis til hevde at Operation Inherent Resolve er lovlig bruk av selvforsvarsretten. Det er tydelig ved at flere stater som deltar i Operation Inherent Resolve påberoper seg praksis og resolusjon 2249 som en anerkjennelse av at selvforsvar kan utøves mot IS fordi Syria er «unwilling or unable» til å forhindre angrep mot andre stater. Det fremstår som at statene som argumenterer for det motsatte standpunktet, hovedsakelig statene i Non-Aligned Movement, frykter konsekvensene for maktforbudet og suverenitetsprinsippet ved å anerkjenne denne selvforsvarsretten.

Jeg vil påstå at maktforbudet i større grad står i fare for å bli uthulet under dagens rettstilstand enn hvis det fantes en klar regel for bruk av selvforsvar mot ikke-statlige aktører. Dagens rettstilstanden er problematisk fordi det gir stater et spillerom til å hevde at de utøver selvforsvar rettmessig mot en ikke-statlig aktør. På denne måten kan stater hevde at selvforsvaret er i tråd med statspraksis, men fordi praksis ikke utgjør en klar regel har ikke statene klare retningslinjer for hvordan selvforsvaret må utøves. Det foreligger blant annet få holdepunkter i praksisen som begrenser når en stat kan anses som «unwilling or unable». Praksis gir heller ikke holdepunkter for hvem som har rett til å vurdere om en stat er «unwilling or unable» til å forhindre et angrep fra en ikke-statlig aktør.

Praksisen som er gjennomgått viser et trusselbilde som tilsier at det vil være et reelt behov for selvforsvar mot ikke-statlige aktører der staten er «unwilling or unable» til å forhindre angrep. I lys av dagens trusselbilde vil det ikke være bærekraftig at stater kun kan utøve selvforsvar dersom staten har «effective control» over en ikke-statlig aktørs «armed attack». Det tilsier at stater behøver klare regler for under hvilke omstendigheter selvforsvar kan utøves mot ikke-statlige aktører, og hva som skal til for at en stat kan anses som unwilling or unable». Ved å skape en klar regel som har som formål å balansere behovet for beskyttelse av den angrepne

stater med territorialstatens suverenitet vil maktforbudet være bedre vernet enn ved nåværende rettstilstand.

Bethlehem har blant annet forsøkt å sammenfatte et regelsett for hvordan stater kan utøve selvforsvar mot en ikke-statlig aktør hvor territorialstaten er «unwilling or unable» til å forhindre angrep.¹⁶⁴ Disse prinsippene er ikke blitt omfavnet av stater som gjeldende rett. Utfordringen ligger videre i å formulere regler for selvforsvar mot ikke-statlige aktører som stater kan godta fordi det også ivaretar stater suverenitet etter maktforbudet.

¹⁶⁴ Bethlehem (2012) s. 775

Litteraturliste

Konvensjoner

United Nations, Vienna Convention on the law of treaties, 23. mai 1969 (Wien konvensjonen)

United Nations, Charter of the United Nations, 24. oktober 1945 (FN-pakten)

Domsavgjørelser fra ICJ

Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo (Request for Advisory Opinion), General List No. 141, International Court of Justice (ICJ), 22. juli 2010

Advisory Opinion Concerning Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, International Court of Justice (ICJ), 9. juli 2004

Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), International Court of Justice (ICJ), 18. september 2002

Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America); Merits, International Court of Justice (ICJ), 27. juni 1986

North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands) , I.C.J. Reports 1969, p.3, International Court of Justice (ICJ), 20. februar 1969

Sikkerhetsrådets resolusjoner

UN Security Council, Security Council resolution 2249 (2015), 20. november 2015, S/RES/2249 (2015)

UN Security Council, UN. Doc. S/PV.7565 (20. november 2015)

UN Security Council, Security Council resolution 1973 (2011), 17. mars 2011, S/RES/1973 (2011)

UN Security Council, U.N.Doc. S/PV.5489 (21. juli 2006)

UN Security Council, Security Council resolution 1373 (2001), 28. september 2001, S/RES/1368 (2001)

UN Security Council, Security Council resolution 1368 (2001), 12. september 2001, S/RES/1368 (2001)

Litteratur

Ahmed, D. I. (2013). *Defending Weak States against the Unwilling or Unable Doctrine of Self-Defense*. Journal of International Law and International Relations, 9, 1-37.

Akande, D. og Milanovic, M. (21. november 2015) *The Constructive Ambiguity of the Security Council's ISIS Resolution*. Hentet fra: ejiltalk.org/the-constructive-ambiguity-of-the-security-councils-isis-resolution/

Betlehem, D. (2012). *Principles relevant to the scope of a state's right of self-defense against an imminent or actual armed attack by nonstate actors*. American Journal of International Law, 106 (4), 769-777. <https://doi.org/10.5305/amerjintelaw.106.4.0769>

Brunnée, J. og Toope, S. T. (2018) *Self-defence against non-state actors: Are Powerful States Willing but Unable to Change International Law*. International and Comparative Law Quarterly, 67 (2), 263-286. <https://doi.org/10.1017/S0020589317000458>

Cirkovic, E. (2017) *Incomplete World Order: United Nations Security Council Resolution 2249 (2015) and the Use of Force in International Law*. Comparative Law Review 8, 1-27. Hentet fra: <https://ssrn.com/abstract=2942046>

Gross, O. (2017). *Unresolved Legal Questions Concerning Operation Inherent Resolve*, Texas International Law Journal 52 (2), 221-253. Hentet fra https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2944790

Hakimi, M. (2015). *Defensive Force against Non-State Actors: The State of Play*. International Law Studies 91 (1), 1-31. Hentet fra: <https://repository.law.umich.edu/articles/1380/>

Hellestveit, C. (2016) *Stomperud i Bagdad*. Internasjonal Politikk, 74 (3), 1-21. DOI: <https://doi.org/10.17585/ip.v74.405>

Henry, E. (2018). *Alleged Acquiescence of the International Community to Revisionist Claims of International Customary Law* (With Special Reference to the Jus Contra Bellum Regime). Melbourne Journal of International Law 18, 1-38. Hentet fra

SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3097867>

Hilpold, P. (2016). *The evolving right of counter-terrorism: An analysis of SC resolution 2249 (2015) in view of some basic contributions in International Law literature*. *Questions of International Law*, 24 (1), 15-34. Hentet fra <http://www.qil-qdi.org/the-evolving-right-of-counter-terrorism-an-analysis-of-sc-resolution-2249-2015-in-view-of-some-basic-contributions-in-international-law-literature/>

Hilpold, P. (2015). *The fight against terrorism and SC Resolution 2249: Towards a more Hobbesian or a more Kantian International Society?* *Indian Journal of International Law*, 55 (4), 335-355. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2704467>

Kravik, M. A. & Ødelien, A. (2014). *Retten til selvforsvar mot ikke-statlige aktører som angriper fra en annen stats territorium*. *Lov og rett* 10, 53, 591-606. Hentet fra: https://www.idunn.no/lor/2014/10/retten_til_selvforsvar_mot_ikke-statlige_aktoerer_somangrip

Lubell, N. (2010) *Extraterritorial use of force against non-state actors*. Oxford University Press, Oxford

Moir, L. (2010) *Reappraising the resort to force (International law, jus ad bellum and the war on terror)*. Hart publishing: Oxford and Portland, Oregon

Mujezinovic Larsen, K. (2014). *Folkerettens regler om militær maktbruk: Retningslinjer eller rettsregler*. *Internasjonal politikk*, 72 (1), 91-100. Hentet fra: https://www.idunn.no/ip/2014/01/folkerettens_regler_om_militaer_maktbruk_retningslinjer_ell

Mujezinović Larsen, K. (2012). *Tolking av sikkerhetsrådsresolusjoner – en kommentar til Sverre Lodgaard*. *Lov og Rett*, 06 (51), 363-369. Hentet fra: https://www.idunn.no/lor/2012/06/tolking_av_sikkerhetsraadsresolusjoner_-_en_kommentar_til_s

Ruys, T. (2014). *The Meaning of "force" and the Boundaries of the Jus Ad Bellum: Are "Minimal" Uses of Force Excluded From UN Charter Article 2 (4)?* *The American Journal of International Law*, 108(2), 159-210. doi:10.5305/amerjintlaw.108.2.0159

Ruys, T. (2010) *Armed Attack and Article 51 of the UN Charter: Evolutions in Customary Law and Practice*, Cambridge

Scharf, P. M. (2016) *How the War Against ISIS Changed International Law*. *Case Western Reserve Journal of International Law* 48, 1-54. Hentet fra https://scholarlycommons.law.case.edu/faculty_publications/1638

Schwindt, Constance Jean (2000) *Interpreting the United Nations Charter: From Treaty to World Constitution*,. U. C. Davis Journal of International Law & Policy, vol. 6, no. 2,, p. 193-216.

Simma, B. et al. (2012). *The Charter of the United Nations: A Commentary, Volume I* (3rd Edition).

Tams, C. J. (2009). *The Use of Force against Terrorists*. The European Journal of International Law 20 (2). doi: 10.1093/ejil/chp031

Terry, P. (2016) *Germany Joins the Campaign against ISIS in Syria: A Case of Collective Self-Defence or Rather the Unlawful Use of Force?* Russian Law Journal, 4(1), 26-60. <https://doi.org/10.17589/2309-8678-2016-4-1-26-60>

Torp Helmersen, S. (2018). *Folkerett i et nøtteskall*. Oslo: Gyldendal

Trapp, K. (2007) *Back to Basics: Necessity, Proportionality, and the Right of Self-Defence Against Non-State Terrorist Actors*. International and Comparative Law Quarterly, 56(1), 141-156. <https://doi-org.ezproxy.uio.no/10.1093/iclq/lei153>

Ulstein, G. (2016). *Hva er folkerett*. Oslo: Universitetsforlaget

Utenriksdepartementet (2016, 29. april). *Det norske styrkebidraget til bekjempelse av ISIL i Syria – Notat om folkeretten*. Hentet fra <https://www.regjeringen.no/globalassets/departementene/ud/vedlegg/folkerett/isil2.pdf>

Utenriksdepartementet (2016, 29. januar). *Kampen mot ISIL. Folkerettslig grunnlag for militær maktbruk mot ikke-statlige aktører i Syria*. Hentet fra <https://www.regjeringen.no/globalassets/departementene/ud/vedlegg/folkerett/isil1.pdf>

Williams, G. D. (2013). *Piercing the Shield of Sovereignty: An Assessment of the Legal Status of the 'Unwilling or Unable' Test*. UNSW Law Journal 36 (2), 619-641.

Wood, M. (2016) *The Use of Force in 2015 with Particular Reference to Syria*. Hebrew University of Jerusalem Legal Research Paper No. 16-05. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2714064>

Wood, M. (2013) *The role of the UN Security Council in relation to the use of force against terrorists*. I L. van den Herik. & N. Schrijver (Red.) *Counter terrorism Strategies in a Fragmented International Legal Order*, s. 317-333. Leiden: Cambridge University Press

Wood, M. (1998) *The Interpretation of Security Council Resolutions*. Max Planck Yearbook of United Nations Law Online, 20 (1), 73-95. https://doi.org/10.1163/13894633_02001002

Yee, S. (2012). *The Dynamic Interplay between the Interpreters of Security Council Resolutions*. *Chinese Journal of International Law*, 11 (4), 613-622.
<https://doi.org/10.1093/chinesejil/jms086>