

Er FN-paktens art 51 et rettslig grunnlag for Russland til å invadere Ukraina, og kan en humanitær intervensjon på grunnlag av folkemord utgjøre et selvstendig folkerettslig grunnlag for Russlands invasjon av Ukraina?

En analyse av det folkerettslige grunnlaget

Kandidatspeciale utarbeidet av:

Trond Arvid Vigdal Hov

Studentnummer: 20210807

Antall anslag: 143 983



Cand. Jur

Juridisk institutt

Aalborg Universitet

Veileder: Birgit Feldtmann

Abstrakt

This thesis examines the rules of international law in light of Russia's argumentation for the invasion of Ukraine in 2022. The Russian arguments consist of references to international law under the UN treaty and disputed topics of international law. The subject of this thesis is to assess and determine whether Article 51 of the UN Charter is a legal basis for Russia. The thesis also assesses if genocide can be said to constitute a legal basis for Russia's invasion.

To be able to assess whether Russia's arguments are in accordance with international law, the thesis will first analyse Russia's declaration to extract the legal arguments.

Thereafter, the main rule of international law on states' use of force, will be analysed. Here, the thesis examines Article 2.4 of the UN Charter and assesses which actions are covered by the provision and which are not.

After the analysis of the prohibition of force, the main rule is concretely applied to the Russian invasion, where the thesis shows that Russia is waging a war of aggression.

Once the Russian invasion's connection to the prohibition of force has been clarified, the exceptions under the UN Charter and international customary law will then be analysed by interpreting the UN Charter's Article 51, in light of customary law expressed in practice from the ICJ and theory of international law. This part is central to being able to assess Russia's argument about self-defence.

When the right to self-defence as an independent exception to the prohibition of force has been analysed, the exception will be applied concretely to the Russian argument. Here the position is taken on the element of expansion which Russia puts forward as a basis for self-defence. The thesis will show that the right to self-defence does not apply to Russia.

The thesis then moves on to Russia's next argument – genocide. The thesis examines if states have access to use force based on gross violations of basic human rights under international law. Central here is to assess whether humanitarian intervention is an exception to the prohibition on the use of force, on the basis of genocide.

The concept of humanitarian intervention will then be held up against Russia's argument about genocide, where it cannot be said that it is permissible for a State to execute a unilateral humanitarian intervention under international law.

The thesis then concludes that Russia's arguments do not have validity under international law according to existing international law, and thus that self-defence under Article 51 of the UN Charter and humanitarian intervention on the basis of genocide cannot serve as a legal basis for Russia's invasion. The use of force is covered by the prohibition of force. The invasion is thus contrary to international law.

Innholdsfortegnelse

Abstrakt	1
Innholdsfortegnelse	2
1. Innledning	4
1.1 Oppgavens bakgrunn	5
1.2 Problemformulering.....	6
1.3 Rettskilder og metode	6
1.3.1 Rettskilder	6
1.3.2 Metode	9
1.4 Avgrensning.....	10
1.5 Den videre fremstilling	11
2. Russlands påberopte rettsgrunnlag for invasjonen av Ukraina	12
2.1 Analyse av Russlands argumenter: De påberopte rettsgrunnlag for invasjonen av Ukraina	13
2.1.1 FN-paktens art 51: selvforsvar mot NATOs ekspansjon og et forestående angrep.	13
2.1.2 Folkemord som argument.	15
2.1.3 Sammenfatning av Russlands argumenter.	16
3. Staters bruk av makt	16
3.1 FN-pakten og forbudet mot staters bruk av makt: Hovedregelen.....	17
3.1.1 «use of Force»	18
3.1.2 «threat»	23
3.2 Maktforbudet og Russlands invasjon av Ukraina 24. februar 2022	24
3.2.1 Vilkårene for en «war of aggression».....	25
3.4 Delkonklusjon.....	27
4. Unntakene fra maktforbudet	28
4.1 Kort om unntakene	28
4.2 Unntak 1: Vedtak i FNs sikkerhetsråd.....	29
4.3 Unntak 2: Statenes rett til selvforsvar – FN-pakten art 51	31
4.3.1. Vilkårene for å kunne anvende selvforsvar som legitim maktbruk	33
4.3.1.1 Vilkår 1: «armed attack»	33
4.3.1.2 Vilkår 2 – «occurs»	38
4.3.1.3 Vilkår 3: Nødvendighet.....	45
4.3.1.4 Vilkår 4: Ingen handlingsalternativer til selvforsvaret	46
4.3.1.5 Vilkår 5: Selvforsvar som motsvar på angrep.....	47
4.3.1.6 Vilkår 6: Proporsjonalitet.....	48

4.3.1.7 Vilkår 7: Selvforsvarets bevisbyrde.....	50
4.3.1.8 Vilkår 8: FN-vedtak som begrensning for selvforsvaret.....	52
4.4. Unntakene og Russlands invasjon av Ukraina 24. februar 2022.....	53
4.4.1 «an armed attack occurs» som forutsetning for selvforsvar.	54
4.5. Delkonklusjon.....	59
5. Folkemord som grunnlag for humanitær intervensjon	59
5.1 Humanitær intervensjon – et unntak fra maktforbudet eller en «act of aggression»?	60
5.1.1 Definisjon av konseptet.....	60
5.1.2 Unilateral humanitær intervensjon og folkerettens utgangspunkt – FN-pakten.	61
5.1.3 Unilateral humanitær intervensjon i sedvaneretten.....	62
5.1.4 Unilateral humanitær intervensjon i praksis fra ICJ	63
5.1.5 Unilateral humanitær intervensjon i folkerettsteorien: En delt oppfatning	64
5.1.6 R2P som sekundærkilde og dens innvirkning på lovligheten av unilaterale humanitære intervensjoner.	66
5.2 Russlands argument om folkemord og forholdet til unilateral humanitær intervensjon som folkerettslig grunnlag	68
5.2.1 Definisjon av «folkemord» og begrepet knyttet til Russlands argument.....	68
5.2.2 Humanitær intervensjon som grunnlag for Russlands invasjon av Ukraina.....	69
5.3 Delkonklusjon.....	70
6. Konklusjon.....	71
7. Referanseliste.....	75

1. Innledning

«Never think that war, no matter how necessary, nor how justified, is not a crime»¹. Dette er et sitat av Ernest Hemingway som svarer godt til det mange kan anse som menneskets behov, eller interesse i å føre krig mot hverandre.

I væpnede konflikter er menneskeliv og infrastruktur «kapitalen» som legges på suverenens bord i søken på seier. Dette gjør at tilfeller av væpnede konflikter medfører tap og ødeleggelse av liv og eiendom. Det er tale om «*helvete på jord*»². Dette fordrer et tydelig rammeverk som setter grenser for når og hvordan en stat kan og skal bruke makt ved å begrense maktbruken³, med det formålet «*å redde mennesket fra helvete på jord*»⁴.

I 1945 kapitulerte aksemaktene og den andre verdenskrig var over etter seks lange og blodige år. Samme år inngikk verdens stater FN-pakten som hadde til formål å sikre freden⁵. Krigens byrder var så tunge, at verdenssamfunnet for alvor ønsket å få på plass et skriftlig rammeverk som forbød staters maktbruk mot andre stater.

Resultatet ble etableringen av FN-pakten som gir uttrykk for folkerettslig sedvanerett⁶, og kodifiserer sedvaneretten til å bli en traktatfestet hovedregel for staters mellomstatlige opptreden⁷. Staters bruk av makt i mellomstatlige forhold var uttrykkelig forbudt⁸.

Til tross for forbudet er det likevel tilfeller der stater bruker makt enten i overenstemmelse med FN-pakten, eller i strid med FN-pakten og folkerettslig sedvanerett. Eksempler på folkerettmessige militære operasjoner er Operation Enduring Freedom og International Security Assistance Force der førstnevnte var selvforsvar i overenstemmelse med FN-paktens art 51, og sistnevnte hadde vedtak i FNs sikkerhetsråd⁹. Et eksempel på folkerettsstridig militær operasjon der staten brukte makt uten hjemmel er Operation Allied Force, der NATO iverksatte en humanitær intervensjon¹⁰. Nærmere om dette i avhandlingens kapittel 5.

Det er historisk sett altså tilfeller der stater benytter FN-pakten som et rettslig grunnlag for å legitimere maktbruken, uavhengig av om dette kan begrunnes i faktiske forhold, eller

¹ https://www.brainyquote.com/quotes/ernest_hemingway_108407

² Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 173.

³ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 173.

⁴ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 173.

⁵ FN-pakten, 1945: art 2.1.

⁶ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 89.

⁷ Ole Espersen, Frederik Harhoff, Ole Spiermann, 2002: s. 272.

⁸ FN-pakten, 1945: art 2.4.

⁹ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 151.

¹⁰ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 211.

oppdiktede tilfeller. Som resultat kan det påstås at reglene kan benyttes som påskudd for maktbruk snarere enn et legitimt grunnlag for maktbruk. Det er på den bakgrunn det kan sies at, til tross for at hovedregelen om stater bruk av makt med påfølgende unntak er velbeskrevet i rettsvitenskapen, vil den konstante opptakelse til vurdering aldri være irrelevant. Så lenge stater fortsetter å bruke makt, vil fortløpende vurderinger av grunnlagene de fremsetter være av sentral relevans. Om ikke en fortløpende vurdering kan begrunnes i dette, så la det begrunnes i det offer de enkelte må gi som følge av statenes bruk av makt. Det er tale om «helvete på jord»¹¹.

1.1 Oppgavens bakgrunn

Den 24. februar 2022, deployerte Russland militære styrker inn i Ukrainisk territorium, og krig i Europa var igjen en realitet¹². Russland på sin side har blant annet, begrunnet invasjonen i selvforsvar og et angivelig folkemord i Ukraina¹³. Disse påstandene fører til at FN-paktens art 51 om selvforsvar, humanitær intervensjon og R2P igjen blir dagsaktuelle objekter til vurdering for hvilke folkerettslige hjemmelsgrunnlag en stat har for sin maktbruk. R2P kan forklares å være en bekreftelse av det internasjonale samfunnets ansvar for beskyttelsen av grunnleggende menneskerettigheter der staten nasjonalt svikter i denne beskyttelsen. Denne er inntatt i FNs resolusjon A/RES/60/1, avsnitt 138 og 139, og ble vedtatt av FNs Generalforsamling i 2005, med formål om å beskytte befolkninger fra folkemord, krigsforbrytelser, etnisk rensing og forbrytelser mot menneskeheten¹⁴. Om dette, se punkt 5.1.6.

Med bakgrunn i Russlands uttalelser og deres påberopelse av folkerettens regler for invasjonen i Ukraina, tar denne avhandlingen sikte på å klarlegge Russlands argumenter, analysere de påberopte folkerettslige reglene, og deretter anvende disse på den konkrete situasjonen slik den forelå inntil 24. februar 2022. Formålet er altså å analysere Russlands argumenter og gjeldende folkerett, og å avgjøre om Russlands grunnlag for invasjonen er folkerettmessig eller folkerettsstridig.

I tillegg til det ovennevnte er det kandidatens interessefelt da kandidaten selv har tjenestegjort i det norske forsvaret og har operativ erfaring fra NATO-tjeneste i Afghanistan. Erfaringen fra

¹¹ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s.173.

¹² <https://www.fn.no/Konflikter/ukraina>

¹³ <http://en.kremlin.ru/events/president/transcripts/67843>

¹⁴ A/RES/60/1. Overskrift for avsnittene 138 – 140.

internasjonal tjeneste har gitt en erfaring av den faktiske siden av staters maktbruk. Avhandlingen vil derimot gi kandidaten en erfaring av den rettslige siden av staters maktbruk.

1.2 Problemformulering

Følgende er avhandlingens problemformulering:

«Er FN-paktens art 51 et rettslig grunnlag for Russland til å invadere Ukraina, og kan en humanitær intervensjon på grunnlag av folkemord utgjøre et selvstendig folkerettslig grunnlag for Russlands invasjon av Ukraina».

1.3 Rettskilder og metode

1.3.1 Rettskilder

Folkerettens rettskilder og faktorer er omfattende, men kan utledes av ICJ-statuttene art 38.1 til å være traktater, sedvanerett, generelle rettsprinsipper, rettspraksis og avgjørelser fra mellomstatlige organisasjoner som for eksempel resolusjoner fra FN¹⁵, jf. ICJS art 38.1.

Som utgangspunkt har folkerettens rettskildefaktorer ikke en trinnhøyde. Dette kan begrunnes i å være en forlengelse av suverenitetsprinsippet som legger til grunn at enhver stat står fritt til å disponere over eget territorium¹⁶. Enkelte i litteraturen har forklart dette som statenes formelle likhet der «*Den formelle likheten mellom stater resulterer i en flat struktur*»¹⁷.

Dette er i et rettskildeperspektiv relevant fordi den flate struktur innebærer generelt sett at det ikke nødvendigvis er en mer viktig folkerettslig regel til gjeldende rett enn en annen slik vi kjenner det fra nasjonal rett og juridisk metode. Dermed er det naturlig å behandle rettskildetemaet før metodevalget, fordi det har noe å si for metoden i seg selv.

Til tross for den formelle likheten, er det likevel enkelte regler som gir en vektmessig effekt som følge av sin funksjon¹⁸. Det vil særlig være regler om jurisdiksjon og statsdannelse, fordi uten disse er det ingen stater og dermed vil folkeretten opphøre¹⁹. Det vil også være regler som anses ufravikelige som for eksempel regler om folkemord og tortur. Disse regler er kjent som jus cogens-regler²⁰.

¹⁵ Sondre Torp Helmersen, 2018: s. 25.

¹⁶ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s.140.

¹⁷ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s.46.

¹⁸ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s.47.

¹⁹ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s.47.

²⁰ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s.48.

I et forsøk på å plassere rettskildefaktorene i et perspektiv av den enkelte rettskildefaktors vekt, og dermed forstå hensynet bak ICJS art 38.1, kan man som utgangspunkt si at der statene har avtalt et forhold, vil dette være et bilateralt eller multilateralt avtaleforhold som danner et bindende element mellom to eller flere stater²¹. Dette er også kjent som en traktat.

Dette er relevant fordi traktater er skrevne og bindende avtaler mellom stater²². De er bindende i kraft av det generelle prinsippet om avtalens bindende effekt, jf. *pacta sunt servanda*. Dermed vil traktater ha en tung vekt som rettskildefaktor for å avgjøre et spørsmål inter partes²³, og utgjør en del av det man i folkeretten benevner som folkerettens primære rettskilder²⁴. For denne oppgaven vil det være flere relevante traktater og konvensjoner, herunder: FN-pakten, DFR og Folkemordskonvensjonen. FN-pakten er dog av helt sentral betydning for denne avhandlingen.

En annen rettskildefaktor er den folkerettslige sedvaneretten som utgjør den andre rettskildefaktoren i folkerettens primære rettskilder²⁵. Sedvaneretten er sammensatt av langvarig praksis og rettsoppfatning iblant stater på internasjonalt nivå²⁶. Dette er en tungtveiende rettskildefaktor da den gir uttrykk for statenes generelle praksis og oppfattelse av hva bindende folkerett er²⁷. Folkerettslig sedvanerett kan beskrives som «*uttrykk for en generell praksis som er akseptert som folkerettslig bindende*»²⁸. I denne rettskildefaktoren sonderer man mellom statenes praksis og opinio juris. Denne sonderingen kan utledes av ICJ-statuttene art 38.1²⁹. Ordlyden «*general practice*» og «*accepted as law*» er uttrykk for denne sonderingen.

En stats praksis vil være hvordan staten opptrer i mellomstatlige forhold, og utgjør dermed en objektiv side av sedvaneretten fordi det er en stats objektive opptreden utad, i motsetning til statens oppfattelse innad³⁰.

Statens oppfattelse innad, bedre kjent som opinio juris, er den oppfattelse en stat har av hva som er bindende folkerett, og utgjør den subjektive side av sedvaneretten³¹. Dermed kan man

²¹ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 73.

²² Sondre Torp Helmersen, 2018: s.26.

²³ «Inter partes» betyr «mellom partene».

²⁴ Sondre Torp Helmersen, 2018: s.26.

²⁵ Sondre Torp Helmersen, 2018: s.58.

²⁶ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s.77, pkt 4.

²⁷ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s.39.

²⁸ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s.39.

²⁹ Statuttene for den internasjonale domstol (ICJ), art 38.1.

³⁰ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 77.

³¹ Sondre Torp Helmersen, 2018: s.44.

si at for at en konkret praksis skal oppnå status som sedvane må praksisen være fulgt av stater, og oppfattet som bindende³².

Denne rettskildefaktoren er i stor grad relevant for oppgaven da alle stater som utgangspunkt er bundet av sedvaneretten. Sedvaneretten kan også være traktatfestet slik at en traktat gir uttrykk for sedvaneretten³³. Dette vil ha det resultat at en stat er likefult bundet av den traktatfestede regel fordi den er uttrykk for sedvanerett. Som eksempel vil det gjelde FN-paktens art 2.4 om staters forbud mot bruk av makt³⁴.

Rettspraksis som rettskilde i folkeretten er anerkjent under ICJ-statuttene som rettskilde, jf. art 38.1. Dette gjør at rettspraksis fra internasjonale domstoler er relevante kilder til rettsavklaring, men også forståelse og fastleggelse av sedvanerett³⁵. Rettspraksis er dog å anse som en sekundær rettskilde i folkeretten fordi retten dømmer basert på de primære rettskildene og er dermed sekundære. Dette kan utledes gjennom en naturlig forståelse av kildenes sammensetning og av ICJ-statuttene art 38.1 (d).

I folkeretten er den internasjonale domstolen helt sentral, fordi den er etablert gjennom FN-paktens kapittel 14, art 92. Alle FN-medlemmer er deltakere³⁶. Det innebærer at alle verdens anerkjente stater har akseptert domstolen som en internasjonal rettsinstans i mellomstatlige rettsforhold, med unntak av Vatikanstaten³⁷. Dette er uttrykkelig lagt til grunn i ordlyden i FN-paktens art 93³⁸. Rettspraksis om staters bruk av makt og retten til selvforsvar eksisterer, og vil bli behandlet der det er relevant og naturlig å innta disse.

Folkerettslig teori utgjør også en kilde til gjeldende folkerett³⁹. Denne kilden utgjør sekundærkildenes andre element⁴⁰, og er folkerettsteoretikers analyser av gjeldende folkerett. Dette har sine fordeler og ulemper ved at de kan belyse gjeldende folkerett, men samtidig være farget av nasjonale interesser⁴¹.

Som generelle rettsprinsipper kan det i et kildeperspektiv fungere som en relevant kilde for å løse problemstillinger der alle svar er riktig, men der rettsprinsipper som eksempelvis likhet

³² Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 77.

³³ Cecile Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 89 pkt.2.2.

³⁴ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s.201

³⁵ Sondre Torp Helmersen, 2018: s.53.

³⁶ Bekendtgørelse 1945-11-22 nr.8 De forenede Nations Pagt, 93.

³⁷ FN-pakten, 1945, partsfremstillingen i pakten.

³⁸ Bekendtgørelse 1945-11-22 nr.8 De forenede Nations Pagt, art 92 og 93.

³⁹ Ole Espersen, Frederik Harhoff, Ole Spiermann, 2002: s. 36.

⁴⁰ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 84.

⁴¹ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 84.

vil gi den beste uttelling. Disse kan også benyttes der det oppstår tolkningsproblemer, og der vurderinger må tas basert på avveininger.

De rettskilder som er relevante for problemstillingen knyttet til staters bruk av makt er særlig FN-pakten, sedvanerett og rettspraksis, samt juridisk teori, om forståelsen av retten til selvforsvar, og humanitære intervensjoner. Disse kildene vil bli brukt kontinuerlig i avhandlingens analyse.

FNs resolusjoner vil for denne oppgaven også være en relevant kilde til gjeldende folkerett når det gjelder staters bruk av makt og selvforsvar. Dette fordi en resolusjon fra FNs sikkerhetsråd er bindende for medlemsstatene⁴². En resolusjon fra Generalforsamlingen kan sies å være uttrykk for statenes oppfattelse av gjeldende folkerett, samtidig som de har en legitimitet gjennom sin votering⁴³. Særlig relevant vil her være RES 3314 (XXIX) som eksempelvis definerer aggresjon, og oppgir typetilfeller som er å anse som aggresjonshandlinger⁴⁴.

Hva gjelder folkemord som grunnlag for invasjon finnes det ikke et klart og tydelig rettslig grunnlag for en stat til å intervenere i en annen stats indre anliggende. Relevante kilder for å vurdere humanitær intervensjon på grunnlag av folkemord vil derfor være FN-pakten samt resolusjoner gitt i FNs generalforsamling og sikkerhetsråd, fordi disse gjengir statenes oppfattelse og enighet.

1.3.2 Metode

Til denne avhandlingen anvendes rettsdogmatisk metode der de folkerettslige rettskildefaktorer vil bli benyttet. Rettsdogmatisk metode går ut på å fastlegge gjeldende rett ut fra en beskrivelse og analyse av de relevante rettskildefaktorer⁴⁵. Begrunnelsen for metodevalget ligger i at problemformuleringen fordrer at gjeldende folkerett må fastlegges gjennom en beskrivelse og analyse av de relevante rettskildefaktorene i folkeretten. Dette kan best gjøres ut fra rettsdogmatisk metode da denne er best egnet til å fastlegge reglene de lege lata.

Folkerettens rettskilder har dog en særegenhet som er verdt å hensynta. Dette ved at folkeretten har et horisontalt perspektiv, fremfor den nasjonale rettens trinnvise og hierarkiske

⁴² Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 46.

⁴³ <https://snl.no/resolusjon>

⁴⁴ Se her resolusjonens artikkel 1 og 3, samt 4.

⁴⁵ Carsten Munk-Hansen, 2018: s.204

oppbygning⁴⁶. Dette er relevant når det kommer til den enkelte tolkningen av en folkerettslig rettskildefaktor.

Først når gjeldende folkerett er fastlagt, kan det vurderes hvorvidt Russlands invasjon av Ukraina er i overenstemmelse med folkerettens regler. Dette vil gjøres fortløpende i avhandlingen i de respektive relevante punkter dette er naturlig.

På den bakgrunn vil det i oppgaven anvendes den folkerettslige juridisk metode i behandlingen av den enkelte folkerettslige rettskildefaktor, i overenstemmelse med avhandlingens formål som er å avklare hvorvidt Russland bryter maktforbudet, eller har folkerettslig grunnlag for sine handlinger. Se her problemformuleringen.

Den folkerettslige metode tar utgangspunkt i en tolkning av bilaterale eller multilaterale traktater, sedvanerett og rettspraksis samt opinio juris. Metoden skiller seg dermed fra alminnelig juridisk metode fordi traktatene er å anse som avtaler mellom stater, ikke internasjonale lover⁴⁷.

For å kunne svare på oppgavens problemstilling har det vært nødvendig å klarlegge hvilke folkerettslige påstander Russland har fremmet. Disse påstander kan utledes av Russlands erklæring av 24. februar, 2022 /v President Vladimir Putin⁴⁸. Her er det valgt å gå til primærkilden for erklæringen som i dette tilfellet er den russiske regjeringens nettsider. Dette er begrunnet med at det finnes flere tilgjengelige versjoner av erklæringen, og en fornuftig og forsvarlig kildekritikk tilsier at primærkilden er å foretrekke fremfor gjengivelser av primærkilden.

1.4 Avgrensning

Avhandlingen skal behandle Russlands påberopte rettslige grunnlag for invasjonen i Ukraina og tar dermed utgangspunkt i rettstilstanden slik den forelå i februar 2022 og opptil invasjonens igangsettelse den 24. februar, 2022. Til gjenstand for behandling vil positivt være de regler Russland har gjort gjeldende som grunnlag for deres invasjon øst i Ukraina.

Det ligger dermed i avhandlingens natur å avgrense avhandlingen positivt til å analysere maktforbudet, unntakene fra forbudet og dets innhold, samt konseptet om humanitær intervensjon.

⁴⁶ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 72.

⁴⁷ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 84.

⁴⁸ <http://en.kremlin.ru/events/president/transcripts/67843>

Da Russland har anført selvforsvar og indirekte humanitær intervensjon, vil avhandlingen positivt behandle hovedregelen om staters bruk av makt, samt retten til selvforsvar og humanitær intervensjon. Det vil foretas en analyse der det fortløpende tas stilling til hvordan invasjonen av Ukraina forholder seg folkeretten i det relevante kapittelet i avhandlingen.

Avhandlingen er ikke ment å avklare lovligheten av den pågående krigføringemetode Russland og Ukraina utøver. Denne lovligheten må vurderes ut fra reglene i krig, og faller derfor utenfor denne avhandlingens rammer da avhandlingens problemstilling alene skal behandles etter reglene om rett til krig. Dette er kjent som sonderingen mellom Jus ad bellum og Jus in bello⁴⁹. Avhandlingen avgrensar negativt mot Jus in bello.

Avhandlingen tar ikke sikte på å behandle det tredje grunnlaget for Russisk invasjon, som knytter seg til en angivelig nazifisering i Ukraina. Selv om nazisters aktivitet i Ukraina er en realitet og teoretisk sett kunne vært sidestilt med Al Qaidas aktivitet i Afghanistan pre OEF, vil det her ikke kunne sammenlignes da ingen gruppering av nazister har utøvet bevæpnet aktivitet mot russisk suverenitet. Nazistene er ikke en akseptert gruppering som utøver makt mot en annen stat, i en såkalt «ikke-internasjonalt konflikt», og vil dermed ikke være grunnlag for selvforsvar. Det avgrensas derfor negativt mot en behandling av dette grunnlaget. Dette fordi denne angivelige utviklingen før 24. februar 2022 ikke forelå, og ikke er av noen særlig relevans knyttet til staters bruk av makt under FN-pakten i denne situasjonen.

1.5 Den videre fremstilling

For å gi avhandlingen en leservennlighet er det i denne oppgaven benyttet en tradisjonell struktur når det kommer til analysen av maktforbudet og unntakene⁵⁰. Det er naturlig å starte med det overordnede og deretter dykke ned i materien.

Fremstillingen tar i kapittel 2 utgangspunkt i en analyse av Russlands erklæring den 24. februar 2022 klokken 06:00⁵¹. Dette er helt nødvendig for å utlede det enkelte påberopte folkerettsgrunnlaget Russland har anført for invasjonen av Ukraina. Når de folkerettslige grunnlagene i erklæringen er klarlagt, vil det deretter foretas en analyse av gjeldende folkerett i kapittel 3.

⁴⁹ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 55

⁵⁰ Eksempelvis strukturen i alle de folkerettsteoretiske bøkene benyttet for denne avhandlingen.

⁵¹ <http://en.kremlin.ru/events/president/transcripts/67843>

Utgangspunktet for analysen tas i FN-paktens art 2.4 som utgjør en primærkilde for staters bruk av makt og er uttrykk for folkerettslig sedvanerett⁵². Denne delen er helt sentral å få på plass fordi en analyse av maktforbudet er avgjørende for å forstå hvilken adgang stater har til å foreta visse mellomstatlige handlinger. Maktforbudet er også av sentral relevans for å dertil forstå unntakene fra maktforbudet. Når maktforbudet er analysert, vil det vurderes hvordan Russlands invasjon forholder seg til maktforbudet.

Unntakene fra maktforbudet behandles deretter i kapittel 4, hvor utgangspunktet for analysen, tas i en tolkning av FN-pakten art 51, folkerettslig sedvanerett, samt rettspraksis og folkerettslig teori. Betingelsene for maktbruk med FN-mandat vil bli presentert. Betingelsene for selvforsvar vil bli grundig analysert. Etter analysen av unntakene vil det bli foretatt en vurdering der betingelsene for lovlig selvforsvar, holdes opp mot Russlands invasjon av Ukraina.

I kapittel 5 behandles konseptet «humanitær intervensjon» som et selvstendig tema. Dette fordi konseptet ikke nødvendigvis er et unntak, men snarere et meget omstridt tema i folkeretten. Konseptet vil bli analysert opp mot det folkerettslige rettskildebildet, da det er avgjørende for hvorvidt en humanitær intervensjon kan sies å være et unntak fra maktforbudet. Deretter vil det bli foretatt en vurdering av hvorvidt humanitær intervensjon kan danne grunnlag for Russlands invasjon av Ukraina, der folkemord vil bli definert og vurdert i sammenheng med Russlands argument for en humanitær intervensjon.

I kapittel 6 vil det gis en konklusjon som svarer på avhandlingens problemformulering.

2. Russlands påberopte rettsgrunnlag for invasjonen av Ukraina

24. februar 2022 deployerte militære styrker inn på Ukrainisk territorium⁵³. Dette innebærer en konkret form for bruk av militær makt mot en annen stat, til forskjell fra økonomisk eller politisk påvirkning som kan utgjøre en annen form for maktbruk⁵⁴. Russlands maktbruk krever folkerettslig legitimitet, i den forstand at invasjonen skal ha et folkerettslig gyldig rettsgrunnlag. Dette er ikke bare et krav i lys av FN-pakten, men også et krav etter folkerettslig sedvanerett som sammen kan sies å regulere «*når stater kan bruke makt*»⁵⁵.

⁵² Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 89.

⁵³ <https://www.fn.no/Konflikter/ukraina>

⁵⁴ Stuart Casey-Maslen, 2020: s. 22.

⁵⁵ Sondre Torp Helmersen, 2018: s. 113.

Maktbruken reiser folkerettslige spørsmål om hvorvidt de grunnlag Russland anfører for deres invasjon, er i overensstemmelse med gjeldende folkerett.

Den begrunnelse som folkerettslig sett er relevant å vurdere, er den begrunnelse eller de hjemler som den angripende part «formelt anfører i internasjonalt fora»⁵⁶. Som grunnlag for invasjonen har Russland internasjonalt anført tre grunnlag. To av disse grunnlagene vil bli redegjort for i kapittel 2.1, der utgangspunktet for analysen tas i Russlands erklæring den 24. februar 2022. Det vises til avgrensingen i punkt 2.4 når det gjelder det tredje grunnlaget.

2.1 Analyse av Russlands argumenter: De påberopte rettsgrunnlag for invasjonen av Ukraina

Russlands erklæring av 24. februar 2022 er bestående av 56 avsnitt der Russland erklærer iverksettelsen av en spesialoperasjon i Ukraina. Gjennom 56 avsnitt angir erklæringen bakgrunnen og de folkerettslige grunnlagene for spesialoperasjonen. Det er altså i denne erklæringen at Russland fremmer rettsgrunnlagene for Russlands spesialoperasjon i Ukraina, heretter nevnt som invasjonen⁵⁷. Disse vil i det følgende, bli belyst og analysert før argumentene blir sammenlagt.

2.1.1 FN-paktens art 51: selvforsvar mot NATOs ekspansjon og et forestående angrep

I erklæringen av 24. februar 2022 oppgir Russland bakgrunnen for invasjonen av Ukraina i 2022. Som grunnlag anføres det som nevnt innledningsvis, tre grunnlag for å legitimere den russiske invasjonen i Ukraina. Et av disse er FN-paktens art 51 som gir stater rett til selvforsvar⁵⁸.

Selvforsvarsargumentet Russland fremmer er sammensatt, og består for det første av den ekspansive virksomheten NATO har bedrevet siden jernteppets fall i 1991⁵⁹. For det andre er det i denne forlengelsen, et argument om at rapporter tilsier at det kun er snakk om tid før et angrep kan skje. For det tredje fremmes det at Donbass-regionen ber om hjelp.

Det argumenteres for at Russlands historiske territorium, nå er blitt et «*anti-Russia*», fullstendig kontrollert utenfra der de gjør alt for å tiltrekke seg NATO, og å anskaffe banebrytende våpen⁶⁰. Det er her tale om staten Ukraina og den realitet at NATO i 2008

⁵⁶ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 92.

⁵⁷ <http://en.kremlin.ru/events/president/transcripts/67843>

⁵⁸ FN-pakten, 1945: art 51.

⁵⁹ <http://en.kremlin.ru/events/president/transcripts/67843>

⁶⁰ <http://en.kremlin.ru/events/president/transcripts/67843>

vedtok at Ukraina og Georgia vil bli medlemmer på sikt⁶¹. I desember 2014 bestemte Ukraina at de ville jobbe for et NATO-medlemskap⁶².

NATO ekspanderer med medlemmer og militær tilstedeværelse, og dette argumentet ble igjen repetert som argument og begrunnelse i president Vladimir Putins tale til Dumaen den 21.2.2023, som kan fungere som en presisering av erklæringen i februar 2022⁶³. I denne talen uttrykte president Vladimir Putin nok en gang, at vesten utøver et «*anti-Russia Project*»⁶⁴, der presidenten hevder at Russland på sin side har forsøkt å etablere en konstruktiv dialog og at Russland i forsøket på dialog har blitt møtt med NATOs utvidelse til Russlands grenser⁶⁵. Det hevdes igjen at vesten og NATO påvirker Ukraina til å bli et «*anti-Russia*»⁶⁶, samt at denne påvirkningen angivelig har medført et statskupp i Ukraina og at vesten har støttet dette⁶⁷. Dette kan understøtte den oppfattelse staten Russland har av at NATO-styrker er utplassert, og at tanken om et Ukrainisk NATO-medlemskap vil være en strategisk militær ulempe for Russland og på den måte utgjøre en trussel mot Russland.

Dette uttrykkes i erklæringen av 24. februar 2022 at: «*If we look at the sequence of events and the incoming reports, the showdown between Russia and these forces cannot be avoided. It is only a matter of time. They are getting ready and waiting for the right moment*»⁶⁸.

Videre uttrykkes det «*They did not leave us any other option for defending Russia and our people*»⁶⁹. Russland legger altså til grunn at de ikke har annet valg enn å angripe.

Et annet moment i argumentet om selvforsvar er at Russland legger til grunn at «*The Peoples Republics of Donbass have asked Russia for help*»⁷⁰. I dette ligger det at Russland anser disse republikkene som selvstendige og at «Kyiv-regimet» fra et russisk ståsted, angriper selvstendig stater og befolkning av russisk opphav og dermed trolig anses som et angrep på Russland⁷¹.

For å oppsummere selvforsvarargumentet, er det altså mulig å utlede at Russland viser til FN-paktens art 51 om retten til selvforsvar på det grunnlag av at NATO ekspanderer, og at NATO

⁶¹ <https://www.fn.no/Konflikter/ukraina>

⁶² <https://www.fn.no/Konflikter/ukraina>

⁶³ <http://en.kremlin.ru/events/president/news/70565>

⁶⁴ <http://en.kremlin.ru/events/president/news/70565>

⁶⁵ <http://en.kremlin.ru/events/president/news/70565>

⁶⁶ <http://en.kremlin.ru/events/president/news/70565>

⁶⁷ <http://en.kremlin.ru/events/president/news/70565>

⁶⁸ <http://en.kremlin.ru/events/president/transcripts/67843> avsnitt 31.

⁶⁹ <http://en.kremlin.ru/events/president/transcripts/67843> avsnitt 34.

⁷⁰ <http://en.kremlin.ru/events/president/transcripts/67843>

⁷¹ <http://en.kremlin.ru/events/president/transcripts/67843>

og Ukraina angivelig er i ferd med å iverksette et angrep mot Russland. Russland har angivelig ikke annet valg enn å angripe.

Hovedargumentet er at retten til selvforsvar under FN-pakten gjelder på grunnlag av NATOs ekspansive virksomhet i form av økning i militær tilstedeværelse og økning i antall medlemmer, samt at et angrep mot Russland angivelig forberedes⁷². Russland hevder at de har en rett til selvforsvar under FN-paktens art 51⁷³.

2.1.2 Folkemord som argument

I erklæringen av 24. februar 2022 uttrykte også Russland at formålet med spesialoperasjonen var å beskytte folket som er utsatt for folkemord⁷⁴.

Uttrykkelig sies det at *“The purpose of this operation is to protect people, who for eight years now, have been facing humiliation and genocide perpetrated by the Kiev regime”*⁷⁵.

Dette er av rettslig interesse fordi det benyttes et begrep som «*genocide*», altså folkemord. Begrunnelsen for at dette er rettslig interessant kan sies å ligge i det faktum at folkemord som grunnlag for intervensjon er et meget omdiskutert folkerettslig tema knyttet til maktforbudet, som NATO selv har iverksatt gjennom Operation Allied Force i 1999 som var en NATO-ledet luftoperasjon som hadde som formål å redde kosovoalbanere fra å bli massakrert⁷⁶.

Det kan også sies at dette grunnlaget gir inntrykk av at det anføres en form for subsidier anførsel slik man kjenner fra sivilrettslige prosesser med nedleggelse av flere påstander, herunder prinsipale og subsidiere påstander for en parts rett⁷⁷.

Det fremstår som at Russlands president legger til grunn at det pågår et folkemord i Donbass begått av Ukrainske styresmakter⁷⁸, og at for å hindre dette er det også nødvendig med bruk av makt. Dette reiser dermed en helt sentral folkerettslig omdiskutert problemstilling om hvorvidt stater bruk av makt, kan begrunnes og legitimeres i behovet for å beskytte et folk der staten selv svikter i sin plikt til å beskytte sitt folk.

⁷² <http://en.kremlin.ru/events/president/transcripts/67843> avsnitt 31.

⁷³ <http://en.kremlin.ru/events/president/transcripts/67843> avsnitt 35.

⁷⁴ <http://en.kremlin.ru/events/president/transcripts/67843>, avsnitt 36.

⁷⁵ <http://en.kremlin.ru/events/president/transcripts/67843>, avsnitt 36.

⁷⁶ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 129.

⁷⁷ Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen, Lasse Højlund Christensen, Clement Salung Petersen, 2020: s.103.

⁷⁸ <http://en.kremlin.ru/events/president/transcripts/67843> avsnitt 36.

Dette kan sies å være et argument som knytter seg til det man i folkeretten (jus ad bellum) har kalt humanitær intervensjon og har kommet til uttrykk i en FN-resolusjon om responsibility to protect (R2P)⁷⁹.

Det kan dermed med bakgrunn i Russlands erklæring indirekte sies at humanitær intervensjon på grunnlag av folkemord, er et argument som benyttes for invasjonen.

2.1.3 Sammenfatning av Russlands argumenter

Punkt 2.1.1 i kombinasjon med punkt 2.1.2, kan holdt sammen sies å danne en argumentasjonslinje som går ut på at Russland prinsipalt påberoper seg retten til selvforsvar under FN-paktens art 51, og subsidiert humanitær intervensjon som grunnlag for å stanse et folkemord.

Spørsmålet er dermed hvorvidt disse kan tjene som grunnlag for Russlands invasjon av Ukraina, og det vises her til avhandlingens problemstilling, jf. punkt 1.2.

3. Staters bruk av makt

Stater opptrer på forskjellige internasjonale arenaer i alt fra handel og investeringer, til politikk og konflikt. Hver stat har sine interesser. På samme måte som konflikter kan oppstå på det mellommenneskelige nivå, kan konflikter også oppstå på det mellomstatlige nivå. Hvert individ har sine interesser. Dette kan skape et spenningsforhold mellom stater, der alle har like eller ulike interesser i å oppnå internasjonal suksess og gjennomslag for sin politikk og ideologi.

Historien viser at statene i søken etter gjennomslag for sine krav, ofte kan innebære bruk av midler som medfører maktbruk eller trussel om maktbruk ovenfor andre stater. Som eksempel kan Münchenavtalen nevnes under opptakten til den andre verdenskrig⁸⁰. Münchenavtalen ble inngått fordi Hitler krevde at Tsjekkoslovakia skulle avstå Sudetland til Tyskland. Hitler truet med militær maktbruk som pressmiddel⁸¹. Etter den andre verdenskrig bestemte verdenssamfunnet seg for å forby staters bruk av makt i deres mellomstatlige forhold gjennom etableringen av FN-pakten, kjent som maktforbudet.

⁷⁹ A/RES/63/308 og A/RES/60/1

⁸⁰ https://snl.no/andre_verdenskrig#-Bakgrunn_og_forutsetninger

⁸¹ <https://ndla.no/subject:1:9132d125-4d8f-41a6-b61d-77741662d5a9/topic:4:182163/topic:3:184957/topic:2:168758/resource:1:168761>

3.1 FN-pakten og forbudet mot staters bruk av makt: Hovedregelen

FN-pakten er et dokument der omtrent alle verdens stater er parter. FN-pakten er inndelt i 19 kapitler med totalt 111 artikler. Blant disse artikler er det gitt bestemmelser som setter rammer for statenes mellomstatlige opptreden, herunder forbudet mot staters bruk av makt som handlingsverktøy i mellomstatlige forhold⁸². FN-pakten legger med dette opp til et forbud mot maktbruk, men åpner også i visse tilfeller for maktbruk⁸³. Dette kan utledes av FN-paktens art 2.4, 42 samt 51.

Utgangspunktet om staters maktbruk kan tas i FN-pakten art 2.4⁸⁴. Det følger av ordlyden at:

«All members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.»⁸⁵

Ut fra en språklig forståelse kan ordlyden sies å legge til grunn at stater skal avstå fra trussel om bruk av makt, og bruk av makt, mot en annen stats territorielle integritet, politiske uavhengighet, eller handlinger som på annen måte er i strid med FN-paktens formål.

Utgangspunktet kan derfor etter ordlyden sies å være at statenes maktbruk i mellomstatlige forhold er forbudt, jf. FN-paktens art 2.4. Bestemmelsen er tatt inn i FN-paktens kapittel om formål og prinsipper, og kan på den bakgrunn anses som et hovedprinsipp for statene⁸⁶. Det er dermed ikke simpelthen «bare» en regel, men også en «*hjørnestein i FN-pakten*»⁸⁷ for å oppnå FNs formål om internasjonal fred og sikkerhet⁸⁸.

Forbudet i art 2.4 er også uttrykk for folkerettslig sedvanerett⁸⁹. Dette er lagt til grunn i sekundære folkerettskilder som ICJ-praksis og folkerettsteori⁹⁰. Når forbudet i FN-pakten art 2.4 er uttrykk for folkerettslig sedvanerett innebærer dette at alle verdens stater er bundet av forbudet⁹¹. Statene er altså av den oppfatning (*opinio juris*) at maktbruk er forbudt, og statene

⁸² Se her særlig FN-paktens kapittel 1 og 6.

⁸³ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 202.

⁸⁴ Ole Espersen, Frederik Harhoff, Ole Spiermann, 2002: s. 272.

⁸⁵ FN-pakten, 1945: art 2.4.

⁸⁶ FN-pakten, 1945: art 2.4, jf. kapitteloverskriften.

⁸⁷ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 91.

⁸⁸ (FN PAKTEN) De forente nasjoners pakt, art 1.

⁸⁹ Ole Espersen, Frederik Harhoff, Ole Spiermann, 2002: s. 272 - 273.

⁹⁰ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 201 – se her også saken: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, avsnitt 188.

⁹¹ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 201.

opptrer objektivt sett også slik. Dette medfører den konsekvens at ingen stater er berettiget i å bruke makt mot en annen stat «*uavhengig av om de er bundet av FN-pakten*»⁹².

I juridisk litteratur er det også vist til at hovedregelen om maktforbudet i FN-pakten ikke bare er uttrykk for sedvanerett, men også en ufravikelig regel kjent som *Jus Cogens*⁹³. Dette innebærer i så fall at ingen stater kan avtale seg bort fra forbudet, og krystalliserer dermed hovedregelen ytterligere med det resultat at forbudet begrenser staters adgang til å avtale seg bort fra forbudet. Dette har også en side til statenes suverenitet.

Til tross for at en stat i kraft av suverenitetsprinsippet, står fritt til å selv velge sine utenrikspolitiske virkemidler⁹⁴, begrenses denne adgangen i seg selv av suverenitetsprinsippet ved at andre stater har en rett til fravær fra inngripen⁹⁵. Det er denne retten FN-pakten sikrer.

En stats adgang til å bruke et virkemiddel beror derfor på hvorvidt det konkrete virkemiddelet er omfattet av forbudet i FN-paktens 2.4. Dersom virkemiddelet er å anse som en maktbruk i strid med FN-pakten, vil det være forbudt.

Avgjørende vil være om terskelen for hva som kan sies å være makt er overtrådt. Hvorvidt terskelen er overtrådt kan sies å bero på en konkret vurdering av om den enkelte stats handlinger er å anse som «*use of force*». Dermed vil det være helt nødvendig å fastlegge grensene for hva som er å anse som «*use of force*».

3.1.1 «*use of Force*»

FN-pakten art 2.4 oppgir ikke uttrykkelig hvilken opptreden som forbys foruten å nedlegge et generelt forbud mot maktbruk i mellomstatlige forhold.

Ordlyden «*use of force*» kan i oversatt betydning sies å være synonymt med «*bruk av makt*». Ordlyden kan sies å danne en terskel. Maktbruk er forbudt. Likevel er ordlyden vag. Her kan FN-paktens formål være veiledende som et relevant tolkningsverktøy i presiseringen av ordlyden. FN-paktens hovedformål fremgår av art 1 der ett av flere formål er å opprettholde internasjonal fred og sikkerhet⁹⁶.

Når ordlyden «*use of force*», eller «*bruk av makt*» - i oversatt betydning- er valgt kan det ha en sammenheng med at forbudet er ment å favne bredt, slik at FN-paktens formål sikres på

⁹² Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 91.

⁹³ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 90.

⁹⁴ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 198.

⁹⁵ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 198.

⁹⁶ FN-pakten, 1945: art 1.1.

best mulig måte⁹⁷. Dette vil gi bestemmelsen et meget bredt anvendelsesområde og vil dermed gå bredt ut i å sikre internasjonal fred og sikkerhet. Følgelig vil en rekke statshandlinger og maktmiddelbruk utad dermed kunne være omfattet.

En bruk av makt kan forstås å omfatte bruk av alt fra politiske midler til bruk av atombomber. Dette vil imidlertid muligens være en for bred forståelse av ordlyden, da ordlyden i overensstemmelse med formålet kan innskrenkes til å omfatte de maktmidlene som kan utgjøre en trussel mot formålet. Å benytte politiske midler som diplomati vil derimot være en styrke for internasjonal fred og sikkerhet, og kan anses som et middel av innflytelse, ikke makt. Dermed er det grunnlag for at terskelen for hva som er å anse som «*use of force*» heves til å omfatte andre handlingsmidler enn diplomatiske midler.

Bruk av makt kan isolert sett sies å omfatte de fysiske handlinger en stat utøver ved å påvirke eller tvinge en annen stat mot dens vilje, for å etterkomme dens krav. «*Makt*» kan dermed være et synonym til tvang. Med andre ord kan ordlyden forstås å være et mellomstatlig fenomen som inntreffer på et tidspunkt der en annen stat ikke lenger fritt kan velge et utfall, og dermed tvinges til å underkaste seg.

En stats ytterste tvangs-institusjon kan sies å være den stående militære forsvarsmakten. Dersom en stat benytter seg av militære styrker for å tvinge en annen stat til å avstå landområder, eller foretar målrettede oppdrag på en annen stats territorium, vil dette være omfattet av ordlyden, fordi den offensive staten utøver tvangsmyndighet og krenker den territorielle integriteten⁹⁸. Dette er følgelig bruk av fysisk militær makt, som kan sies å være ett av flere verktøy en stat har for å oppnå sitt formål.

At begrepet «*use of force*» omfatter slike metoder kan utledes av både Declaration of friendly relations (DFR)⁹⁹ og Resolusjon 3314 (XXIX)¹⁰⁰¹⁰¹.

Det følger av DFR punkt 1, at en aggresjonskrig statuerer en forbrytelse mot freden, jf. ordlyden «*war of aggression*». Internasjonal fred og sikkerhet er som nevnt, FN-paktens altoverveiende hovedformål, hvilket innebærer at en aggresjonskrig er i strid med formålet i FN-pakten, og dermed at en aggresjonskrig er omfattet av forbudet i FN-pakten art 2.4.

⁹⁷ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s.202, punkt 3.3.

⁹⁸ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 91.

⁹⁹ Declaration on Principles of International Law concerning Friendly relations and Co-operation among States in accordance with the charter of the United Nations (Declaration of Friendly Relations) punkt 1.

¹⁰⁰ <https://digitallibrary.un.org/record/190983>

¹⁰¹ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s.201.

En aggresjonskrig kan basert på en allmennoppfattelse, sies å være en makthandling ved at en stat aktivt har gått til angrep mot en annen stat. Denne staten er det man kan benevne som «aggressoren». En aggressor er på latin, den som angriper en annen¹⁰². Det kan derfor forklares som en forsettlig krig. Denne forståelsen av uttrykket «*war of aggression*» kan forankres i FN-resolusjon 3314 (XXIX) av 14. desember 1974, artikkel 1.

Her defineres er aggresjon som bruken av «*armed force*», eller «*væpnet makt*» i oversatt betydning¹⁰³. Væpnet makt kan være et synonym til krigsmakt, militære styrker, stridsmakt eller eksempelvis militært forsvar¹⁰⁴. Dette kan videre inndeles i forswarets luftmakt, landmakt eller sjømakt, også kjent som militære våpengrener. I de senere år har også cyberforsvar blitt relevant, og kan trolig legges inn som en cybermakt. Det er altså tale om en stats væpnede verktøy.

Det kan dermed som utgangspunkt utledes at forbudet mot bruk av makt, relaterer seg til bruken av militære styrker som maktmiddel i et mellomstatlig forhold. Med andre ord et forbud mot at statene «*har lov til at anvende væbnet magt mod andre stater*»¹⁰⁵. En slik bruk av makt vil dermed etter ordlyden, formålet og aggresjonsdefinisjonen overstige terskelen, og være omfattet av maktforbudet.

FN-paktens art 51 kan også tjene som en tolkningsfaktor for forståelsen av maktforbudets omfang. Ser man FN-paktens art 2.4 i sammenheng med art 51 om selvforsvar og ordlyden «*armed attack*», er det naturlig at et «*armed attack*» fordrer en bruk av «*armed force*».

Sistnevnte er en konkret maktbruksform, hvilket innebærer at det generelt sett er omfattet av forbudet. Dermed kan det sies at ordlyden omfatter staters bruk av væpnet makt¹⁰⁶.

Bestemmelsen er altså ikke avgrenset til å kun omfatte aggresjonskrig, men også alle former for væpnet maktbruk¹⁰⁷.

FN-pakten art 51 har ordlyden «*armed attack*» og er språklig sett en mer konkretisert form for maktbruk, og kan dermed forstås å være snevrere enn uttrykket «*use of force*» i FN-pakten art 2.4¹⁰⁸. En sammenhengende forståelse innebærer at terskelen for når det foreligger et væpnet angrep er høyere enn terskelen for når det foreligger en bruk av makt¹⁰⁹. Som

¹⁰² <https://naob.no/ordbok/aggressor>

¹⁰³ RES 3314 (XXIX) art 1.

¹⁰⁴ <https://naob.no/ordbok/stridsmakt>

¹⁰⁵ Ole Espersen, Frederik Harhoff, Ole Spiermann, 2002: s. 272.

¹⁰⁶ Stuart Casey-Maslen, 2020: s. 22.

¹⁰⁷ Stuart Casey-Maslen, 2020: s. 22.

¹⁰⁸ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 202.

¹⁰⁹ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s.113.

tolkningsmoment i fastleggelsen av «*use of force*» vil dette kunne medvirke til den forståelse at mange statshandlinger mot en annen stat kan være omfattet av maktforbudet, men ikke alle disse utløser retten til selvforsvar¹¹⁰. Dette kan illustreres med et eksempel fra praksis.

I saken fra ICJ mellom USA vs. Nicaragua er det gitt presiseringer som knytter seg til forbudet i FN-pakten art 2.4. I denne saken hadde USA påberopt seg kollektivt selvforsvar på vegne av El-Salvador, på bakgrunn av at Nicaragua hadde bistått opprørsgrupper i El-Salvador med støtte. USA minela havner i Nicaragua, og hjalp opprørere med opptrening og støtte i form av trening i gerilja-taktikk til opprørsgruppen Contras som var i opposisjon til Nicaraguas sittende regjering¹¹¹. Spørsmålet i saken var blant annet om USA hadde brutt folkeretten som følge av støtten til opprørsgruppen Contras, og mineleggingen av Nicaraguas havner. Retten kom til at dette var tilfellet, fordi handlingen Nicaragua hadde foretatt mot El-Salvador ikke var av slik skala og omfang at det utløste en selvforsvarsrett for USA. Derimot uttalte retten dog at en slik handling kunne være omfattet av maktforbudet eller intervensjonsforbudet¹¹².

Sakens premisser er interessante i forhold til FN-paktens art 2.4 fordi premissene har direkte interesse for forståelsen av forbudets omfang i hva som er å anse som maktbruk og ikke, samt hvilke enheter som må anses omfattet og ikke. Konkret uttalte retten:

*“Court does not believe that the concept of "armed attack" includes not only acts by armed bands where such acts occur on a significant scale but also assistance to rebels in the form of the provision of weapons or logistical or other support. Such assistance may be regarded as a threat or use of force, or amount to intervention in the internal or external affairs of other states”*¹¹³.

Retten trekker frem at maktforbudet kan være brutt dersom en stat støtter en opprørsgruppe i en annen stat, men at slik støtte ikke utløser retten til selvforsvar. Retten belyser dermed godt

¹¹⁰ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, avsnitt 195.

¹¹¹ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14.

¹¹² Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, avsnitt 195.

¹¹³ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, avsnitt 195

at maktforbudet omfatter alt fra materiell og finansiell støtte, våpenstøtte og konkrete væpnede angrep¹¹⁴. Retten trekker maktforbudets nedre grense.

Retten uttalte også at et «*armed attack*» ikke bare omfatter handlinger begått av regulære militære styrker på en annen stats territorium, men også deployering av irregulære styrker, grupper, leiesoldater som utfører «*armed attacks*»¹¹⁵ eller har en «*substantial involvement therein*»¹¹⁶. Dette er også ansett som folkerettslig sedvanerett og noe ICJ også presiserte.

Det kan dermed sies at en handling som kan anses som et væpnet angrep etter FN-paktens art 51, og som utløser selvforsvar, også er omfattet av maktforbudet i FN-paktens art 2.4.

Når en handling på en annen side, ikke utgjør et væpnet angrep etter FN-pakten art 51, for eksempel materiell eller finansiell støtte, er det ikke en automatikk i at dette ikke er en maktbruk etter art 2.4, jf. ovenfor.

I dette ligger det dermed at art 2.4 omfatter leveranser av våpen til grupperinger og andre ukonvensjonelle stridsenheter og dermed ikke kun omfatter deployering av militære styrker (aggresjonskrig) som maktmiddel¹¹⁷. Samtidig innebærer resonnementet fra ICJ at ikke all maktbruk innebærer en automatisk rett til selvforsvar og at terskelen for at noe er å anse som maktbruk, er lavere enn terskelen for retten til selvforsvar.

Det kan på den bakgrunn utledes at «*use of force*» også omfatter de tilfeller der en stat bruker grupper som spesialavdelinger, kontraktører eller andre grupper, der denne stat har en betydelig involvering. Dette utvider ordlyden «*use of force*» til å ikke bare omfatte en stats bruk av konvensjonelle militære virkemidler, men også å omfatte bruk eller støtte av ukonvensjonelle enheter og grupperinger som utfører angrep eller påvirkning mot en annen stat ved å forsyne gruppen, slik at denne kan oppfylle sitt operasjonelle og taktiske mål¹¹⁸.

I Folkerettsteorien er det også uttrykt at «*use of force*» ikke kun omfatter handlinger som innebærer kinetisk energi, men at også andre våpen som kjemiske våpen, elektroniske våpen

¹¹⁴ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, avsnitt 195.

¹¹⁵ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, avsnitt 195

¹¹⁶ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: 202.

¹¹⁷ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s.202.

¹¹⁸ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s.202.

og biologiske våpen er omfattet¹¹⁹. Terskelen er altså lav, men avgrenser mot handlinger som faller inn under forbudet mot intervensjon i FN-pakten art 2.7.

Maktforbudet kan derfor sies å både forby maktbruk gjennom direkte bruk av militære enheter og irregulære styrker, og er ikke begrenset til kinetisk maktbruk¹²⁰. Omfattet er også indirekte bruk av andre grupperinger gjennom trening, forsyning og støtte til disse¹²¹.

3.1.2 «threat»

Utover direkte og indirekte maktbruk følger det også i FN-pakten art 2.4 at også trusselen om maktbruk er omfattet, jf. ordlyden «*threat*». En trussel kan ut fra en allmenoppfattelse sies å være både en verbal handling etterfulgt av et pressmiddel med hensikten om å tvinge motstanderen i ønsket retning, og faktisk opptreden som skaper en frykt.

Ordlyden kan dermed isolert sett forstås å omfatte en stats verbale utsagn som impliserer en fare ved å ikke opptre i overenstemmelse med statens verbale utsagn. Et slikt utsagn kan være en stats krav ovenfor en annen om for eksempel å avstå et territorium, eller selv å bli erobret.

Enkelte har hevdet at «*hvor maktbruken i seg selv ville være ulovlig, er det også forbudt å true med dette*»¹²². Dette kan sies å være i overenstemmelse med både ordlyden og FN-paktens formål.

En trussel kan som nevnt også foreligge i en rent fysisk tilstand, som for eksempel oppsamling av militære styrker mot en stats grenser. Dette kan statuere en trussel, men likevel ikke på en slik måte at det er forbudt for en stat å forflytte sine styrker innad i staten, jf. suverenitetsprinsippet.

Eksempelvis kan nevnes at oppbevaring av atomvåpen, biologiske våpen eller i det heletatt å opprettholde en stående militær avdeling kan utgjøre en trussel mot en annen stat. Det faktum at en stat opprettholder et forsvar kan på mange måter anses som en trussel ovenfor alle andre omkringliggende stater, og dermed utgjøre en trussel mot FN-paktens formål, dog uten at dette nødvendigvis statuerer en faktisk trussel. Ordlyden kan derfor ikke sies å omfatte en varig tilstedeværelse av mulige trusler, men tvert imot en kvalifisert trussel.

¹¹⁹ Stuart Casey-Maslen, 2020: s. 22.

¹²⁰ Stuart Casey-Maslen, 2020: s. 22.

¹²¹ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s.202.

¹²² Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 202.

En kvalifisert trussel kan ut fra ordlyden sies å foreligge dersom trusselen utgjør en konkret truende opptreden om maktbruk som ellers er forbudt å faktisk utøve¹²³ mot en annen stats territorielle integritet eller politiske uavhengighet¹²⁴. Dette fordrer at trusselen rettes mot en motpart og derav at en stående hærstyrke i seg selv ikke er omfattet av forbudet, men trussel om bruk av denne vil være omfattet. Slike trusler må derfor kunne sies å være konkrete trusler om en maktbruk som ellers er forbudt å utøve¹²⁵.

3.2 Maktforbudet og Russlands invasjon av Ukraina 24. februar 2022

Analysen i punkt 3.1 viser at maktforbudet omfatter maktformen aggresjonskrig. Det vises her til punkt 3.1 når det gjelder selve defineringen av konseptet aggresjonskrig.

Som nevnt er hovedregelen i folkeretten at stater skal avstå fra å bruke makt i sine mellomstatlige forhold, jf. FN-paktens art 2.4 som også er uttrykk for folkerettslig sedvanerett.

Ser man maktforbudet i sammenheng med den russiske invasjonen av Ukraina vil det åpenbare spørsmålet være hvorvidt Russland har brutt maktforbudet i folkeretten.

For at Russland gjennom sin invasjon av Ukraina, skal kunne sies å ha brutt maktforbudet slik det fremgår av FN-pakten og folkerettslig sedvanerett, er det krav om at det er brukt eller truet om bruk av makt, jf. FN-pakten art 2.4 «*use of force*».

Et hovedvilkår for at det foreligger en overtredelse er at det skal foreligge en «*use of force*». Ordlyden og bestemmelsens materielle innhold er redegjort for under punkt 3.1.1 og 3.1.2. Det skal derfor på dette punkt foretas en konkret vurdering.

Ordlyden «*use of force*» omfatter som nevnt en rekke statlige handlinger og er ment å gi et bredt anvendelsesområde sett i lys av FN-paktens formål. Blant disse står aggresjonskrig som et meget alvorlig virkemiddel i mellomstatlige forhold, og er omfattet av maktforbudet som en av de alvorligste former for brudd på internasjonal fred og sikkerhet¹²⁶. Når Russland ved bruk av konvensjonelle militære styrker invaderer Ukraina vil det kunne argumenteres for at det er tale om en aggresjonskrig og dermed omfattet av maktforbudet.

¹²³ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 202.

¹²⁴ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 92

¹²⁵ Morten Ruud, Geir Nystuen, 2018: s. 202.

¹²⁶ Jf. DFR og RES 3314 (XXIX).

Hvorvidt det foreligger en aggresjonskrig, beror på om de faktiske forhold kan sies å være omfattet av definisjonen i RES 3314 (XXIX) art 1.

3.2.1 Vilkårene for en «war of aggression»

I definisjonen av «*war of aggression*» er det definert hva som er å anse som «*aggression*»¹²⁷. Ut fra denne definisjonen kan det utledes betingelser som kreves oppfylt for at det skal kunne sies å foreligge en «*aggression*».

Det er her tale om to kumulative vilkår der det andre vilkåret er innbyrdes alternative¹²⁸. Det skal 1: Foreligge en «*use of armed force by a State*», 2: «*against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another state, or in any other manner inconsistent with the Charter*»¹²⁹.

For det første, skal det altså være tale om «*use of armed force by a State*»¹³⁰. I ordlyden kan det utledes at det skal være tale om en bruk av væpnet makt fra en stat. Det er altså ikke en aggresjon ut fra en antitetisk tolkning, dersom den væpnede makten ikke er tatt i bruk mot en stat.

I tillegg, setter uttrykket «*armed force*» i motsetning til FN-paktens art 2.4 «*use of force*», et krav til typen maktbruk som kreves for å kvalifisere som aggresjon. Det er altså krav om en kvalifisert form for makt som utgjør et aggresjons-element. Den skal være væpnet. Det vises her til punkt 3.1.1 om hva væpnet makt er.

Det er også sedvanerettslig grunnlag for å si at væpnet makt kan utgjøre både regulære og irregulære styrker¹³¹.

Relevant for vurderingen av vilkåret er det faktum at Russland i februar 2022 deployerte mellom 100 000 og 190 000 soldater fra det russiske forsvaret¹³². Dette alene, peker på at det er tale om bruk av konvensjonelle styrker.

Videre er styrketyper relevant å vurdere fordi det sier noe om kampkraft og stridsdyktighet, som igjen kan gi en indikasjon på i hvilken grad det kan sies å være offensive, defensive eller passive styrker som dertil peker på aggresjonselementet.

¹²⁷ Jf. RES 3314 (XXIX).

¹²⁸ Jf. ordlyden «or».

¹²⁹ Jf. RES 3314 (XXIX) art 1

¹³⁰ RES 3314 (XXIX) art 1.

¹³¹ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, avsnitt 195

¹³² <https://www.fn.no/Konflikter/ukraina>

Når Russland benytter samtlige våpengrener i det russiske forsvaret, herunder: hær, sjø og luft, peker dette klart på at Russland har iverksatt operasjoner med både infanterister og stridsvogner samt fly, der de to sistnevnte kampfaktorer er å anse som «styrkemultiplikatorer»¹³³. Denne typen styrke er etter alt å dømme offensive, og er en bruk av konvensjonelle offensive militære midler, brukt i offensive operasjoner og utgjør et element som i høyeste grad kvalifiserer til å være en væpnet styrke. Dette trekker i retning av at det er tale om en aggresjonsinvasjon.

Når man ser styrkeantall i sammenheng med styrketypen, peker dette på at disse militære styrkene utgjør noe mer enn å være en væpnet gruppe, til forskjell fra Contras i USA vs. Nicaragua-saken. Det er ikke bare tale om konvensjonelle styrker, men også offensive profesjonelle styrker. Dette er angreps-enheter som infanterister, kavaleri, artilleri og luftstøtte. Disse sammenlagt utgjør – foruten atomvåpen – tradisjonelle offensive angrepsstyrker. I tillegg til dette er det også benyttet fallskjermjegere som i seg selv utgjør å være en meget offensiv kampstyrke ment til å eliminere og destabilisere bak fiendens linjer¹³⁴.

Det er på den bakgrunn, i overensstemmelse med en forståelse av ordlyden, og folkerettslig sedvanerett, at det kan sies at den russiske styrken samlet sett, klart utgjør å være en væpnet makt som følgelig også er tatt i bruk ved å deployere inn i Ukraina.

Det foreligger på dette punkt en «*use of armed force*».

For det andre skal maktbruken være rettet «*against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another state*»¹³⁵.

Det følger uttrykkelig av resolusjonens ordlyd at maktbruken skal være rettet mot suverenitet, territoriell integritet eller den politiske uavhengighet i en annen stat.

Det faktum at russiske styrker klart gikk inn i det som internasjonalt er anerkjent som den Ukrainske stats territorium, kan sies å utgjøre ikke bare en krenkelse av Ukrainas suverenitet, men også integritet og politiske uavhengighet, ved å tvinge frem en avståelse eller separasjon av Donbass-regionen gjennom militær maktbruk. Uavhengig av Russlands påstander er dette ansett som en invasjon av en annen stat¹³⁶.

¹³³ Joint Publication 3-05.1 Joint Special Operations Task Force Operations, 26. april, 2007, s. 394: Terms and definitions, «*force multiplier*». https://irp.fas.org/doddir/dod/jp3_05_01.pdf

¹³⁴ <https://snl.no/fallskjermjeger>

¹³⁵ RES 3314 (XXIX) art 1.

¹³⁶ RES 3314 (XXIX) art 3, stk.1, litra a og b.

Det er dermed klart tale om en troppeforflytning av grenseoverskridende karakter som følgelig innebærer en krenkelse av Ukrainsk suverenitet og territoriell integritet, med formål om å endre og å påvirke den Ukrainske befolknings politikk med hensyn til Donbass-regionens tilhørighet. Dermed kan det sies at det foreligger en handling som er omfattet av begrepet «*aggression*» slik det er definert i resolusjonens art 1. Dette kan i forlengelse av art 1, understøttes av resolusjonens art 3 som utgjør en samlebestemmelse av typetilfeller som statuerer aggresjonshandlinger.

Det følger av i RES 3314 (XXIX) art 3, litra a-g, en rekke handlinger som utgjør aggresjonshandlinger. Denne listen er ikke uttømmende, jf. ordlyden i art 4, «*not exhaustive*».

Aggresjonshandling foreligger eksempelvis dersom det er tale om en «*invasion or attack by the armed forces of a State of the territory of another State*», jf. litra a. Det foreligger også aggresjonshandling dersom det er tale om «*Bombardment by the armed forces of a State against the territory of another State*», jf. litra b.

Det følger videre av ordlyden «*any of the following acts, qualify as an act of aggression*», jf. art 3. Dette innebærer etter en språklig forståelse av ordlyden at det er tilstrekkelig at en av de oppramsede aggresjonshandlingene er forekommet.

Når Russland dermed har deployert soldater, stridsvogner og artilleri over Ukrainas internasjonalt anerkjente grenser, samt bombet Kyiv, er dette klart handlinger som etter resolusjonens art 3, jf. art 1 statuerer en «*act of aggression*». Dermed bryter Russland klart hovedregelen i FN-paktens art 2.4 helt konkret gjennom en «*act of aggression*».

Det overnevnte utgjør, en aggresjonskrig¹³⁷. Krigen i Ukraina kan derfor defineres som en aggresjonskrig, til tross for at Russland titulerer det hele som en «*spesialoperasjon*». Denne spesialoperasjonen er uavhengig av sitt navn å anse som en av folkerettens groveste maktbruksformer, og statuerer kjernen av det både FN-paktens formål og art 2.4 er ment å hindre.

3.4 Delkonklusjon

Maktforbudet i FN-pakten art 2.4 står som den klare hovedregelen i folkeretten, og fastsetter en terskel for hva som er å anse som maktbruk. Forbudet omfatter bruk av eller trussel om bruk av militære, paramilitære grupperinger som truer en stats territorium og selvråderett,

¹³⁷ RES 3314 (XXIX) art 3, jf. art 1.

støtte til slike grupper, eller handlinger som på annen måte truer internasjonal fred og sikkerhet.

Forsyning av slike grupperinger er også omfattet, men ikke slik at det nødvendigvis gir rett til selvforsvar. Dette kan utledes av FN-pakten, og praksis fra ICJ. Det er altså et skille mellom hva som er maktbruk på den ene siden, og hvilken maktbruksform som legitimerer selvforsvar på den andre siden¹³⁸. Dette indikerer at terskelen i maktforbudet er lavere enn terskelen for retten til selvforsvar¹³⁹.

Hvorvidt terskelen er overskredet må bero på en konkret vurdering av den konkrete handlingen der avgjørende er om den konkrete handlingen herunder maktbruken eller trusselen om maktbruk er omfattet av FN-pakten.

Når det kommer til Russlands invasjon av Ukraina, kan det til dette sies at det ut fra de konkrete forhold med hensyn til styrketype og mengde samt overtredelse av en internasjonal grense, foreligger en maktbruk som er å anse som aggresjonskrig. Maktbruken er dermed etter utgangspunktet i strid med maktforbudet, og spørsmålet videre er dermed om maktbruken likevel er omfattet av folkerettens unntak, se her kapittel 4.

4. Unntakene fra maktforbudet

4.1 Kort om unntakene

Selv om hovedregelen utgjør et bredt forbud mot bruk av makt, er det enkelte situasjoner der maktbruk ovenfor en annen stat eller gruppering er, eller kan være legitim. Denne legitimiteten kan utledes blant annet av suverenitetsprinsippet, herunder en stats rett til å beskytte sitt territorium¹⁴⁰.

Den rettslige situasjonen i dette kapittelet er altså at en stat bruker eller ønsker å bruke makt mot en annen stat, og derav reises spørsmålet om hvorvidt maktbruken kan begrunnes legitimt og i hvilket omfang statene har adgang til å bruke makt.

¹³⁸ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, avsnitt 195

¹³⁹ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 202.

¹⁴⁰ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 203.

FN-pakten angir som utgangspunkt to unntak fra hovedregelen om maktforbud¹⁴¹, 1: Vedtak i FNs sikkerhetsråd, og 2: Selvforsvar under FN-paktens art 51¹⁴². Begge utgjør statenes adgang til å bruke makt¹⁴³. Disse vil bli behandlet under punkt 4.2 og 4.3.

Det er verdt å nevne at, siden unntakene utgjør det rettslige handlingsrom og rammene for rettslig legitim maktbruk i mellomstatlige forhold, kan også unntakene være subjekt for misbruk ved at den som bruker makt, ofte begrunner maktbruken i eksempelvis selvforsvar¹⁴⁴. Dette begrunner en stadig behandling av reglene om staters bruk av makt og er i høyeste grad relevant for dagens verdenssituasjon¹⁴⁵.

Innen rettsvitenskapen er det vist at partene i en krig ofte har samme begrunnelser. Cecilie Hellestveit & Gro Nystuen, 2020: 92 fremholder at:

«En gjennomgang av begrunnelser for maktbruk i det 20. århundre viser forbløffende like begrunnelser for kriger som er lovlige og ulovlige»¹⁴⁶.

I dette ligger det altså at unntakene fra maktforbudet brukes som rettslig grunnlag for å legitimere sin maktbruk. Denne teoretiske belysningen av statenes begrunnelser tjener som et meget godt eksempel på veien i å påstå at statene altså viser til et unntak fra maktforbudet når de bruker makt, som for eksempel også Russland gjorde når de iverksatte invasjonen av Ukraina, 24. februar 2022¹⁴⁷.

Påstand om selvforsvar på den ene siden, og selvforsvarets folkerettslige legitimitet på den andre siden, er to selvstendige forhold og ikke det samme. Når Russland dermed som nevnt over utøver det som ligger i kjernen av FN-pakten art 2.4 om aggresjonskrig, og RES 3314 (XXIX) art 1, jf. art 3, er det dermed helt avgjørende å fastlegge unntakenes innhold.

4.2 Unntak 1: Vedtak i FNs sikkerhetsråd

Det kan av FN-pakten art 42 utledes 3 kumulative vilkår for tiltak som innebærer bruk av makt. Dette utgjør i lys av FN-pakten art 2.4 et unntak fra maktforbudet¹⁴⁸. Dette punktet behandles kort på bakgrunn av at Sikkerhetsrådet i den pågående konflikten avhandlingen retter seg mot, er fastlåst. Dette fordi Russland som part i konflikten er en vetomakt, og

¹⁴¹ Ole Espersen, Frederik Harhoff, Ole Spiermann, 2002: s. 274.

¹⁴² Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 90.

¹⁴³ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 202.

¹⁴⁴ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s.92.

¹⁴⁵ Dato: 15.3.2023.

¹⁴⁶ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s 92.

¹⁴⁷ <http://en.kremlin.ru/events/president/transcripts/67843>

¹⁴⁸ Ole Espersen, Frederik Harhoff, Ole Spiermann, 2002: s. 278.

dermed utgjør en særlig utfordring for Sikkerhetsrådets handlekraft og skikkethet til å fatte vedtak for å sikre internasjonal fred og sikkerhet¹⁴⁹.

Ordlyden «*Should the Security Council consider that measures provided for in Article 41 would be inadequate*», kan i lys av ordlyden «*not involving use of armed force*» i art 41, forstås slik at Sikkerhetsrådet i samsvar med FN-pakten art 42, kan fatte vedtak om bruk av væpnet makt¹⁵⁰.

For at slik makt skal kunne brukes som tiltak for å opprettholde eller etablere internasjonal fred og sikkerhet, kreves det at betingelsene er oppfylt.

For det første, skal det foreligge trussel som nevnt i art 39. I dette ligger det at det skal være tale om en konkret trussel mot internasjonal fred og sikkerhet.

For det andre, følger det av ordlyden at tiltak som ikke innebærer maktbruk skal vise seg å være utilstrekkelig eller vil være utilstrekkelig¹⁵¹. Ordlyden legger opp til at Sikkerhetsrådet ikke er forpliktet til å først uttømme mindre inngripende tiltak¹⁵². Det er tilstrekkelig at de vurderer at tiltak som ikke innebærer bruk av makt, vil være uforholdsmessig, jf. ordlyden «*would be inadequate*»¹⁵³.

Til sist, skal maktbruken være nødvendig for å gjenopprette internasjonal fred og sikkerhet. Dermed er det i ordlyden lagt til grunn at maktbruken er formålsbegrenset. Dette innebærer at maktbruken skal begrenses til det som er strengt nødvendig for å sikre freden. Resultatet blir dermed at Sikkerhetsrådet kan vedta at FN-styrker skal gjøre alt de kan for å gjenopprette internasjonal fred og sikkerhet, men heller ikke mer¹⁵⁴. Maktbruken avbalanseres på vektskålen med FN-paktens altoverveiende hovedformål – internasjonal fred og sikkerhet.

Dersom disse tre betingelser er oppfylt, kan militær maktbruk benyttes. Dette innebærer at medlemslandene kan deployere styrker som et styrkebidrag til en FN-operasjon. Dette er et selvstendig unntak fra maktforbudet¹⁵⁵.

¹⁴⁹ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 93

¹⁵⁰ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 97.

¹⁵¹ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 227.

¹⁵² Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 227.

¹⁵³ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 227.

¹⁵⁴ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 100.

¹⁵⁵ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 96.

4.3 Unntak 2: Statenes rett til selvforsvar – FN-pakten art 51

Hovedregelen er at stater skal avstå fra å bruke makt i sine mellomstatlige forhold¹⁵⁶. Fra hovedregelen om maktforbud er det unntak fra forbudet dersom det er tale om selvforsvar¹⁵⁷. Selvforsvar i et folkerettslig perspektiv, er en handling som foretas for å stanse eller slå tilbake et angrep fra en annen stat¹⁵⁸. Statenes rett til selvforsvar følger både av sedvanerett og FN-paktens art 51¹⁵⁹.

Selvforsvarsretten er altså ikke alene en rett i kraft av FN-pakten, men er også etablert gjennom langvarig folkerettslig sedvanerett¹⁶⁰. FN-paktens formål taler for at selvforsvarsretten under FN-paktens art 51 suppleres av sedvanerettens rammer. Formålet med FN-pakten er som nevnt å sikre internasjonal fred og sikkerhet, og taler derfor for at det gjelder en høy terskel for selvforsvar, hvilket sedvaneretten kan sies å etablere¹⁶¹.

Utgangspunktet etter FN-pakten er 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»*¹⁶².

Det følger uttrykkelig av ordlyden *«Nothing in the present Charter shall impair the inherent right»* i en oversatt betydning at, ingenting i FN-pakten skal svekke den iboende retten til individuelt eller kollektivt selvforsvar hvis et væpnet angrep skjer.

Ordlyden kan språklig sett sies å legge til grunn at maktforbudet i FN-pakten art 2.4 dermed ikke er til hinder for at en stat utøver selvforsvar. Selvforsvar kan altså etter ordlyden sies å ikke være omfattet av maktforbudet – forutsatt at betingelsene er oppfylt.

Suverenitetsprinsippet som en relevant tolkningsfaktor, kan også understøtte en slik forståelse ved at statene har rett til fravær fra ytre innblandinger og dermed også har retten til å motstå ytre innblanding om så med væpnet makt¹⁶³. Dette er et element av suverenitetsprinsippet ved at en stat ikke er underlagt noen andre staters myndighet eller tvang og dermed kan forsvare

¹⁵⁶ FN-pakten, 1945: art 2.4.

¹⁵⁷ FN-pakten, 1945: art 51.

¹⁵⁸ <https://snl.no/selvforsvar>

¹⁵⁹ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 112.

¹⁶⁰ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s.203.

¹⁶¹ Caroline-saken, brev av 24 april, 1841.

¹⁶² FN-pakten, 1945: art 51.

¹⁶³ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2020: s. 203.

sitt territorium¹⁶⁴. Suverenitetsprinsippet er lagt til grunn i folkerettslig sedvanerett med historisk bakgrunn og freden i Westerfalen¹⁶⁵. Prinsippet er også lagt til grunn i FN-paktens art 2.1¹⁶⁶.

En annen relevant tolkningsfaktor for en stats adgang til selvforsvar er FN-paktens formål. FN-paktens formål kan sies å bli sikret ved at selvforsvar fungerer som et motstykke til maktbruk ved at en eventuell angriper blir møtt med motangrep og dermed er et incentiv for en stat til å ikke angripe. Derimot er en angriper bedre tjent å heller søke fredelige løsninger. Selvforsvar vil etter dette være en formålstjenlig handling, i lys av FN-paktens hovedformål. Retten omfatter etter ordlyden både individuelt og kollektivt selvforsvar¹⁶⁷.

Individuelt forsvar kan språklig sett forstås slik at det er tale om at en stat forsvarer seg mot en annen¹⁶⁸. Kollektivt selvforsvar kan derimot ut fra ordlyden forstås som et tilfelle der andre stater, etter den angrepne stats forespørsel, utøver selvforsvar¹⁶⁹. Det er dog et sedvanerettslig krav for kollektivt selvforsvar, at den stat som er angrepet, skal anmode om støtte. ICJ har i saken USA vs. Nicaragua presisert at:

«there is no rule permitting the exercise of collective self-defence in the absence of a request by the State which regards itself as the victim of an armed attack»¹⁷⁰.

I dette ligger det at kollektivt selvforsvar kun kan utøves etter ønske og anmodning fra den stat som er angrepet¹⁷¹. Det er ikke adgang for en tredje- og fjerdestat å vise til selvforsvar på den angrepne stats vegne, uten at den angrepne, har anmodet om støtte i sitt selvforsvar¹⁷². Enkelt sagt, skal den som har selvforsvarsretten be om støtte¹⁷³.

Dette er i tråd med FN-paktens formål ved at internasjonal fred og sikkerhet kan sikres av et kollektiv av stater på forespørsel. Kollektivt selvforsvar er i realiteten et sterkt incentiv for en angriper til å trekke seg, eller avstå helt fra å angripe.

¹⁶⁴ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 21.

¹⁶⁵ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 22.

¹⁶⁶ FN-pakten, 1945: art 2.1.

¹⁶⁷ FN-pakten, 1945: art. 51.

¹⁶⁸ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 113.

¹⁶⁹ Ole Espersen, Frederik Harhoff, Ole Spiermann, 2002: s. 275 og Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 113.

¹⁷⁰ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, avsnitt 199.

¹⁷¹ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s.113.

¹⁷² Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 113.

¹⁷³ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 113.

Selvforsvarsretten gjelder dog ikke uinnskrenket og det er i kraft av FN-paktens formål grunnlag for å tolke adgangen til maktbruk restriktivt¹⁷⁴. For at det skal kunne sies å foreligge en rett til selvforsvar skal 8 vilkår være oppfylt. Disse kan utledes av folkerettens primærkilder herunder: FN-pakten art 51, supplert av folkerettslig sedvanerett, som uttrykkes av sekundærkilden til gjeldende rett, ICJ og folkerettslig teori.

4.3.1. Vilkårene for å kunne anvende selvforsvar som legitim maktbruk

4.3.1.1 Vilkår 1: «armed attack»

I FN-pakten art 51 fremgår det av ordlyden at selvforsvar er en rett dersom det blant annet er tale om «armed attack», jf. art 51. Det må derfor vurderes hva som er å anse som «armed attack».

Ordlyden «armed attack» kan språklig sett forstås slik at det er tale om at det skal foreligge et væpnet angrep¹⁷⁵. Til støtte for denne forståelsen kan det presiseres at dette også er lagt til grunn i den danske og norske utgaven av FN-pakten¹⁷⁶.

Ordlyden er vag med hensyn til hvilke angrepsformer bestemmelsen omfatter. Ordlyden i seg selv angir ikke noen rammer for hva som kan anses som et væpnet angrep utover at det skal være et væpnet angrep¹⁷⁷. Ser man dette i lys av FN-paktens formål om å sikre internasjonal fred og sikkerhet, er ikke vagheten tilfeldig. Ordlyden kan forstås å favne bredt, slik at bestemmelsen omfatter en rekke angrepsformer, og sikrer bestemmelsen et dynamisk unntak med hensyn til utvikling av maktmidler i fremtiden.

Det kan dog utledes at bestemmelsen setter et krav til en konkret form for maktmiddelbruk¹⁷⁸. Det er ikke tilstrekkelig at det kun er tale om en væpnet handling, den skal også angripe – altså ha et offensivt element, og setter dermed krav til offensivitet.

Ordlyden kan språklig sett forstås som et synonym til å «gå løs på» eller «begynne en kamp»¹⁷⁹. Et angrep er i militær strategi en kampform som innebærer at man tar angrepsinitiativet i forholdet mellom to eller flere parter¹⁸⁰. Dermed kan ordlyden «væpnet angrep» i et folkerettslig perspektiv, forstås slik at den omfatter hendelser der en stat begynner en væpnet kamp mot en annen stat. Dette tolkningsresultatet fører til at selvforsvarsretten for en

¹⁷⁴ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 113.

¹⁷⁵ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 204.

¹⁷⁶ Bekjentgjørelse 1945-11-22 nr.8 De forenede Nationers Pakt art 51 og De Forente Nasjoners pakt art 51.

¹⁷⁷ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 204.

¹⁷⁸ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 204.

¹⁷⁹ <https://naob.no/ordbok/angripe>

¹⁸⁰ <https://snl.no/angrep>

stat under FN-pakten art 51 nødvendiggjør at en annen stat tar initiativet til væpnet kamp/angrep.

Når ordlyden setter et krav til en konkret form for maktmiddelbruk kan dette sies å etablere en terskel for hva som utløser retten til selvforsvar.

Det er i punkt 3.1.1 lagt til grunn at «*armed attack*» språklig sett kan sies å innebære en mer konkretisert form for maktbruk, og er dermed har et snevrere anvendelsesområde enn uttrykket «*use of force*», slik at terskelen for når det foreligger et væpnet angrep er høyere enn terskelen for når det foreligger en bruk av makt¹⁸¹. Dette er også objektivt sett naturlig, sett i lys av at ikke all maktbruk er av en så alvorlig karakter at det legitimerer maktbruk som en selvforsvarshandling. Dette er også i overenstemmelse med en restriktiv forståelse av ordlyden, sett i lys av FN-paktens formål.

Terskelen er altså høy og skal være overskredet for at det skal kunne sies å foreligge et væpnet angrep. Denne vurderingen er ikke alltid like enkel, og kan by på utfordringer. ICJ har dog i saken mellom USA og Nicaragua, trukket enkelte rammer for inntreden av selvforsvar¹⁸².

Retten uttalte at:

«There appears now to be a general agreement on the nature of the acts which can be treated as constituting armed attack and must be understood as including not merely action by regular armed forces across an international border, but also the sending by, or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to (inter alia) actual armed attack conducted by regular forces or its substantial involvement therein»¹⁸³.

Når ICJ benytter «*appears to be a general agreement*» i sin forankring, kan dette sies å være en henvisning til staters praksis og opinio juris som danner grunnlag for å presisere innholdet i termen «*armed attack*».

Sedvaneretten ICJ viser til, presiserer ordlyden «*armed attack*» til å omfatte bruk av regulære militære styrker, irregulære styrker, leiesoldater eller andre grupper som utfører væpnede

¹⁸¹ Se her avhandlingenes punkt 3.1.1 og Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 204.

¹⁸² Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14.

¹⁸³ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, avsnitt 195.

makthandlinger på tvers av territorielle grenser¹⁸⁴. ICJ viser også her til RES 3314 (XXIX) art 3, litra g som videre oppgir at handlinger omfattet av litra g skal ha en viss tyngde slik at det utgjør en av de i litra a-f nevnte handlinger. Retten uttrykker videre at for at et væpnet angrep skal foreligge, skal handlingen være av en viss skala og effekt¹⁸⁵. Dermed er det avgjørende hvilket maktmiddel som er brukt, i hvilken skala det er brukt og hvilken effekt bruken har eller kan ha. Dette er også den folkerettsteoretiske oppfatning¹⁸⁶.

ICJ uttalte videre at: «*armed attacks may apply to the sending by a State of armed bands to the territory of another State, if such an operation, because of its scale and effects, would have been classified as an armed attack rather than as a mere frontier incident had it been carried out by regular armed forces*»¹⁸⁷.

Det kan utledes at en feilaktig grensekryssing av militære styrker ikke utgjør å være et væpnet angrep, med mindre handlingen er av en slik skala og effekt at det er et væpnet angrep¹⁸⁸.

Sentralt for terskelen er altså operasjonens skala og effekt. Dette legger med andre ord opp til at makthandlinger dermed må være av en viss tyngde og omfang for at den skal kunne utgjøre et væpnet angrep¹⁸⁹.

Hvorvidt terskelen er overskredet beror dermed på hvorvidt handlingen er av en viss skala og effekt¹⁹⁰.

En makthandling kan ha en forskjellig skala og effekt, da det eksisterer forskjellige virkemidler i verktøykassen over maktmidler en stat kan benytte. En deployering av konvensjonelle militære enheter inn i en annen stat er klart omfattet av ordlyden dersom den er av en viss skala og effekt og ikke opptrer som et rent uhell¹⁹¹. I andre tilfeller er det dog ikke like klart.

¹⁸⁴ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, avsnitt 195.

¹⁸⁵ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, avsnitt 195.

¹⁸⁶ Stuart Casey-Maslen, 2020: s. 58.

¹⁸⁷ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, avsnitt 195.

¹⁸⁸ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, avsnitt 195.

¹⁸⁹ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 113.

¹⁹⁰ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 113.

¹⁹¹ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, avsnitt 195.

Igjen, er saken ICJ behandlet mellom USA og Nicaragua av relevans. USA anførte i saken at Nicaraguas støtte til opprørsstyrker i El-Salvador utgjorde et væpnet angrep. Retten kom til at Nicaraguas bistand til opprørsstyrker i El-Salvador var et brudd på forbudet mot bruk av makt og subsidiert brudd på intervensjonsforbudet¹⁹². Likevel, konkluderte retten med at denne formen for støtte ikke utgjorde et væpnet angrep, og dermed at USA ikke kunne påberope seg kollektivt selvforsvar¹⁹³.

Selv om det i ovennevnte sak forelå et brudd på FN-pakten art 2.4 alternativt 2.7, materialiserte maktbruken seg ikke som et væpnet angrep. Bruddet var altså ikke av en slik skala eller effekt at det utgjorde et væpnet angrep. Dermed vil det være grunnlag for å utlede av praksis at ordlyden «*armed attack*» avgrenser negativt mot støtte til grupperinger innad i et land, og dermed ikke utløser en rett til selvforsvar etter hverken sedvaneretten eller FN-pakten art 51¹⁹⁴.

Til dette kan det tilføres at terskelen trolig vil være overtrådt ved slik støtte i de tilfeller der en stat bidrar med en mer aktiv og inngående støtte til en opprørsstyrke eller gruppering i en stat. Dette kan for eksempel være mentoringsoppdrag som består av opptrening, planlegging og målutvelgelse for gjennomføring av operasjoner innad i en stat. Dette kan trolig sees på som en mer offensiv bistand som kan utgjøre å være handlinger av en slik skala og effekt at det utgjør et væpnet angrep¹⁹⁵.

En slik forståelse kan sies å være i overenstemmelse med definisjonen av aggresjonskrig herunder RES 3314 (XXIX) art 3, litra g, som legger til grunn at en «*substantial involment therein*» er omfattet av definisjonen. En stats betydelige involvering i væpnede handlinger som pågår i en annen stat, kan være omfattet av resolusjonens samlebetegnelse over konkrete handlinger som utgjør en aggresjonshandling¹⁹⁶.

Det er altså ikke et krav at selve angrepet gjennomføres av «Stat X». Det er tilstrekkelig at «Stat X» har en betydelig innvirkning på det operasjonelle aspektet i den andre staten, hvilket samsvarer godt med en mer offensiv bistand enn logistisk støtte. Bistand til opptrening og

¹⁹²Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, avsnitt 195.

¹⁹³ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, avsnitt 195.

¹⁹⁴Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14., avsnitt 195.

¹⁹⁵ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, avsnitt 195.

¹⁹⁶ RES 3314 (XXIX) art 3, litra g.

planlegging er en aktivitet som kan representere en slik «*betydelig involvering*» i en handling som utgjør et væpnet angrep. Dette fordi opp trening og planlegging er avgjørende faktorer for en aksjons gjennomføring og suksess i et militærstrategisk perspektiv. Dette kan kalles en «operativ» bistandsform.

Når en slik operativ bistand gis, kan det sies at denne rettslig sett kan utgjøre en betydelig involvering og dermed være en form for «proxy war». Dette er en form for krigføring der «Stat X» ikke direkte selv utfører operasjonene, men tvert imot er tungt involvert i grupper som utfører væpnede operasjoner for denne, også kalt stedfortrederkrig¹⁹⁷. En slik operativ bistand vil trolig være av en slik skala og effekt at retten til selvforsvar utløses, særlig dersom «Stat X» planlegger, trener og bevæpner en gruppering i en annen stat. Det motsatte ville trolig uthule selvforsvarsretten.

I saken mellom USA og Nicaragua la retten til grunn at for at en støtte til en gruppe skal kunne sies å utgjøre folkerettslig ansvar, må det bevises at den støttende staten har hatt «*effective control*» over de paramilitære operasjonene¹⁹⁸. Med andre ord vil det anses som en kvalifiserende maktbruk dersom en stat utøver effektiv kontroll med en opprørsstyrke eller gruppe, som har sitt operasjonsteater på en annen stats suverene territorium. Operativ støtte og effektiv kontroll kan trolig anses som to like konsepter, slik at operativ støtte muligens kan utløse retten til selvforsvar for en stat.

Som resultat kan det sies at terskelen for hvilke makthandlinger som anses som maktbruksform og som utgjør et væpnet angrep, ikke er statisk og fast. Ordlyden «*armed attack*» er altså ikke begrenset til å alene omfatte konvensjonelle militære frontlinje-angrep fra en stat mot en annen stat. Dette vil innebære en for snever tolkning av ordlyden.

Ordlyden omfatter også tilfeller der det er tale om benyttelse av irregulære styrker, grupper eller annen støtte, der en stat utøver effektiv kontroll og handlingen er av en viss skala og effekt som totalt utgjør en slik alvorlighetsgrad at det i realiteten er tale om et faktisk væpnet angrep¹⁹⁹. I en forlengelse utgjør dette aggresjonshandlinger²⁰⁰.

¹⁹⁷ <https://folkogforsvar.no/leksikon/stedfortrederkrig/>

¹⁹⁸ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, avsnitt 115.

¹⁹⁹ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, avsnitt 195.

²⁰⁰ RES 3314 (XXIX) art 3, litra g.

Det kan dermed på den ene siden sies at, terskelens grense, klart er overtrådt, dersom en stat invaderer en annen stat med konvensjonelle regulære, og irregulære styrker²⁰¹.

På den andre siden, er det ikke gitt at enhver maktbruk utløser en rett til selvforsvar²⁰².

Det er altså en sondering mellom de klart omfattede makthandlinger og makthandlinger som faller utenfor, der avgjørende for utfallet er den konkrete handlingens skala og effekt²⁰³.

Resultatet er dermed at vurderingen av vilkåret om armed attack/væpnet angrep, er bred men konkret. Handlinger som faller innenfor definisjonen av aggresjonshandlinger er klart omfattet²⁰⁴. Likevel vil enkelte makthandlinger være så perifere at de faller utenfor ordlyden og dermed ikke utløser en rett til selvforsvar²⁰⁵. Grensen mellom hva som er omfattet og ikke, er hårfin, der det avgjørende er hvorvidt en konkret handling er å anse som et væpnet angrep begrunnet i handlingens skala og effekt²⁰⁶. Relevante momenter som kan inngå i denne vurderingen kan være: maktmildelets størrelse, art og egnethet til å forårsake skade²⁰⁷. Desto mer offensiv våpenteknologi eller militæravdeling som benyttes, desto større skadepotensial er det nærliggende å tillegge maktmildelet, som igjen dermed kan utgjøre at terskelen for hva som er å anse som et væpnet angrep er overtrådt.

4.3.1.2 Vilkår 2 – «occurs»

Det følger av ordlyden i FN-pakten art 51, at selvforsvar er lovlig dersom et armed attack «occurs»²⁰⁸. Ordlyden «occurs» kan i oversatt betydning forstås å være et synonym til «inntreffer» eller «skjer», og utgjør derav å være en ordlyd i presensform²⁰⁹. Et sentralt spørsmål i folkeretten knytter seg til hvilke tidspunkter selvforsvaret kan utøves²¹⁰. Dette kan struktureres slik at ordlyden behandles som om den etablerer ytre grenser for utøvelse av selvforsvar, herunder på det tidligste tidspunkt, og det seneste tidspunktet for selvforsvarsutøvelsen.

²⁰¹ RES 3314 (XXIX) art 1, jf. art 3 litra a.

²⁰² Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 202.

²⁰³ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, avsnitt 195.

²⁰⁴ RES 3314 (XXIX) art 1, jf. art 3, litra a-g, jf. FN-pakten art 51.

²⁰⁵ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, avsnitt 195.

²⁰⁶ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, avsnitt 195.

²⁰⁷ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 113.

²⁰⁸ FN-pakten, 1945: art 51.

²⁰⁹ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 114.

²¹⁰ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 114

Når ordlyden er gitt presensform, kan det argumenteres for at det etter ordlyden kreves at angrepet er i gang, da presensform angir at en handling finner sted²¹¹. En slik isolert forståelse innebærer dermed at et angrep skal finne sted, før selvforsvar kan utøves. Det er dermed etter dette, i utgangspunktet ikke adgang for en stat til å anvende selvforsvar, dersom denne staten selv ikke er under angrep. En slik forståelse kan sies å være i overenstemmelse med bestemmelsen, og paktens formål. Enkelte folkerettsteoretikere har støttet et slikt synspunkt²¹².

Formålet med FN-pakten art 51 er å gi adgang for en stat til å bruke væpnet makt som motsvar til et væpnet angrep, og derav slå tilbake det folkerettsstridige angrepet. Med den forståelsen kan bestemmelsen sees på som en «sikkerhetsventil» for FN-paktens overveiende hovedformål om å sikre internasjonal fred og sikkerhet, samt suverenitet. Dette medfører at ordlyden «*occurs*» bør tolkes strengt, slik at selvforsvarsretten utløses når et angrep inntreffer.

Til tross for at ordlyden legger opp til at selvforsvar utløses når angrepet inntreffer og isolert sett gir inntrykk av å være en enkel vurdering om bestemmelsen tolkes bokstavelig, er det i teorien en diskusjon knyttet til når et angrep kan sies å inntreffe²¹³.

Det er ikke åpenbart på hvilket tidspunkt et angrep foreligger, men folkerettsteorien har fastsatt et utgangspunkt basert på statenes praksis og oppfatning.

Tidspunktet for hvorvidt det foreligger et angrep har i folkerettsteorien blitt vurdert til å bero på hvorvidt angrepet har «*materialisert seg*»²¹⁴.

Et materialisert angrep kan trolig defineres som et angrep i fysisk eller konkret form²¹⁵. Dette kan foreligge når militære styrker fysisk invaderer en annen stat på tvers av internasjonale grenser, eller oppsamlingen og forflytning av tropper, mot et konkret område, for eksempel de Alliertes ombordstigning og transport over den engelske kanal i morgentimene den 6. juni, 1944²¹⁶.

Tidspunktet for en materialisering av angrepet, kan sies å være et tidspunkt som varierer avhengig av hendelsesforløpets omstendigheter, og er situasjonspreget. Selvforsvarsretten vil trolig inntreffe mellom punktet der styrker forflyttes, til tidspunktet hvor disse faktisk og

²¹¹ https://naob.no/ordbok/presens_1

²¹² Stuart Casey-Maslen, 2020: s. 65-66.

²¹³ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 114.

²¹⁴ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 114.

²¹⁵ <https://naob.no/ordbok/materialisere>

²¹⁶ <https://snl.no/D-dagen>

rettslig overskrider folkeretten ved å invadere et naboland på tvers av internasjonale grenser. Materialiseringen av et angrep kan altså skje fra et angreps forberedelse og opptil gjennomføringsstadiet.

Tidspunktet for når et angrep er i gang og selvforsvarsretten utløses, er i folkerettsteorien pekt på som et «*stridstema*»²¹⁷, og ikke en enkel vurdering å foreta. Tidspunktet for inntreden av selvforsvar, kan forsøkes belyst ved å se til staters tidligere praksis knyttet til statenes oppfattelse av på hvilket tidspunkt en selvforsvarsrett utløses.

Til belysning av tidspunktet for inntreden av selvforsvar, kan det tas utgangspunkt i Caroline-saken²¹⁸. I denne saken hadde engelske styrker beveget seg inn i USAs territorium for å borde det amerikanske skipet Caroline, som ble brukt til å frakte våpen og opprørere fra USA - som ikke var en del av konflikten - til Canada. Formålet med bordingen var å stanse frakten av våpen og opprørere. Resultatet av operasjonen var at skipet ble satt fyr på, og sendt utfor Niagarafossen. Hendelsen kulminerte i en rekke brev mellom USAs utenriksminister, Daniel Webster og britiske myndigheter²¹⁹.

Denne saken er i ettertiden ansett som uttrykk for folkerettslig sedvanerett²²⁰ og er relevant fordi det i brevtvekslingen ble uttrykt at selvforsvar kun skal utøves når det er:

*«necessity of self-defence, instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation»*²²¹.

Utsagnet gir en viss veiledning ved å angi sedvanerettslige tolkningsfaktorer i forståelsen av uttrykket «*occurs*», og setter dermed betingelser til tidspunktet for angrepets materialisering, og inntreden av selvforsvarsretten.

Risikoen for angrep må være «*umiddelbar*» «*overveldende*», og «*ikke etterlate alternative handlemåter*» eller «*tid til forhandlinger*»²²².

Forstås uttrykket «*occurs*» i lys av sedvaneretten, vil ordlyden kunne forstås dit hen at et angrep inntreffer når det er nært forestående på et tidspunkt der det ikke lenger er mulig å påvirke situasjonen på annen måte enn å bruke makt for å forsvare seg. Til tross for at dette legger en streng grense for når et angrep inntreffer, er det likevel mulig å utlede at ordlyden

²¹⁷ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 114.

²¹⁸ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 203.

²¹⁹ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 203.

²²⁰ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 203.

²²¹ Caroline-saken, brev av 24 april, 1841.

²²² Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 116.

«occurs» kan utvides til å omfatte angrep som er nært forestående, og derav ikke enda har blitt gjennomført, men hvor dette i et tidsperspektiv kommer til å skje innen nær tid. Denne forståelsen har også støtte i folkerettsteorien²²³.

Tidspunktet for angrepets inntreden kan dermed utstrekkes fra selve angrepets gjennomføring, til et tidligere tidspunkt der det er en umiddelbar risiko for at et angrep kommer til å skje²²⁴.

Helt opplagt er det at en restriktiv forståelse av ordlyden innebærer at et angrep foreligger når konsekvensen har inntrådt, og derav at retten til selvforsvar her utløses først når han er angrepet. Likevel, kan ikke en restriktiv forståelse av ordlyden «occurs» sies å være rimelig dersom man legger ovennevnt sedvanerett og suverenitetsprinsippet til grunn som et tolkningsmoment.

Dette har støtte blant folkerettsteoretikere, der enkelte har tatt til orde for at det «er vanskelig å forlange at en stat som ser at et angrep kommer, skal sitte og vente uten å foreta seg noe»²²⁵.

Andre har fremholdt at «det ofte vil følges urimelig, om en stat blot passivt skulle acceptere, at den fjendtlige stat byggede et massivt angrep op, uden mulighed for at gribe ind førend selve angrebet blev indledt»²²⁶.

Noen har gått lengre i utstrekningen av tidspunktet ved å hevde, at vinduet for effektivt selvforsvar «may close long before the attack is to occur, for example, before a weapon of mass destruction can be transferred to a terrorist group intent on its use»²²⁷.

Det kan med andre ord, trolig ikke kreves at en stat skal akseptere et tap av egne borgeres liv, eiendom eller territorium før staten selv kan utøve selvforsvar²²⁸. Det kan i forlengelsen av dette, heller ikke forventes at en stat skal ha risiko for å bli utslettet fullstendig²²⁹. Dette vil trolig medføre en noe for streng tolkning av ordlyden, og vil innebære at en angriper alltid vil ha mulighet for å gjennomføre ett angrep, hvilket i seg selv kan resultere i at selvforsvarsretten blir meningsløs²³⁰.

²²³ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 116, og Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 207.

²²⁴ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 116.

²²⁵ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 207.

²²⁶ Ole Espersen, Frederik Harhoff, Ole Spiermann, 2002: s. 275.

²²⁷ Schmitt, M. N. (2003). International Law and the Use of Force: The *Jus Ad Bellum*. *Connections*, 2(3), 89–97. <http://www.jstor.org/stable/26323011>

²²⁸ Ole Espersen, Frederik Harhoff, Ole Spiermann, 2002: s. 275.

²²⁹ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 207.

²³⁰ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 117.

Et relevant moment som har blitt fremholdt i teorien er å avklare hvem av statene som har foretatt irreversible handlinger og dermed har krysset den «rettslige Rubicon»²³¹.

En irreversibel handling, kan være å plassere styrker tett opp til en grense, justere våpen og armere missiler slik at det representerer et nært forestående angrep. Dette til tross for at ingen våpen er avfyrt. Selv om materiell skade ikke har inntrådt, vil dette være en direkte fare for den andre partens suverenitet og territoriell integritet.

Momentet kan tjene som et argument for å utvide materialiseringstidspunktet og ordlyden «occurs» til å omfatte handlinger som er foretatt før handlingens konsekvens er inntrådt. Angrepstidspunktets inntreden legges altså ikke alene til hvem som fysisk har påført skade først, men til hvem av partene som har foretatt en handling som ikke kan trekkes tilbake.

Dersom argumentet om irreversible handlinger sees i lys av både FN-paktens formål om internasjonal fred og sikkerhet, men også suverenitetsprinsippet, kan argumentet fungere godt som et utgangspunkt for vurderingen av når et væpnet angrep er i gang, og dermed tjene som et veiledende holdepunkt for hvorvidt et angrep er nært forestående, og tidspunktet for inntreden av retten til selvforsvar.

I overensstemmelse med FN-paktens formål, vil en noe utvidet forståelse av uttrykket «occurs» innebære at en stat som planlegger et angrep vil ha et incentiv til å unnlate å angripe ved det faktum at den selv kan bli angrepet og dermed påført tap før angrepsplanen blir satt i verk. Dette medfører tap som igjen kan innebære at den som planla et angrep, selv blir svekket både militært og økonomisk, og muligens politisk. Dermed er en noe utvidet forståelse av begrepet trolig formålstjenlig for FN-pakten, til tross for at det er en makthandling – dog selvforsvar. En slik utvidet forståelse av ordlyden «occurs», danner trolig et sterkere incentiv, og kan sies å fungere til støtte for FN-paktens formål og oppfyllelse.

I et forsøk på å gjøre tidspunktet for inntreden av et angrep ytterligere forståelig, kan det vises til en velforklarende og beskrivende skissering av en selvforsvarsskala, laget av folkerettsteoretikere²³².

²³¹ Vita Upeniece, 2019: s. 3.

²³² Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 115, figur 2.1.

Enkelte har belyst tidspunktet for når et angrep «occurs» ved å skissere en sondering mellom inntrufne angrep og helt hypotetiske angrep²³³. Sonderingen inneholder tre stadier der et angrep kan sies å være (1) pågående, (2) nært forestående og (3) fremtidig angrep²³⁴.

I tilfelle 1 – når et angrep er pågående - kan det sies å omfatte de tilfeller der et land angriper et naboland²³⁵. Det er væpnede sammenstøt. Selvforsvar gjelder og er «en reaktiv reaksjon på et angrep»²³⁶.

I tilfelle 2 – når et angrep er nært forestående – kan det sies å omfatte de tilfeller der et angrep rent faktisk ikke er pågående, men likevel de situasjoner der et angrep er så nærme i tid, at å ikke handle vil innebære et tap av initiativ og derav muligens også større militært eller territorielt tap²³⁷. Angrep er altså ikke en realitet, men den umiddelbare konsekvensen av å ikke handle er et angrep. Selvforsvar er her et såkalt antesipert selvforsvar/forkjøpsangrep²³⁸.

I tilfelle 3 – når et angrep er fremtidig – kan dette sies å omfatte de situasjoner der et selvforsvar utøves mot det som i fremtiden vil materialisere seg som et væpnet angrep. Det er altså tale om preventivt selvforsvar²³⁹.

Ordlyden «occurs» kan altså forstås slik at det kreves at et angrep inntreffer. Hvorvidt et angrep inntreffer og derav utløser retten til selvforsvar, er ikke nødvendigvis en simpel vurdering. Hvorvidt vilkåret kan sies å være oppfylt beror på en konkret vurdering av om angrepet har materialisert seg. Dette er et krav utviklet i kraft av sedvanerett og folkerettsteori, der det kan sies å stilles strenge krav til selve tidspunktet for angrepets materialisering. Likevel, er ikke kravene så strenge at en stat skal stå i fare for å bli utslettet, og gode grunner taler for at ordlyden «occurs» tolkes utvidende til å også omfatte angrep som enda ikke har blitt gjennomført dog, likevel begrenset til det nært forestående²⁴⁰. Det konkrete tidspunktet er omdiskutert, og å fastslå et endelig tidspunkt for angrepets inntreden, vil trolig virke mot sin hensikt om å sikre internasjonal fred og sikkerhet²⁴¹, men det kan sies at den som foretar en irreversibel handling, trolig vil være den som opptrer folkerettsstridig, og blir objekt for selvforsvar.

²³³ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 115.

²³⁴ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 115 (figur).

²³⁵ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 115.

²³⁶ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 114.

²³⁷ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 116.

²³⁸ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 115.

²³⁹ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 115.

²⁴⁰ Ole Espersen, Frederik Harhoff, Ole Spiermann, 2002: s. 276.

²⁴¹ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 119.

Hittil har selvforsvarsinntredens tidligste tidspunkt blitt behandlet. Noe annet er det seneste tidspunkt for utøvelse av selvforsvar.

Dersom ordlyden i FN-pakten art 51 sees i sammenheng med prinsippet om at statene skal løse sine problemer på fredelig vis, legger dette opp til at en stat som er offer for et angrep, ikke kan vente for lenge med å utøve selvforsvarsretten. Dette kan utledes av en sammenhengende forståelse av prinsippet i FN-pakten art 2.3 holdt opp mot FN-pakten art 51 og ordlyden «*occurs*»²⁴².

Dette kan sies å innebære at dersom angrepet er over, og aggressoren eksempelvis har trukket sine styrker tilbake, kan dette resultere i at den angrepne stat etter FN-pakten, er henvist til å løse problemene på fredelig vis²⁴³. En slik forståelse kan også sies å være formålstjenlig under FN-pakten der formålet er å sikre freden.

I kraft av folkerettslig sedvanerett herunder Caroline-saken, kan en slik forståelse understøttes ytterligere ved at selvforsvarsrettens nødvendighet er betinget av å være «*Instant and overwhelming*»²⁴⁴. Motsetningsvis er selvforsvar derav ikke nødvendig dersom grunnlaget – angrepet – har forbigått. Maktbruk etter dette tidspunktet vil kunne sies å bære karakter av å være motivert av hevn, fremfor å slå tilbake en folkerettsstridig maktbruk.

I folkerettsteorien er det lagt til grunn at selvforsvarsretten ikke omfatter en «*rett til represalier*»²⁴⁵ for et angrep. Dette kan sies å være i overensstemmelse med FN-paktens formål. Dersom en stat skulle ha hatt rett til å hevne et angrep, ville dette trolig vært i strid med ordlyden «*occurs*» i FN-pakten art 51, samt FN-paktens helt grunnleggende formål og på den måten krenket freden.

Noe annet er de defensive militære styrkenes plassering i forhold til det angrepne området. Relevante momenter her vil trolig være på hvilket sted angrepet forekommer sett hen til hvor lang tid det vil ta å fordele forsvarsstyrkene til det angrepne området. Det er klart at det kan ta tid for den angrepne staten å samle styrkene for å utøve selvforsvaret. En angrepet stat har naturligvis behov for å forberede sitt forsvar²⁴⁶.

²⁴² FN-pakten, 1945: art 2.3.

²⁴³ FN-pakten, 1945: art 2.3 og 2.4

²⁴⁴ Caroline-saken, brev av 24 april, 1841.

²⁴⁵ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 114.

²⁴⁶ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 209.

Det kan vanskelig sies at en stat mister retten til selvforsvar dersom selvforsvaret ikke utøves umiddelbart fordi offerstaten har behov for å «samle troppene»²⁴⁷ – forutsatt at angrepet er pågående.

Fra operasjoner utøvet under selvforsvar kan det her trekkes frem Falklandskrigen og Operation Enduring Freedom, som begge tjener som eksempel på at statene er innrømmet en viss tidsmessig utstrekning²⁴⁸. I førstnevnte krig gikk det over 1 måned fra angrep til selvforsvarshandlingen ble utøvet²⁴⁹. I sistnevnte gikk det i underkant av 1 måned fra angrepene på USA 11. september²⁵⁰.

Det kan dermed sies at den tidsmessige utstrekningen for retten til selvforsvar ikke er tolket særlig strengt og at statene innrømmes tid til å forberede og utøve selvforsvar²⁵¹, forutsatt at angrepet ikke er over²⁵².

FN-pakten art 51 kan ut fra en antitetisk forståelse av ordlyden ikke sies å legitimere et selvforsvar etter at et angrep har funnet sted og er overstått. Den legitimerer selvforsvar der angrep finner sted og pågår, i motsetning til har funnet sted.

4.3.1.3 Vilkår 3: Nødvendighet

For at et selvforsvar skal være legitimt, kreves det også at det er nødvendig. Kravet til at selvforsvarshandlingen er nødvendig, følger ikke uttrykkelig av FN-pakten art 51. Kravet følger dog av folkerettslig sedvanerett, kommet til uttrykk i Caroline-saken²⁵³, som også er gjengitt i praksis fra ICJ i oljeplattform-saken som et sedvanerettslig krav²⁵⁴.

I denne saken hadde USA bombet to iranske oljeplattformer etter at Iran angivelig hadde åpnet ild mot et amerikansk fly, samt minelagt et amerikansk skip i internasjonalt farvann, og utført missilangrep mot et handelsskip med navnet «Sea Isle City». Retten uttalte at «*The court is not satisfied that the attacks on the platforms were necessary to respond to these incidents*»²⁵⁵.

²⁴⁷ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 209.

²⁴⁸ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 209.

²⁴⁹ <https://snl.no/Falklandskrigen>

²⁵⁰ https://snl.no/Operation_Enduring_Freedom

²⁵¹ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 209.

²⁵² FN-pakten, 1945: art 2.3, jf. art 51.

²⁵³ Caroline-saken, brev av 24 april, 1841.

²⁵⁴ ICJ (2003), Iran vs. USA, avsnitt 76.

²⁵⁵ ICJ (2003), Iran vs. USA, avsnitt 76.

Selv om kravet til nødvendighet ikke er inntatt i ordlyden i FN-pakten art 51, gjelder likevel kravet parallelt med retten til selvforsvar under FN-pakten på sedvanerettslig grunnlag for hele verdens stater.

Dette kravet er også lagt til grunn i folkerettslig teori som et krav for lovlig utøvelse av selvforsvar²⁵⁶.

Kravet til nødvendighet kan også utledes som et generelt gjeldende prinsipp i lys av FN-paktens formål. Dette kan utledes av art 1.1 og formålet om fjerne trusler mot freden og hindre aggresjonshandlinger. Dette kan sies å innebære at ingen stater kan gå lenger i sin opptreden i mellomstatlige forhold enn det som er nødvendig for å opprettholde disse formål. Dersom selvforsvar skulle gå over til å bli en angrepskrig, ville det på lang sikt trolig innebære en langvarig konflikt og derav stride med formålene.

I kravet til nødvendighet kan det dermed sies å gjelde det en positiv og negativ avgrensning ved at en angrepet stat kan bruke de midler som er nødvendig for å forsvare sine interesser, men heller ikke mer. Selvforsvaret er en rett til å forsvare egne suverene rettigheter²⁵⁷.

Selvforsvarshandlingen begrenses dermed til det som er nødvendig for å slå tilbake angrepet²⁵⁸ eller, gjenvinne det angrepne territoriet²⁵⁹, i overensstemmelse med FN-paktens formål om å trygge internasjonal fred og sikkerhet²⁶⁰.

Den som dermed utøver selvforsvaret, må også begrense maktbruken til det som er nødvendig for å stanse angrepet.

4.3.1.4 Vilkår 4: Ingen handlingsalternativer til selvforsvaret

Et grunnleggende prinsipp i FN-pakten art 2.3 er at, statene skal «*settle their international disputes by peaceful means in such manner that international peace and security, and justice, are not endangered*»²⁶¹.

Ordlyden kan sies å sette krav til at alle medlemstater skal løse uoverensstemmelser på en fredfull måte. I lys av FN-paktens formål vil en selvforsvarshandling implisitt være betinget av at det ikke foreligger fredfulle handlingsalternativer. Freden er nettopp den faktor som skal søkes opprettholdt og er pålagt partene å finne. Dersom det forelå andre handlingsalternativer,

²⁵⁶ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 123.

²⁵⁷ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 115.

²⁵⁸ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 209.

²⁵⁹ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 123.

²⁶⁰ (FN PAKTEN) De forente nasjoners pakt, art 1.1

²⁶¹ FN-pakten, 1945: art 2.3.

ville dermed en selvforsvarshandling ikke være nødvendig om man ser art 51 i overenstemmelse med art 2.3.

Bestemmelsen kan dermed sies å uttrykke at alle alternative løsninger til en konflikt skal være uttømt for at et legitimt selvforsvar skal kunne sies å foreligge²⁶².

I Caroline-saken ble en slik betingelse uttrykt²⁶³. England hadde angrepet og tatt beslag i båten Caroline, som ble brukt av opprørere og våpenfrakt fra USA til Canada. I denne saken og brevene som verserte mellom USA og England, ble det av USA uttrykt at selvforsvar fordret at det ikke forelå noen handlingsalternativer, eller mulighet for kommunikasjon gjennom setningen «*leaving no choice of means, and no moment for deliberation*»²⁶⁴.

England på sin side, fremhevet prinsippet anført av USA om «*no moment of deliberation*», og uttrykte at omstendighetene i saken la opp til at aksjonens nødvendighet ble skapt i situasjonen, og ikke var planlagt²⁶⁵. Implisitt hevder altså England at det ikke forelå anledning til å benytte andre handlingsalternativer, fordi situasjonen nødvendiggjorde den konkrete handlingen.

Dette er relevant, fordi det kan utledes at ingen av partene i saken hevdet at en slik betingelse ikke eksisterte. Tvert imot begrunnet England hvorfor denne betingelsen ikke ble overholdt. Dermed kan det sies at betingelsen om at selvforsvar er eneste handlingsalternativ, har bakgrunn i folkerettslig sedvanerett som har kommet til uttrykk i FN-paktens art 2.3 som supplerer FN-pakten art 51.

4.3.1.5 Vilkår 5: Selvforsvar som motsvar på angrep

Det følger av FN-pakten art 51 og bestemmelsens ordlyd at selvforsvaret gjelder ved et væpnet angrep. Det kan ut fra en sammenhengende forståelse av bestemmelsens ordlyd utledes at et selvforsvar også er et svar på et væpnet angrep. Uten et væpnet angrep gjelder det heller ingen rett til selvforsvar, hvilket ordlyden kan sies å implisere²⁶⁶. Det skal nødvendigvis dermed også være en sammenheng mellom det væpnede angrepet, og utøvelsen av selvforsvar. Retten til selvforsvar er ikke alene begrenset til tid, men også sammenheng²⁶⁷.

²⁶² Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 207.

²⁶³ Caroline-saken, brev av 24 april, 1841.

²⁶⁴ Caroline-saken, brev av 24 april, 1841.

²⁶⁵ Caroline-saken, brev av 28 juli, 1842.

²⁶⁶ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 209.

²⁶⁷ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 209.

I Caroline-saken ble det vist til sedvanerett ved at selvforsvaret skal vises å være nødvendig ut fra et umiddelbart behov, uten andre mulige midler, eller anledning til deliberasjon²⁶⁸. Av denne saken kan det utledes at selvforsvaret er et nødvendig svar på et angrep. I dette ligger det dermed også at et selvforsvar er et dirkete svar på et umiddelbart behov for selvforsvar. Det kan dermed på bakgrunn av folkerettslig sedvanerett, utledes et krav om at selvforsvar skal utøves direkte som motsvar til angrepet. Dette er også uttrykt i folkerettslig teori²⁶⁹.

Folkerettsteoretikere har uttrykt at et selvforsvar ikke kan «*fremtre som en ny militæraksjon lenge etter et angrep*»²⁷⁰. Det skal derfor være en sammenheng mellom angrepet og selvforsvaret.

4.3.1.6 Vilkår 6: Proporsjonalitet

Verktøyet mot eksterne væpnede inngrep, er i siste instans selvforsvar. Når selvforsvaret er en realitet og det eneste handlingsalternativ, er den angrepne staten tvunget til å ty til bruk av defensive mottiltak. Disse metodene innebærer naturligvis målrettede militære operasjoner som i siste instans fører til tap av menneskeliv, materiell og infrastruktur. Det erindres igjen at Jus ad bellum og Jus in bello har som formål å sikre fred og å «*beskytte mennesker fra helvete på jord*»²⁷¹.

En angriperes aggresjonshandling er forbudt²⁷². Selv om aggresjonshandlinger er forbudt, og selvforsvar er en offerstats rett, innebærer ikke dette at retten til selvforsvar gjelder uinnskrenket i sin maktbruk. Enkelte kan dog være av den oppfatning av at en angriper bør tas med alle mulige midler. I folkeretten er dette ikke tilfelle.

I folkeretten gjelder det et krav til proporsjonalitet i selvforsvarshandlingen.

Proporsjonalitetskravet gjelder på sedvanerettslig grunnlag, og er gjentatte ganger uttrykt i praksis fra ICJ.

Proporsjonalitetsprinsippet kan utledes fra blant annet saken mellom USA og Nicaragua²⁷³. I denne saken hadde USA anført at det ikke gjaldt et prinsipp om proporsjonalitet i kraft av FN-pakten art 51, da ordlyden ikke nevner en slik proporsjonalitet. Dermed anførte USA at saken skulle avgjøres alene etter art 51 uten supplement av folkerettslig sedvanerett. Retten på sin

²⁶⁸ Caroline-saken, brev av 24 april, 1841.

²⁶⁹ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 209.

²⁷⁰ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 209.

²⁷¹ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s.173.

²⁷² FN-pakten, 1945: art 2.4, jf. RES 3314 (XXIX) art 1, jf. art 3.

²⁷³ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, avsnitt 176, s. 84.

side var enige i at FN-pakten art 51 ikke i seg selv inneholder en ordlyd som krever en proporsjonalitet i selvforsvarshandlingen, men trakk likevel frem at FN-paktens art 51 inneholder en henvisning til sedvaneretten i ordlyden «*inherent*», og derav suppleres FN-paktens art 51 av sedvaneretten, slik at proporsjonalitetsprinsippet gjelder²⁷⁴.

Av saken kan det dermed utledes at selvforsvaret skal være proporsjonalt.

Proporsjonalitetsprinsippet ble i en senere sak knyttet til lovligheten ved bruk av atomvåpen, fremhevet og presisert ytterligere²⁷⁵. Saken er kalt «Atomvåpen-saken»²⁷⁶. Retten presiserte at proporsjonalitetsprinsippet ikke alene ekskluderer en bruk av atomvåpen i selvforsvar, men at proporsjonal bruk av makt gjennom selvforsvar skal – for å være lovlig – utøves innenfor de krav som stilles i en væpnet konflikt²⁷⁷.

Det kan ut fra denne saken utledes at proporsjonaliteten ikke alene kun knytter seg til selvforsvaret eller våpentypen som benyttes, men også til tilstøtende regler som gjelder for hvordan maktbruken – selvforsvaret – skal utøves. Dette er også kjent som *Jus in bello*²⁷⁸, og innebærer dermed at den måten selvforsvaret utøves på, ikke kan utøves på en måte som er i strid med humanitærretten.

Det er også lagt til grunn i av ICJ som folkerettslig sedvanerett at hvorvidt en selvforsvarshandling er proporsjonal, også beror på arten av målet som maktbruken er rettet mot²⁷⁹.

Som resultat setter proporsjonalitetsprinsippet krav til forholdsmessighet i selvforsvarsutøvelsen²⁸⁰. Kjernen for proporsjonaliteten ligger i at de konsekvenser som følger av selvforsvarets utøvelse, skal «*stå i forhold til de interesser de hevder å forsvare*»²⁸¹. Proporsjonaliteten vurderes altså utfra selvforsvarshandlingens utfall, og ikke i den konkrete våpentypen som benyttes. Dersom angriper-staten benytter infanteri og stridsvogner, innebærer ikke proporsjonalitetsprinsippet at forsvarer-staten er begrenset til å benytte

²⁷⁴ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, avsnitt 176, s. 84.

²⁷⁵ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, avsnitt 42.

²⁷⁶ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 209.

²⁷⁷ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, avsnitt 42.

²⁷⁸ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 177.

²⁷⁹ Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 2003, p. 16, avsnitt 74.

²⁸⁰ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 123.

²⁸¹ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 123.

tilsvarende styrker i sitt forsvar. Atomvåpen-saken understøtter denne forståelsen nettopp ved at våpentypen som benyttes ikke er avgjørende for hvorvidt den kan benyttes i selvforsvar²⁸².

Likevel, dersom maktforbudet kombinert med FN-paktens formål, inntas som et tolkningsmoment i det sedvanerettslige proporsjonalitetsprinsippet, kan det argumenteres for at et selvforsvar skal innebære minst mulig bruk av makt for å forsvare sine interesser.

Dersom eksempelvis en stat utøver selvforsvar mot en annen stat, og formålet er selvforsvar – herunder å slå tilbake angrepet, kan ikke forsvarerstaten gå så langt at denne okkuperer angriperens landområder. Selvforsvarets karakter og formål vil gå fra å være selvforsvar med defensive formål, til å bli aggresjonshandlinger med offensive formål, jf. RES 3314 (XXIX) art 1, jf. art 3, stk. 1, litra a. Et slikt selvforsvar vil trolig kunne bli ansett som uforholdsmessige²⁸³. Selvforsvaret skal være forholdsmessig ut fra både utfall og de interesser som forsvares²⁸⁴.

4.3.1.7 Vilkår 7: Selvforsvarets bevisbyrde

Når selvforsvar utøves, skal det bevises. FN-pakten art 51 er taus med hensyn til bevisbyrden for folkerettmessig selvforsvar.

Bevisbyrden kan dog utledes av folkerettslig sedvanerett, kommet til uttrykk i saker behandlet av ICJ.

Utgangspunktet kan igjen tas i Caroline-saken. Her ble det anført at «*It will be for that Government to show a necessity of self-defense*»²⁸⁵. USA påla England bevisbyrden for at det påberopte selvforsvar, var nødvendig. England avviste ikke dette pålegget og begrunnet derimot hvorfor selvforsvaret var nødvendig²⁸⁶.

Statene var med andre ord av den oppfatning at den som utøver selvforsvaret også skal bevise dets nødvendighet. Dette har ICJ i ettertiden også praktisert i de saker der selvforsvar er påberopt, eksempelvis i saken mellom Iran og USA, der USA under påberopelse av selvforsvar, hadde bombet iranske oljeplattformer²⁸⁷. Retten uttrykte bevisbyrden, og tilskrev

²⁸² Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, avsnitt 42.

²⁸³ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 123.

²⁸⁴ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 123.

²⁸⁵ Caroline-saken, brev av 24 april, 1841.

²⁸⁶ Caroline-saken, brev av 28 juli, 1842.

²⁸⁷ Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 2003, p. 16. avsnitt 76.

USA bevisbyrden for å vise at angrepene i saken var kvalifisert som «armed attacks» under FN-pakten art 51:

«United states has to show that attacks had been made upon it for which Iran was responsible; and that those attacks were of such a nature as to be qualified as «armed attacks»»²⁸⁸.

I tillegg uttrykte retten uttrykkelig at bevisbyrden alene hvilte på USA:

«the burden of proof of the facts showing the existence of such an attack rests on the United States.»²⁸⁹.

Retten kom til at USA ikke klarte å bevise at selvforsvarshandlingen mot oljeplattformene var nødvendige²⁹⁰. Praksisen fra ICJ viser at bevisbyrden for at vilkårene for å utøve selvforsvar under FN-pakten art 51, alene hviler på den som påberoper seg selvforsvaret.

Interessant kan her være å vurdere beviskravet, herunder om vilkårene kan bevises med sannsynlighetsovervekt eller om det skal mer til.

I Oljeplattform-saken uttrykte ICJ at «the Court has simply to determine whether the United States has demonstrated that it was a victim»²⁹¹. Dette kan peke på at retten legger en bevisvurdering basert på overvekt av sannsynlighet til grunn for beviskravet. Samtidig kan det argumenteres for at maktbruk etter FN-pakten art 51, har en høyre terskel for anvendelse og dermed at kravet til bevisets styrke også kan være høyere.

I saken uttalte retten «showing the existence of such an attack»²⁹². Dette kan legge opp til at bevisbyrden for et væpnet angrep er oppfylt når angrepets eksistens kan bevises. I dette kan det sies at når terskelen for at et væpnet angrep foreligger er høy, vil det på den ene siden trolig være nærliggende å innfortolke dette til at også kravet til bevisbyrdens oppfyllelse settes noe høyere enn ved en simpel sannsynlighetsovervekt.

²⁸⁸ Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 2003, p. 16, avsnitt 51.

²⁸⁹ Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 2003, p. 16, avsnitt 57.

²⁹⁰ Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 2003, p. 16, avsnitt 76.

²⁹¹ Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 2003, p. 16, avsnitt 57.

²⁹² Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 2003, p. 16, avsnitt 57.

På den andre siden, kan maktforbudet i FN-pakten art 2.4 og FN-paktens formål tjene som argumenter for at bevisbyrden oppfylles ved en sannsynlighetsovervekt. I Oljeplattform-saken uttrykte retten at de ikke måtte tilskrive ansvar basert på:

«a balance of evidence, either to Iran or to Iraq ; if the end of the day the evidence available is insufficient»²⁹³.

Sagt på en annen måte: er bevisene tilstrekkelig skal retten tilskrive ansvar *«on the basis of a balance of evidence»²⁹⁴*. Det kan dermed ut fra ICJ-praksis utledes at hvorvidt bevisbyrden er oppfylt, beror dermed på en sannsynlighetsovervekt.

Bevisbyrden hviler på den stat som påberoper seg retten til selvforsvar. Det er altså denne som skal bevise at alle betingelser er oppfylt, og bevisbyrden oppfylles ved sannsynlighetsovervekt²⁹⁵.

4.3.1.8 Vilkår 8: FN-vedtak som begrensning for selvforsvaret

Den siste betingelsen for folkerettmessig utøvelse av selvforsvar er lagt til grunn i FN-pakten art 51.

Det følger av FN-pakten art 51 at, retten til selvforsvar gjelder *«until the Security Council has taken measures necessary to maintain peace and security»²⁹⁶*.

Ordlyden kan sies å legge opp til at selvforsvarsretten kun kan utøves inntil Sikkerhetsrådet har fattet avgjørelse om tiltak²⁹⁷.

Implisitt i ordlyden kan det utledes at retten til selvforsvar dermed avgrenses på dette tidspunktet, hvilket innebærer en betingelse om at selvforsvarshandlingen kun kan utøves frem til Sikkerhetsrådet har fattet avgjørelse. Sagt på en annen måte, for at selvforsvar under art 51 skal være folkerettmessig, kan FN's sikkerhetsråd ikke ha fattet avgjørelse i saken²⁹⁸.

²⁹³ Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 2003, p. 16, avsnitt 57.

²⁹⁴ Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 2003, p. 16, avsnitt 57.

²⁹⁵ Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 2003, p. 16, avsnitt 57.

²⁹⁶ FN-pakten, 1945: art. 51.

²⁹⁷ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 208.

²⁹⁸ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 208.

Når FNs sikkerhetsråd har fattet avgjørelse om å opprettholde kampen mot angrepet, går eventuelle operasjoner som tidligere var utøvet i selvforsvar, over til å være operasjoner med mandat til maktbruk under FN-paktens art 42.

Formålet med denne delen av bestemmelsen var å forbeholde kompetansen for maktanvendelse på internasjonalt nivå til FN²⁹⁹. Bestemmelsens formål er logisk, sett i lys av at makt skal være forbudt, og derav at ingen land alene skal ha kompetanse til å utøve makt som gir internasjonale ringvirkninger.

Samtidig vil denne tildelingen av kompetanse til FN være preget av de permanente medlemmenes vetorett, og kan utgjøre en utfordring³⁰⁰ for FN-paktens hovedformål, like mye som det kan være en styrke³⁰¹. Dette fordi stormaktenes vetorett bidrar til at nødvendige tiltak for å opprettholde fred og sikkerhet, kan bli stanset som følge av at en av vetomaktene nedlegger veto mot å fatte vedtak om nødvendige tiltak³⁰². Dette er en særlig utfordring dersom den folkerettsstridige maktbruken begås av en vetomakt³⁰³. Her kommer Russlands krigføring inn som et meget relevant eksempel på problematikken³⁰⁴. Russland har en pågående krig i Ukraina. Russland har samtidig nedlagt vetorett i sikkerhetsrådet, hvilket innebærer at sikkerhetsrådet har vært og fortsatt er avskåret fra å fatte effektive tiltak³⁰⁵.

Oppsummert om betingelsene kan analysen sies å legge til grunn at selvforsvar ikke er ubegrenset når det utøves. Tvert imot er adgangen til selvforsvar begrenset³⁰⁶. Analysen viser at selvforsvaret er betinget av at samtlige betingelser er oppfylt.

4.4. Unntakene og Russlands invasjon av Ukraina 24. februar 2022

Som nevnt i kapittel 3.4 er den russiske invasjonen en type maktbruk omfattet av FN-pakten art 2.4, og derfor som hovedregel forbudt. Russland på sin side, har anført at denne maktbruken har grunnlag i FN-pakten art 51³⁰⁷.

²⁹⁹ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 208.

³⁰⁰ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 208.

³⁰¹ FN-pakten, 1945: 27, nr.3.

³⁰² Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 208.

³⁰³ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 93.

³⁰⁴ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 93.

³⁰⁵ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 93.

³⁰⁶ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 208.

³⁰⁷ <http://en.kremlin.ru/events/president/transcripts/67843> , avsnitt 35.

Analysen over viser at maktbruk kan være folkerettslig legitim dersom den er omfattet av unntakene. Relevant unntak i denne sammenheng er selvforsvar. Dette beror konkret på hvorvidt vilkårene for lovlig selvforsvar er oppfylt.

Analysens kapittel 4.3.1 viser at 8 vilkår skal være oppfylt for folkerettmessig selvforsvar. Spørsmålet er dermed hvordan selvforsvarsrettens betingelser forholder seg til Russlands påberopte selvforsvar.

4.4.1 «an armed attack occurs» som forutsetning for selvforsvar

For at selvforsvarsretten skal inntre, er det et krav om at «*an armed attack occurs*». Dette er analysert som to vilkår, men behandles her som ett vilkår av plassbesparende hensyn.

Basert på analysen kan det sies at et angrep foreligger dersom det er tale om en maktutøvelse av en viss størrelse, som skjer eller er nært forestående, der den som følge av sin skala og effekt er egnet til å forårsake et visst skadeomfang³⁰⁸.

Russland har som bakgrunn for sitt påberopte selvforsvar etter FN-pakten art 51 anført som element i sin argumentasjon at NATO ekspanderer mot deres grenser, og at dette utgjør en trussel for Russlands eksistens. Relevant vil dermed være å vurdere om dette utløser en rett til selvforsvar.

NATO er en kollektiv forsvarsallianse som består av en rekke europeiske medlemsland, og ble opprettet for å skape defensivt grunnlag mot datidens Sovjet, som i dag er Russland³⁰⁹. NATO er dermed en historisk motstander av det som i dag er Russland.

På den ene siden, kan argumentet om at NATO ekspanderer sett fra et russisk perspektiv, peke på at Russlands historiske motstander, utgjør en fare for Russlands suverenitet. Det kan argumenteres for at dette fremstår som en reell trussel for den russiske eksistens. Når Russland invaderer Ukraina kan det i lys av deres argumenter, sees i sammenheng med at NATO har uttalt at de i fremtiden vil legge til rette for at Ukraina skal kunne bli medlem. Dette for Russland er trolig kjernen i deres argument som element i påberopelsen av selvforsvar. Økte styrker i Øst-Europa samt prosess for NATO-medlemskap for Ukraina, kan for Russland sees på som en form for forberedelse til å ta Russland.

³⁰⁸ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 113.

³⁰⁹ <https://snl.no/NATO>

Ekspansjons-argumentet er sammensatt og kan muligens undersøkes ved å se på NATOs økning i militære styrker og medlemstater, uten at dette nødvendigvis legitimerer selvforsvar rettslig sett.

Opprettelsen av eksempelvis den NATO-ledede styrken Enhanced Forward Presence (EFP)³¹⁰, kan tjene som eksempel på styrker opprettet på NATOs østlige side. Formålet er å øke tilstedeværelse, og å gi en avskrekkende effekt i Baltikum og Polen³¹¹. Dette kan naturligvis av Russland oppfattes truende fordi det er en økning i antall militære styrker, og styrkning i NATOs tilstedeværelse i øst. EFP er også en sentral del av alliansens kollektive forsvar i regionen. EFP består av en multinasjonal kampgruppe på rundt 4500 soldater³¹². Dette kan sies å gjøre styrken til en kapabel stridsenhet.

Dette kan tjene som moment i argumentet om at Russland er truet, i et russisk perspektiv. Likevel hevder NATO på sin side at dette er en konsekvens av Russlands annektering av Krim i 2014³¹³.

Et annet element i «ekspansjons»-argumentet er at flere øst-europeiske land er blitt medlemmer av NATO etter den kalde krigens slutt, og at NATO har vedtatt at Ukraina og Georgia på sikt skal kunne bli medlemmer³¹⁴. Dette bringer naturligvis NATOs område nærmere Russlands territorium, og fungerer også som et element i den russiske argumentasjonen ved at denne utvidelsen anses for å være til ugunst for Russland.

NATO på sin side har selv uttrykkelig uttalt at de ikke utgjør noen trussel mot Russland da NATO er en defensiv organisasjon som ikke retter seg mot Russland³¹⁵.

Sammenholdt kan det spørres om elementene samlet sett utgjør et rettsgrunnlag under FN-pakten art 51.

Umiddelbart kan det for selvforsvarsrettens betingelse 1 rent hypotetisk fastslås at, dersom NATO hadde gått til angrep mot Russland, er det klart at NATOs styrker er å anse som regulære militære styrker, og på den måten derfor er omfattet av begrepet «armed force»³¹⁶ og

³¹⁰ <https://www.forsvaret.no/om-forsvaret/operasjoner-og-ovelser/internasjonale-operasjoner/litauen>

³¹¹ <https://www.forsvaret.no/om-forsvaret/operasjoner-og-ovelser/internasjonale-operasjoner/litauen>

³¹² https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_111767.htm

³¹³ https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_111767.htm

³¹⁴ <https://www.fn.no/Konflikter/ukraina>

³¹⁵ https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_111767.htm

³¹⁶ RES 3314 (XXIX) art 1.

dermed utgjør en maktbruksform som retten til selvforsvar omfatter³¹⁷. Ut fra definisjonen i RES 3314 (XXIX) art 1, jf. art 3, kan det likevel ikke sies at NATO, på tidspunktet for Russlands invasjon, har foretatt handlinger som kan sies å være av en slik skala og effekt at et pågående angrep skjer eller er nært forestående³¹⁸. Det er her kjernen i det russiske argumentet ligger.

Russland har selv anført «*They did not leave us any other option for defending Russia and our people, other than the one we are forced to use today*»³¹⁹. Det er her tydelig at Russland ønsker å anvende selvforsvarsretten på det de mener er et nært forestående angrep.

Helt sentralt er dermed tidspunktet for når et angrep inntreffer.

Analysen under vilkår 2, viser at tidspunktet for angrepets inntreden er utvidet til å omfatte nært forestående angrep, herunder kreves det at et angrep har materialisert seg. Avgjørende for Russlands angivelige rett til selvforsvar er, hvorvidt NATOs ekspansjon, militært og organisatorisk, utgjør å være et nært forestående angrep, herunder om ekspansjonen er en materialisering av et angrep³²⁰.

Økt militær tilstedeværelse i en region (EFP), kan isolert sett sies å danne et grunnlag for en sikkerhetspolitisk bekymring og kan indikere at det skjer en oppsamling av styrker. Dette kan i tilfeller peke på at det skjer en materialisering av et angrep. Likevel er terskelen for hva som er å anse som et væpnet angrep høy³²¹. Dette innebærer en restriktiv forståelse av adgangen til å utøve selvforsvar³²². At militære styrker øker er ikke i seg selv nok, det skal mer til.

Som analysen viser, skal risikoen for angrep være «*umiddelbar*» «*overveldende*», og «*ikke etterlate alternative handlemåter*» eller «*tid til forhandlinger*»³²³. Det er også pekt på at dersom en part foretar irreversible handlinger, kan dette utløse en rett til selvforsvar³²⁴. Dette er helt nødvendig dersom det i det heletatt skal bli tale om en utvidet forståelse av ordlyden i FN-pakten art 51, i grensdragningen mellom lovlig selvforsvar og maktforbudet.

³¹⁷ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, avsnitt 195.

³¹⁸ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s.116.

³¹⁹ <http://en.kremlin.ru/events/president/transcripts/67843> , avsnitt 34.

³²⁰ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 116.

³²¹ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, avsnitt 195.

³²² Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 113.

³²³ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 116.

³²⁴ Vita Upeniece, 2019: s. 3.

Anvendes analysen på Russlands argument, kan det ikke sies at det foreligger klare holdepunkter for at NATO har foretatt det folkerettsteorien skisserer som irreversible handlinger. Dette innebærer at et selvforsvar ikke er umiddelbart, overveldende uten alternative handlemåter eller tid til forhandlinger³²⁵. En opprettelse av avskrekkende militære styrker kan ikke sies å innebære at det er en oppsamling av militære styrker til angrepsformål. Likevel, dersom de skulle ha hatt et angrepsformål kan det i lys av terskelen legges til grunn at det skal foreligge klare holdepunkter som tilsier at disse styrkene har en intensjon om å angripe Russland.

Et moment ville vært om NATO avanserte mot russiske grenser. Faktum er derimot at NATOs styrker for det første, ikke er på vei mot Russland, hvilket indikerer fravær fra offensivitet. Russland er også for det andre, gitt observatørrett i styrken, hvilket peker på at de på et vis er inkludert, for at misforståelser ikke skal kunne oppstå³²⁶. Det er også nærliggende å tro at de russiske observatørene ville gitt klar dokumentasjon dersom NATO startet en troppeforflytning, som kunne vært dokumentasjon Russland ville fremlagt. Dette taler for at NATOs styrker som element i ekspansjonen ikke er av en slik offensivitet at den innrømmer en rett til selvforsvar for Russland.

Et annet moment knyttet til økning i antall styrker (EFP) må sees i sammenheng med det faktum at Russland selv annekterte Krim-halvøya i 2014³²⁷. Det er dermed trolig ikke slik at en økning av NATO-styrker i Øst-Europa kommer uventet. En opprettelse av EFP kan dermed ikke sies å være en materialisering av et angrep, og tjener trolig ikke som et element i ekspansjonsargumentet for Russland. Dessuten kan det argumenteres for at dersom EFP i seg selv skulle vært en slik materialisering av et angrep, vil tiden være relevant. Jo lenger tid som går fra styrkens utplassering til den eventuelt angriper, desto mindre sannsynlig er det at den vil brukes, som igjen sannsynliggjør at styrken er ment defensiv.

Med andre ord er det grunnlag for å avkrefte at NATOs ekspansjon i form av at økning i militær tilstedeværelse ikke utgjør en materialisering av et angrep eller trussel om angrep. Selvforsvarsretten er begrenset og kan ikke anvendes på det hypotetiske³²⁸.

Til det andre elementet i selvforsvarsargumentet kommer økningen av NATOs medlemmer. At individuelle stater søker medlemskap i en organisasjon, kan ikke i seg selv anses som noe

³²⁵ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 116.

³²⁶ https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_111767.htm#e104

³²⁷ <https://www.fn.no/konflikter/ukraina>

³²⁸ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 117.

annet enn en følge av at statene har en suveren rett til å inngå i de traktater og internasjonale forhold de selv ønsker. Dersom Ukraina skulle blitt medlem av NATO er ikke dette synonymt med at NATO utplasserer styrker. Et medlemskap i NATO for Ukraina ville derimot være synonymt med at Ukraina er kollektivt beskyttet mot angrep, som tjener til fred. Det er altså ingen sammenheng mellom medlemskap i NATO og utplassering av NATO-styrker. EFP i Øst-Europa viser nettopp dette, ved at de ble opprettet lenge etter Litauen, Polen og Latvia ble medlemmer og som følge av russisk opptreden. Argumentet om at et Ukrainisk NATO-medlemskap vil være en trussel mot Russland kan dermed anses som et argument og oppfatning Russland selv må bære risikoen for som følge av Russlands endrede internasjonale opptreden – herunder invasjonen av Georgia, og annekteringen av Krim. Det faktum at Russland på den ene siden skulle kunne opptre aggressivt mot omkringliggende stater, men på den andre siden samtidig kreve at disse ikke skal kunne søke sikkerhet, vil innebære en krenkelse av suverenitetsprinsippet ovenfor de stater som ønsker medlemskap, samtidig som det trolig vil åpne for misbruk av folkeretten.

Argumentet om at republikkene i Donbass-regionen har bedt om hjelp, kan peke på at Russland noe upresist muligens viser til kollektivt selvforsvar. Dette argumentet forutsetter dog at Donbass består av to selvstendige stater. Russland er det eneste landet hvilket har anerkjent Donbass-regionen for å være to republikker. Dette argumentet er trolig anført på bakgrunn av at dersom Donbass-regionen skulle ha vært selvstendig stater, ville begge kunne anmode om bistand og på den måten vært folkerettmessig. Likevel, kan det ut fra sedvaneretten legges til grunn at det kreves at en stat har en form for folkerettslig handleevne – en individuell og formell uavhengighet³²⁹.

På bakgrunn av ovennevnte kan det dermed sies at de første to vilkår for folkerettmessig selvforsvar under FN-pakten ikke er oppfylt. NATOs ekspansjon er ikke å anse som et væpnet angrep under materialisering. Dermed foreligger det ikke en rett til selvforsvar slik Russland har anført.

Dersom likevel vilkårene skulle vært oppfylt, ville det vært naturlig å vurdere de seks resterende vilkårene. Til disse kan det sies at maktbruken hverken er nødvendig eller proporsjonal. En nødvendig selvforsvarshandling ville vært begrenset til å bekjempe NATOs ekspansive virksomhet. Russland har imidlertid forsøkt å angripe et land som ikke er et NATO-medlem, samt Ukrainas maktsenter Kyiv, hvilket peker på at maktbruken tar sikte på å

³²⁹ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 123.

kaste den sittende regjering i Ukraina. Dersom det i det hele tatt skulle vært et nært forestående angrep, vil maktbruken ikke kunne sies å være begrenset til det som er nødvendig for å slå tilbake et nært forestående angrep.

Maktbruken er heller ikke proporsjonal da Russland tilintetgjør hele byer og også har drept sivile og på den måten ikke er forholdsmessig med de interesser et selvforsvar søker å forsvare. Dette peker på at maktbruken strider mot Jus in bello, og dermed er maktbruken uproporsjonal i samsvar med folkerettslig sedvanerett kommet til uttrykk ICJs rådgivende uttalelse knyttet til proporsjonalitetskravet³³⁰.

Enda mer har Russland også bevisbyrden for at selvforsvaret er legitimt. Russland på sin side har ikke fremmet noe grunnlag som sannsynliggjør deres påstander³³¹.

4.5. Delkonklusjon

Denne delen av avhandlingen, viser at Russlands påstander ikke har folkerettslig legitimitet. Analysen viser at det gjelder et forbud mot bruk av makt. Videre viser analysen at det anførte unntaket forutsetter en rekke betingelser. Basert på betingelsenes folkerettslige innhold, holdt opp mot eksisterende fakta inntil 24. februar 2022, kan det ikke sies at betingelsene for selvforsvar etter FN-pakten art 51 og folkerettslig sedvanerett er oppfylt. Dette innebærer at maktforbudet kommer til anvendelse som omfatter kjernen i den pågående krigføringen Russland utøver. Russlands invasjon av Ukraina er en «*act of aggression*»³³². Dette er også uttrykt av FNs generalforsamling der generalforsamlingen legger til grunn at Russlands handlinger er i strid med FN-pakten³³³. Denne resolusjonen er en konsekvens av Russlands veto i Sikkerhetsrådets møte som følge av invasjonen i Ukraina³³⁴.

5. Folkemord som grunnlag for humanitær intervensjon

Russland har i sin erklæring den 24. februar anført at hensynet bak invasjonen av Ukraina, er å redde folket fra et pågående folkemord³³⁵. Dette reiser spørsmål om hvorvidt en stats bruk av makt er folkerettslig dersom maktbruken kan begrunnes i å beskytte et folk eller grupper utsatt for et folkemord. Såkalt, humanitære intervensjoner³³⁶. I denne delen av avhandlingen

³³⁰ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, avsnitt 42.

³³¹ Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 2003, p. 16, avsnitt 57.

³³² RES 3314 (XXIX), art 1, jf. art 3.

³³³ A/ES-11/L.1 Aggression against Ukraine

³³⁴ S/PV.9143

³³⁵ <http://en.kremlin.ru/events/president/transcripts/67843>, avsnitt 36.

³³⁶ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 210.

vil det bli forsøkt analysert hvorvidt et slikt grunnlag eksisterer, og hvorvidt Russlands invasjon er folkerettmessig.

5.1 Humanitær intervensjon – et unntak fra maktforbudet eller en «act of aggression»?

5.1.1 Definisjon av konseptet

Humanitær intervensjon som konsept er av enkelte i folkerettsteorien definert som: «*en eller flere staters militære inngripen i en annen stat for å verne om grunnleggende menneskerettigheter*»³³⁷.

Andre har fremlagt konseptet som «*military action across state borders by a state or a group of states aimed at preventing or ending widespread and grave violations of human rights of individuals other than its own citizens, and occurring without permission of the state in whose territory force is applied*»³³⁸.

Enda en definisjon er at, humanitær intervensjon omfatter «*all interstate use of force for ostensibly humanitarian purposes that occurs without either the consent of the territorial state or the authorisation of the UN Security Council*»³³⁹.

Alle definisjonene legger opp til at humanitær intervensjon er en militær maktbruk mot en annen stat, for å stanse eller beskytte folk fra menneskerettighetsbrudd. Definisjonene legger opp til at en eller flere stater bestemmer seg for å bruke militære midler med formål om å beskytte et folk. Dermed impliserer definisjonene at det er statene selv som avgjør hvorvidt det skal gjennomføres en humanitær intervensjon³⁴⁰. Det er altså en handling utenfor FNs system³⁴¹.

Innenfor FNs system kan det sies at det er en begrenset adgang for slik maktbruk i samsvar med FN-paktens art 42, jf. art 39. I dette ligger det dog et krav om at det skal foreligge trussel mot eller brudd på internasjonal fred og sikkerhet³⁴². Dette kravet innebærer at FNs kompetanse er begrenset til å omfatte saker om trussel mot eller, brudd på internasjonal fred og sikkerhet³⁴³. Argumentasjonen for gjennomføringen av en FN-basert humanitær

³³⁷ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 210.

³³⁸ Stuart Casey-Maslen, 2020: s. 110.

³³⁹ Stuart Casey-Maslen, 2020: s. 110.

³⁴⁰ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 210.

³⁴¹ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 210.

³⁴² FN-pakten, 1945: art 39.

³⁴³ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 225 og 226.

intervensjon vil dermed kunne være at eksempelvis folkemord skaper store internasjonale ringvirkninger i form av flyktningstrømmer eller annen humanitær nød³⁴⁴.

I folkerettsteorien er det dog av flere pekt på at humanitær intervensjon som konsept, også knytter seg til tilfeller der det ikke foreligger et FN-mandat for maktbruk³⁴⁵. Dette kan defineres som unilaterale humanitære intervensjoner³⁴⁶. Spørsmålet er da om slik maktbruk har en folkerettslig forankring? Dette vil bli drøftet ut fra et rettskildeperspektiv i folkerettens system, se her metodekapittelet.

5.1.2 Unilateral humanitær intervensjon og folkerettens utgangspunkt – FN-pakten

Etter FN-pakten er utgangspunktet for alle stater, at statene skal avstå fra maktbruk i sine mellomstatlige forhold³⁴⁷. Fra denne hovedregelen er det unntak for maktbruk med hjemmel i et FN-mandat³⁴⁸, og selvforsvar³⁴⁹.

Kjernen i folkerettsteoriens definisjoner er at, humanitære intervensjoner er ensidig besluttet og dermed foregår uten FN-mandat³⁵⁰. En intervensjon på humanitært grunnlag, besluttet utenfor FNs avgjørelsessystem er ikke etter ordlyden en sak etter FN-pakten art 42³⁵¹ og dermed omfattet maktforbudet³⁵².

FN-pakten art 51, retter seg til selvforsvarstilfeller som unntak fra maktforbudet. I ordlyden ligger det klart at det skal være et væpnet angrep før bestemmelsen kommer til anvendelse³⁵³. Til dette kan det nevnes at, det paradoksale med humanitære intervensjoner er at de, uavhengig av sitt formål, minner om handlinger som kan defineres som en «*act of aggression*»³⁵⁴. Dette fordi det benyttes et militært middel av en slik karakter at definisjonen i RES 3314 (XXIX) art 1, jf. art 3 litra a-c er passende. Dette har den rettslige konsekvens at humanitære intervensjoner ikke er en selvforsvarsaksjon men snarere et væpnet angrep³⁵⁵, og utgjør en ulovlig maktbruk, om man fastholder maktforbudets vekt sett i lys av FN-paktens formål³⁵⁶.

³⁴⁴ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 226.

³⁴⁵ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 210. Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 129.

³⁴⁶ Stuart Casey-Maslen, 2020: s. 111.

³⁴⁷ FN-pakten, 1945: art 2.4.

³⁴⁸ FN-pakten, 1945: art 42, jf. art 2.4.

³⁴⁹ FN-pakten, 1945, art 51, jf. art 2.4.

³⁵⁰ Stuart Casey-Maslen, 2020: s. 110.

³⁵¹ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 210

³⁵² FN-pakten, 1945: art 2.4.

³⁵³ FN-pakten, 1945: art 51.

³⁵⁴ RES 3314 (XXIX) art 1, jf. art 3.

³⁵⁵ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 211.

³⁵⁶ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 211.

Dermed er det nærliggende at FN-pakten art 51 kan gis anvendelse til gunst for den part som utøver et folkemord, fordi denne blir angrepet utenfra. Dette kan utledes av en sammenhengende forståelse av maktforbudet knyttet opp til retten til selvforsvar ved et væpnet angrep – som en humanitær intervensjon i utgangspunktet er.

Når humanitære intervensjoner ikke kan betegnes som selvforsvar eller tiltak etter FN-paktens art 42, innebærer dette at FN-pakten ikke legger til rette for en slik maktbruk³⁵⁷. Dermed vil maktforbudet som utgangspunkt komme til anvendelse³⁵⁸. Dette har andre folkerettsteoretikere støttet ved å fremholde hovedprinsippet om forbud mot intervensjon og maktbruk slik det fremgår i DFR punkt 1, tredje strekpunkt³⁵⁹.

5.1.3 Unilateral humanitær intervensjon i sedvaneretten

Det er fremholdt at humanitær intervensjon som et unntak fra maktforbudet, i så fall bør søkes legitimert i folkerettslig sedvanerett³⁶⁰. Det har her vært sonderet mellom humanitær intervensjon før vedtakelsen av FN-pakten og etter.³⁶¹

Uavhengig av denne sonderingen har andre teoretikere uttrykt at ikke bare FN-pakten forbyr humanitære intervensjoner, men at også suverenitetsprinsippet impliserer et forbud mot humanitær intervensjon³⁶². Siden suverenitetsprinsippet er et gammelt sedvanerettslig prinsipp, innebærer dette at det kan argumenteres for at suverenitetsprinsippet forbød humanitære intervensjoner før vedtakelsen av FN-pakten, og dermed at det ikke foreligger sedvanerettslig grunnlag for humanitære intervensjoner.

Et annet moment som kan støtte en slik folkerettsoppfattelse er menneskerettigheter som grunnleggende forutsetning for en humanitær intervensjon. Historisk ble menneskerettigheter på internasjonalt nivå møtt med nasjonalstatlig skepsis gjennom 1950 og 1970 årene³⁶³ og rettsforskere har hevdet at menneskerettigheter ble oppfylt «*innen nasjonalstatlige rammer*»³⁶⁴. Dette er et interessant moment og relevant for konseptet om humanitære intervensjoner, fordi det kan gi en indikasjon på opino juris før 1945. Eksempelvis: dersom statene globalt var av oppfatning av at menneskerettigheter på et internasjonalt nivå ikke var universalt på denne tiden -1950-1970 - og at slike rettigheter måtte følge av nasjonal

³⁵⁷ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 211.

³⁵⁸ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 211.

³⁵⁹ Stuart Casey-Maslen, 2020: s. 110 og 111.

³⁶⁰ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 212.

³⁶¹ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 212.

³⁶² Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 128.

³⁶³ Dag Michalsen, 2011: s. 458.

³⁶⁴ Dag Michalsen, 2011: s. 458.

lovgivning³⁶⁵, kan det vanskelig argumenteres for at det forelå en sedvanerettslig forankring av humanitær intervensjon som konsept før 1945.

Humanitære intervensjoner har som hovedformål å redde mennesker fra brudd på grunnleggende menneskerettigheter³⁶⁶. Humanitær intervensjon på sedvanerettslig grunnlag forutsetter dermed at det er tale om menneskerettigheter på et universelt nivå. Dersom statene har hatt oppfatning av at slike menneskerettigheter ikke gjelder universelt, er det like sannsynlig at statene også er av den oppfatning at invasjoner heller ikke kan begrunnes på noe de ikke har ansett bindende.

Det er dermed grunnlag for å si at humanitære intervensjoner ikke har noen legitim forankring i verken traktatretten eller folkerettslig sedvanerett³⁶⁷. Folkerettens primærkilder inneholder altså ikke et grunnlag for å utlede at humanitære intervensjoner er folkerettmessig.

Til tross for at folkerettens primære rettskilder ikke gir grunnlag for humanitære intervensjoner, har stater likevel gjennomført denne typen aksjoner herunder «Operation Allied Force»³⁶⁸. Operasjonen var et resultat av at Russland ikke ville gå med på å vedta militære tiltak etter FN-paktens art 42, jf. art 39, for å stoppe serberne. NATO agerte dermed uten Sikkerhetsrådets tillatelse³⁶⁹, og iverksatte humanitær intervensjon. Denne gikk ut på å bombe serberne til militær tilbaketrekning, og på den måten redde sivile fra menneskerettslige overgrep³⁷⁰. Intervensjonen er ansett som et brudd på folkeretten³⁷¹. Likevel har den skapt folkerettsteoretisk debatt og skapt uenighet.

5.1.4 Unilateral humanitær intervensjon i praksis fra ICJ

ICJ har blitt forelagt spørsmål knyttet til lovligheten av unilaterale humanitære intervensjoner. Et slikt spørsmål ble fremmet om lovligheten av Operation Allied Force der retten ikke vurderte spørsmålet av grunner knyttet til kompetanse³⁷². Hadde derimot retten hatt kompetanse, ville dette spørsmålet vært meget avklarende for hvorvidt unilaterale humanitære intervensjoner er folkerettmessig.

³⁶⁵ Dag Michalsen, 2011: s. 458.

³⁶⁶ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 210.

³⁶⁷ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 212

³⁶⁸ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 129.

³⁶⁹ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 129.

³⁷⁰ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 129.

³⁷¹ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 211.

³⁷² Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 211.

I saken USA vs. Nicaragua³⁷³ er det likevel avkreftet at en unilateral humanitær intervensjon er folkerettslig lovlig.

USA hadde anført at de militære aksjonene som ble foretatt også var begrunnet i den pågående situasjonen knyttet til menneskerettighetene i Nicaragua. Retten motbeviste denne påstanden ved å uttrykkelig angi at maktbruk ikke er en passende metode³⁷⁴.

Retten uttrykkelige resonnement var som følgende: «*In any event, while United States might form its own appraisal of the situation as to respect for human rights in Nicaragua, the use of force could not be the appropriate method to monitor or ensure such respect*»³⁷⁵.

Retten utelukker altså ikke at en stat gjerne kan anføre et slikt grunnlag, men avviser likevel av militær maktbruk med formål om å sikre menneskerettigheter. Dette er også trukket frem av folkerettsteoretikere³⁷⁶.

5.1.5 Unilateral humanitær intervensjon i folkerettsteorien: En delt oppfatning

I folkerettsteorien er det uttalt at det er «svært usikkert om slike aksjoner kan sies å være i samsvar med folkeretten»³⁷⁷. Enkelte hevder at humanitære intervensjoner er ulovlige³⁷⁸.

Andre har pekt på at situasjonen knyttet til humanitære intervensjoner er komplisert fordi staten i kraft av suverenitetsprinsippet får et «folkerettslig skjold» til å utføre menneskerettslige overgrep³⁷⁹.

Forskere er dermed delt i oppfattelsen av hvorvidt humanitær intervensjon har en folkerettslig legitimitet³⁸⁰.

Argumentene for unilaterale humanitære intervensjoners legitimitet har blant annet vært at staten har en såkalt «kvalifisert suverenitet»³⁸¹. I dette ligger det en ide om at en territorialstat ikke foretar overgrep mot egne borgere³⁸². Sagt på en annen måte, dersom staten skal ha en kvalifisert suverenitet ovenfor sine borgere, fordrer det at staten ikke foretar overgrep mot

³⁷³ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14.

³⁷⁴ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, avsnitt 268.

³⁷⁵ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, avsnitt 268.

³⁷⁶ Stuart Casey-Maslen, 2020: s. 110.

³⁷⁷ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 210.

³⁷⁸ Stuart Casey-Maslen, 2020: s. 110.

³⁷⁹ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 128 og 129.

³⁸⁰ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 210, Stuart Casey-Maslen, 2020: s. 110.

³⁸¹ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 130.

³⁸² Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 130.

borgerne. Gjør staten likevel dette, vil det etter argumentet om kvalifisert suverenitet, diskvalifisere staten fra å styre³⁸³. Dette kan begrunnes ut fra et synspunkt om at det er staten som er part til en internasjonal traktat³⁸⁴ og dermed et rettssubjekt bundet av folkeretten. På denne måten har staten begrenset sin myndighet til å foreta visse beføyelser ovenfor sine borgere.

Det er også fremholdt at dersom *«humanitære intervensjoner skal kunne forsvares på folkerettslig grunnlag, må begrunnelsen være at de skjer til beskyttelse av så grunnleggende menneskerettslige minstekrav at dette overskygger de øvrige hensyn»*³⁸⁵. Argumentet legger opp til et resonnement om at, det må foreligge en kvalifisert død eller lidelse som tilsidesetter det materielle innholdet av intervensjonsforbudet og maktforbudet.

Det har også blitt hevdet i teorien at dersom formålet med militær maktbruk er å hindre en stat fra å begå folkemord, og å beskytte helt grunnleggende menneskerettigheter, er ikke humanitær intervensjon folkerettsstridig, når hensynet bak er å håndheve folkeretten³⁸⁶.

Disse argumentene danner det enkelte har kalt *«intervensjon for å håndheve folkerettens forbud mot internasjonale forbrytelser»*³⁸⁷, et såkalt håndhevelses-argument³⁸⁸.

Som motargumenter har det i teorien blitt fremmet at en adgang til å foreta unilaterale humanitære intervensjoner utenfor FNs system undergraver maktforbudet og dermed vil *«svække hele folkerettens grunnpilar; å begrense maktbruk mellom stater.»*³⁸⁹.

Det er også fremmet at en adgang til å foreta unilaterale humanitære intervensjoner vil kunne øke risikoen for misbruk³⁹⁰. I dette ligger det at stater trolig er mer tilbøyelig for å påberope seg humanitære intervensjoner i områder der de også har interesser, slik at hovedhensynet for en unilateral humanitær intervensjon snarere er begrunnet politisk, enn rene humanitære begrunnelser³⁹¹. Dette kan medføre at en stat er mer tilbøyelig for å bruke unilateral humanitær intervensjon som påskudd for å avsette en annen stats regjering³⁹².

³⁸³ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 130.

³⁸⁴ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 73.

³⁸⁵ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 212.

³⁸⁶ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 129.

³⁸⁷ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 131.

³⁸⁸ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 131.

³⁸⁹ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 131.

³⁹⁰ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 212.

³⁹¹ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 131.

³⁹² Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 131.

Til dette argumentet er det fremholdt at det internasjonale samfunn var «*mer opptatt av sivilbefolkningens skjebne i Kosovo enn man var av sivilbefolkningens skjebne i Kongo eller Burma på akkurat samme tid*»³⁹³. Dette er også fremholdt av andre ved at det er «*slående hvor mange situasjoner av grove brudd på menneskerettigheter andre stater – av ulike grunner – ikke har grepet inn i*»³⁹⁴. Teorien viser altså en tendens til at stater i verste fall overser pågående folkemord ved at enkelte saker har blitt adressert og andre ikke.

Det kan av dette utledes at teorien belyser godt hvor betent og omdiskutert en unilaterale humanitær intervensjon i folkerettslig forstand er. Temaet skaper en avveining mellom rettslig rett og moralsk rett, der enkelte tar til orde for at unilaterale humanitære intervensjoner er det riktige å gjøre, men folkerettslig feil³⁹⁵. Selv om temaet er omdiskutert i teorien foreligger det ikke ett folkerettslig grunnlag i hverken primærkildene eller sekundærkildene. Den omstridte teoretiske diskusjonen har ikke hatt virkning av å utvikle en adgang til unilaterale humanitære intervensjoner³⁹⁶.

Når det ikke finnes et rettslig grunnlag hverken i traktat, folkerettslig sedvanerett eller folkerettslig juridisk teori, kan det hittil utledes at en unilaterale humanitær intervensjon er folkerettsstridig.

5.1.6 R2P som sekundærkilde og dens innvirkning på lovligheten av unilaterale humanitære intervensjoner

R2P er en bekreftelse inntatt i FNs-resolusjon A/RES/60/1, avsnitt 138 og 139, vedtatt av FNs Generalforsamling i 2005, med formål om å beskytte befolkninger fra folkemord, krigsforbrytelser, etnisk rensing og forbrytelser mot menneskeheten³⁹⁷.

Ordlyden i avsnitt 138 kan ut fra en språklig forståelse tolkes slik at statene ilegges et overordnet ansvar for at befolkningen ikke utsettes for de nevnte overgrepene³⁹⁸. Denne ansvarsplikten kan ut fra ordlyden sies å ha to sider.

For det første skal staten i positiv forstand hindre at dens borgere blir utsatt for de nevnte overgrep. For det andre er staten avgrenset negativt mot å selv påføre sine borgere slike

³⁹³ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 131.

³⁹⁴ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 212.

³⁹⁵ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 130.

³⁹⁶ Stuart Casey-Maslen, 2020: s. 111.

³⁹⁷ A/RES/60/1. Overskrift for avsnittene 138 – 140.

³⁹⁸ A/RES/60/1. avsnitt 138.

overgrep³⁹⁹. Resolusjonen pålegger dermed statene å forhindre og å avstå fra de nevnte overgrep. Denne oppfattelsen er det også en folkerettslig bred oppslutning om⁴⁰⁰.

Videre legger resolusjonen i avsnitt 139 til grunn at, der nasjonale myndigheter svikter, inntreder det et ansvar for det internasjonale samfunnet, til å fatte tiltak i overensstemmelse med FN-paktens kapittel VII, gjennom sikkerhetsrådet⁴⁰¹.

Dermed legger R2P opp til en ansvarliggjøring i to retninger, der primæransvaret er tillagt nasjonalstaten, med et påfølgende subsidiert ansvar for FNs sikkerhetsråd til å følge opp og foreta tiltak.

Resultatet er dermed at Sikkerhetsrådet har fått ansvaret for å vurdere, og å autorisere bruk av væpnet makt, for å forhindre blant annet, folkemord⁴⁰². Når Sikkerhetsrådet har fått ansvaret for å ivareta R2Ps formål, har det i teorien blitt vurdert å ikke bare være ansvars plassering, men også å ha en praktisk effekt, ved at det dermed ikke er adgang til å iverksette en unilateral humanitær intervensjon for statene⁴⁰³. R2P innebærer dermed å understreke det faktum at unilaterale humanitære intervensjoner er forbudt⁴⁰⁴.

Til dette kan det også pekes på en problematikk med det faktum at det internasjonale samfunnet har ansvar for R2P dersom nasjonalstaten feiler. Ansvaret er plassert hos Sikkerhetsrådet⁴⁰⁵. Ser man stormaktenes vetorett i lys av et behov for humanitær intervensjon med grunnlag i R2P, er det fare for at et kapittel VII vedtak med grunnlag i R2P i Sikkerhetsrådet, kan bli blokkert av en vetomakt av politiske årsaker⁴⁰⁶. Dette kan dermed også medføre en fare for at et folks livsgrunnlag alene er overlatt til en vetomakts nåde. Dette er i teorien pekt på at vil «*øke makten til Sikkerhetsrådets faste medlemmer*»⁴⁰⁷.

Dermed står verdenssamfunnet igjen ovenfor en fare for en situasjon lik den man også sto ovenfor i 1999 og folkemordet i Jugoslavia – en fare for handlingslammelse i Sikkerhetsrådet og fare for at en sannsynligvis folkerettsstridig unilateral humanitær intervensjon skjer. FN har kompetansen, særlig etter vedtakelsen av R2P, men dette har hatt den effekten at det kun

³⁹⁹ Vibeke Blaker Strand, Kjetil Mujezinović Larsen, 2016: s.28-30

⁴⁰⁰ Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 226.

⁴⁰¹ A/RES/60/1. avsnitt 139.

⁴⁰² Morten Ruud, Geir Ulfstein, 2018: s. 226.

⁴⁰³ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 132.

⁴⁰⁴ Stuart Casey-Maslen, 2020: s. 117.

⁴⁰⁵ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 132.

⁴⁰⁶ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 136.

⁴⁰⁷ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 130.

har utvidet grunnvilkåret for Sikkerhetsrådets kompetanse, og samtidig gitt effekten av å krystallisere et forbud mot unilateral humanitær intervensjon⁴⁰⁸.

R2P kan dermed angivelig ikke sies å ha endret den folkerettslige rettstilstanden, foruten å sette konseptet om humanitær intervensjon på agendaen innenfor FNs system, og å presisere forbudet mot unilateral humanitær intervensjon ved å legge ansvaret for en slik prosess til Sikkerhetsrådet⁴⁰⁹.

5.2 Russlands argument om folkemord og forholdet til unilateral humanitær intervensjon som folkerettslig grunnlag

Som nevnt, var ett av Russlands argumenter for invasjonen av Ukraina i 2022, at det pågikk et blodig folkemord⁴¹⁰. Argumentet reiser to spørsmål: Forelå det et folkemord? Og hvis så, er Russlands invasjon på grunnlag av humanitær intervensjon folkerettmessig?

Da Russland har argumentert for at det foreligger et folkemord, er det nødvendig å definere hva et folkemord er. Dette fordi folkemord kan sies å være et av vilkårene for at en humanitær intervensjon er lovlig.

5.2.1 Definisjon av «folkemord» og begrepet knyttet til Russlands argument

Begrepet «folkemord» kan isolert sett forstås slik at det omfatter drapshandlinger mot et folk. Begrepet er legaldefinert i Folkemordskonvensjonen (FK) art 2, og utvider begrepet til å ikke bare omfatte rene drapshandlinger mot et folk, men også:

*enhver handling som forårsaker alvorlig legemlig eller sjelelig skade eller å, utsette folkegruppen for levevilkår som tar sikte på å bevirke dens fysiske ødeleggelse helt eller delvis, eller påtvinge tiltak som tar sikte på å forhindre fødsler i folkegruppen, eller med makt overføre barn fra gruppen til en annen gruppe*⁴¹¹.

Definisjonen har dermed et bredere anvendelsesområde enn kun ved drap av befolkning eller grupper.

Anvendes definisjonen på det konkrete tilfellet, kan det sies at Russland ikke har fremsatt noen bevis eller fakta som tilsier at det før eller ved invasjonstidspunktet, forelå et folkemord ved drap på sivile, etter definisjonen i FK art 2. Derimot viser undersøkelser foretatt og publisert av FNs høykommissær for menneskerettigheter at totalt antall drepte sivile i Ukraina

⁴⁰⁸ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 131.

⁴⁰⁹ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 131 -132.

⁴¹⁰ <http://en.kremlin.ru/events/president/transcripts/67843> avsnitt 36.

⁴¹¹ Folkemordskonvensjonen, 1948: art 2

i perioden 1. januar 2021 – 30. september 2021, var 18 sivile, som følge av det daværende konfliktnivået⁴¹². Dette har også blitt vist av anerkjente fakta-sjekkere⁴¹³.

Rapporten viser også en nedgang i antall drepte sivile i perioden 2014 – 2021, fra 2084 drepte sivile i 2014, til 18 drepte sivile i 2021⁴¹⁴. Tallene i seg selv sier intet om folkemord, men de gir en indikasjon på at det ikke foreligger empirisk grunnlag for å si at det foregikk systematiserte drap på sivile i Ukraina. Nærliggende ville være at tallene i så tilfelle, steg fra 2014-2022. Det kan dermed ikke sies at det foreligger et folkemord ut fra definisjonen med hensyn til antall drepte, noe Russland også ikke har bevist.

Ordlyden i definisjonen utvider begrepet «*folkemord*» til å også omfatte andre handlinger⁴¹⁵. Russland har heller ikke her dokumentert at handlinger som omfattes av definisjonen i utvidet forstand, og OSSE (Organisasjonen for sikkerhet og samarbeid i Europa⁴¹⁶) har ikke observert at slike handlinger er begått i perioden 2014-2022⁴¹⁷. Det foreligger dermed ikke holdepunkter for å si at definisjonen av folkemord, er overtrådt av den Ukrainske regjeringen.

Skulle det likevel ha vært tilfellet, er det ut fra denne avhandlingens analyse ikke nødvendigvis adgang for Russland til å intervenere militært.

5.2.2 Humanitær intervensjon som grunnlag for Russlands invasjon av Ukraina

Hovedregelen er at stater skal avstå fra maktbruk i deres mellomstatlige forhold⁴¹⁸. Likevel er det meget omdiskutert hvorvidt humanitære intervensjoner er et unntak fra FN-pakten, som det fremgår av avhandlingens analyse.

Selv om konseptet om humanitær intervensjon som selvstendig unntak fra FN-pakten er omdiskutert, kan det som følge av avhandlingens analyse av det folkerettslige rettskildebildet, utledes at en humanitær intervensjon er lovlig under visse forutsetninger, herunder i samsvar med et FN-mandat⁴¹⁹.

⁴¹² <https://ukraine.un.org/sites/default/files/2021-10/Conflict-related%20civilian%20casualties%20as%20of%2030%20September%202021%20%28rev%20%20Oct%202021%29%20EN.pdf>

⁴¹³ <https://www.politifact.com/factchecks/2022/feb/25/vladimir-putin/putin-repeats-long-running-claim-genocide-ukraine/>

⁴¹⁴ <https://ukraine.un.org/sites/default/files/2021-10/Conflict-related%20civilian%20casualties%20as%20of%2030%20September%202021%20%28rev%20%20Oct%202021%29%20EN.pdf>

⁴¹⁵ Folkemordskonvensjonen, 1948: art 2.

⁴¹⁶ [https://www.osce.org/ukraine-smm/reports/?filters=+ds_date:\(\[2022-02-20T00:00:00Z%20TO%202022-03-01T00:00:00Z\]\)&solrsort=score%20desc&rows=10](https://www.osce.org/ukraine-smm/reports/?filters=+ds_date:([2022-02-20T00:00:00Z%20TO%202022-03-01T00:00:00Z])&solrsort=score%20desc&rows=10)

⁴¹⁷ <https://www.faktisk.no/artikler/06emn/ett-ar-med-desinformasjon-krigslogner-og-falske-narrativ>

⁴¹⁸ FN-pakten, 1945: art 2.4.

⁴¹⁹ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 131-132.

For at en humanitær intervensjon skal være folkerettmessig, kan det sies å være prosessuelle krav knyttet til denne typen militær maktbruk⁴²⁰. Den skal foregå gjennom FNs system, ved et vedtak i FNs sikkerhetsråd⁴²¹.

Russland invaderte Ukraina uten å ha fremmet sak om maktbruk etter FN-paktens system, og dette er et avgjørende moment i den folkerettslige lovligheten av Russlands andre grunnlag for invasjonen. FNs sikkerhetsråd har ikke autorisert en humanitær intervensjon, og det kan på den bakgrunn sies at Russlands invasjon av Ukraina i et tilfelle av folkemord ville vært å anse som en unilateral humanitær intervensjon. Analysen viser at slike typer intervensjoner er i strid med folkeretten.

Likevel viser analysen at det ikke forelå indikasjoner eller bevis for at det foregikk et folkemord i Ukraina. Russlands påstander om folkemord og humanitær intervensjon er dermed grunnløse og har ikke grunnlag i folkeretten. Maktbruken faller dermed tilbake under FN-pakten art 2.4 som legger til grunn at Russlands bruk av makt er forbudt, og er å anse som en aggresjonskrig, jf. RES 3314 (XXIX), jf. art 2.4. Dermed er invasjonen i strid med folkeretten⁴²².

5.3 Delkonklusjon

Kapittel 5 viser at temaet er omdiskutert, men at humanitær intervensjon kan deles i to grener. Innenfor FNs system og utenfor FNs system, der sistnevnte derav er unilateral. Hverken primærkildene eller sekundærkildene i folkeretten danner grunnlag for en unilateral humanitær intervensjon. Når R2P ble vedtatt, gav dette et resultat av at det internasjonale samfunnet tok ansvar og plasserte myndigheten hos Sikkerhetsrådet. Det er dermed Sikkerhetsrådet som har kompetansen. Dette bekreftet også at unilaterale humanitære intervensjoner er forbudt.

Analysen viser også at det ikke forelå indikasjoner eller bevis for at det foregikk et folkemord i Ukraina. Det er dermed klart at Russland ikke kan påberope seg folkemord. Dersom det likevel var tilfellet, ville en humanitær intervensjon krevd et vedtak i FNs sikkerhetsråd. Russland har derimot aksjonert alene. Det er ikke grunnlag for Russland til å iverksette en unilateral humanitær intervensjon.

⁴²⁰ A/RES/60/1. avsnitt 138-139, jf. FN-pakten, 1945: art 42, jf. 39.

⁴²¹ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 132.

⁴²² FN-pakten, 1945: art 2.4.

Maktbruken omfattes dermed av FN-pakten art 2.4 som innebærer at Russlands bruk av makt er forbudt. Dermed er invasjonen folkerettsstridig⁴²³.

6. Konklusjon

Avhandlingens problemformulering er om FN-paktens art 51 er et rettslig grunnlag for Russland til å invadere Ukraina, og om en humanitær intervensjon på grunnlag av folkemord utgjør et selvstendig folkerettslig grunnlag for Russlands invasjon av Ukraina.

For å svare på denne problemformuleringen har det vært nødvendig å analysere statenes utgangspunkt for bruk av makt og de unntakene som gjelder for legitim maktbruk. Det har også vært nødvendig å vurdere hvorvidt statene har en adgang til å iverksette humanitære intervensjoner med grunnlag i folkemord, slik Russland har anført.

Avhandlingens kapitler er strukturert ut fra de argumenter Russland selv har fremlagt. Disse kapitler har blitt avsluttet med delkonklusjoner som danner grunnlaget for å konkludere.

Analysen viser at Russlands argumenter for invasjonen av Ukraina er selvforsvar og humanitær intervensjon på grunnlag av folkemord.

Til Russlands første argument, viser analysen at hovedregelen om maktforbud står sterkt og at terskelen for når det foreligger en maktbruk, er lav. Maktforbudet favner bredt og omfatter handlinger som knytter seg til bruk av militære styrker i mellomstatlige forhold, og som utløser en selvforsvarsrett etter FN-pakten art 51. Samtidig innebærer ikke ethvert brudd med maktforbudet en automatisk rett til selvforsvar. Maktforbudet kan dermed sies å etablere et skille mellom makthandlinger som utløser selvforsvarsretten, og makthandlinger som ikke utløser rett til selvforsvar.

Vurderingen av Russlands konkrete makthandlinger viser at Russland bryter maktforbudet ved at styrketyper og mengden, samt overtredelse av en internasjonal grense, utøver en maktbruk som er å anse som aggresjonskrig. Analysen av maktforbudet viser dermed at Russland som utgangspunkt opptrer folkerettsstridig, jf. FN-pakten art 2.4 samt RES (XXIX) art 1, jf. art 3.

Videre viser analysen i kap. 4, at det er to legitime unntak fra hovedregelen. Unntakene inneholder en rekke betingelser som skal være oppfylt for at en folkerettslig maktbruk er

⁴²³ FN-pakten, 1945: art 2.4.

lovlig. Det er her tale om vedtak i FNs sikkerhetsråd, og selvforsvar under FN-pakten art 51⁴²⁴.

Det relevante unntaket for denne avhandlingen er selvforsvar. Analysen viser at dette unntaket forutsetter at 8 kumulative vilkår skal være oppfylt. Av disse er det særlig to relevante betingelser for Russlands påberopte rett til selvforsvar, herunder at «*armed attack*» skal «*occurs*»⁴²⁵.

Analysen viser at ordlyden «*armed attack*» ikke kan sies å omfatte enhver bruk av makt. Ordlyden etablerer en terskel og setter krav til en konkret form for makthandlinger. Hvorvidt terskelen er overtrådt og en handling er å anse som «*armed attack*», beror konkret på handlingens skala og effekt, der avgjørende er om den er egnet til å forårsake et visst skadeomfang som følge av handlingens skala og effekt⁴²⁶.

Tidspunktet for når det foreligger et «*armed attack*», er satt til når det «*occurs*». Tidspunktet for hvorvidt det foreligger et væpnet angrep har i folkerettsteorien blitt vurdert til å bero på hvorvidt angrepet har materialisert seg og er en vanskelig grense å trekke⁴²⁷.

Analysen av gjeldende folkerett holdt opp mot Russlands påstand om selvforsvar, viser at påstanden om selvforsvar ikke overstiger terskelen for at det foreligger et væpnet angrep, eller at dette skal ha materialisert seg som følge av NATOs ekspansjon.

NATOs ekspansive virksomhet kan riktignok utgjøre en sikkerhetspolitisk risiko for Russland, uten at det utgjør et rettslig grunnlag for utøvelse av selvforsvar.

Økningen i militær tilstedeværelse på NATOs side var ikke en realitet før Russland annekterte Krim, og taler for at tilstedeværelsen er avskrekkende. Økningen i antall medlemmer kan også begrunnes i andre staters bekymring knyttet til Russlands opptreden internasjonalt. Her har den enkelte stat i kraft av suverenitetsprinsippet også rett til å selv velge internasjonalt medlemskap og samarbeid. Sammenholdt taler momentene for at NATOs ekspansjon ikke er en materialisering av et angrep.

Analysen viser dermed at Russlands invasjon, ikke er omfattet av unntakene i folkerettens rettskilder. Det er på den bakgrunn at Russlands argument om selvforsvar etter FN-paktens art

⁴²⁴ Ole Espersen, Frederik Harhoff, Ole Spiermann, 2002: s. 274.

⁴²⁵ FN-pakten, 1945: art 51.

⁴²⁶ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, avsnitt 195.

⁴²⁷ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 114.

51 kan sies å være en påstand uten folkerettslige holdepunkter. Dermed er Russlands invasjon omfattet av maktforbudet i FN-pakten art 2.4, og Russlands invasjon er på dette punkt folkerettsstridig.

Til tross for dette, er invasjonen også begrunnet i et angivelig folkemord som grunnlag for invasjonen.

Humanitær intervensjon som konsept har vist seg å ha flere definisjoner i teorien. Felles for definisjonene er at de alle forutsetter at det foreligger et brudd på grunnleggende menneskerettigheter, herunder folkemord, og at det på den bakgrunn brukes væpnet militær makt for å stanse folkemordet⁴²⁸.

Analysen viser at dersom en slik intervensjon skulle vært folkerettslig lovlig, kreves det at en slik intervensjon er autorisert av FNs sikkerhetsråd. Dette er særlig kommet til uttrykk under R2P⁴²⁹.

For å belyse folkerettmessigheten av en humanitær intervensjon er det hensiktsmessig å foreta et skille mellom humanitær intervensjon med autorisasjon fra Sikkerhetsrådet, og unilateral humanitær intervensjon. Sistnevnte er forbudt og er en praktisk effekt etter resolusjonen om R2P⁴³⁰.

Det har vist seg å ikke være adgang for en stat, til å iverksette en unilateral humanitær intervensjon uten autorisasjon fra Sikkerhetsrådet. Uavhengig av om det forelå et folkemord i Ukraina, ville dermed Russlands argument og iverksettelse av intervensjon på et slikt grunnlag, være folkerettsstridig nettopp fordi den mangler autorisasjon fra Sikkerhetsrådet.

Dessuten foreligger det indikasjoner på at det ikke forelå et folkemord i Ukraina. Russland har heller ikke fremlagt holdepunkter som beviser det motsatte.

Analysen viser også at en humanitær intervensjon ikke er et selvstendig unntak fra hovedregelen. En humanitær intervensjon vil snarere være et konkret tiltak Sikkerhetsrådet har kompetanse til å iverksette etter FN-pakten art 42, jf. 39.

⁴²⁸ Ole Espersen, Frederik Harhoff, Ole Spiermann, 2002: s. 279.

⁴²⁹ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 131-132.

⁴³⁰ Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen, 2020: s. 132

Dette kulminerer dermed til at FN-pakten art 51 ikke er et rettslig grunnlag for Russland til å invadere Ukraina, og at en humanitær intervensjon på grunnlag av folkemord, ikke utgjør et selvstendig folkerettslig grunnlag for Russland til å invadere Ukraina.

7. Referanseliste

Bekendtgørelse

Bekjentgørelse 1945-11-22 nr.8 De forenede Nationers Pakt (Dansk)

https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000294370?tab=karnov#BKG19458_A51

Konvensjoner og traktater samt resolusjoner

FN-pakten (1945) De Forente Nasjoners Pakt (26-6-1945) Lovdata (Norsk versjon)

<https://lovdata.no/dokument/TRAKTAT/traktat/1945-06-26-1?q=fn%20pakten>

Folkemordskonvensjonen (1948) Overenskomst om forhindring og avstraffelse av forbrytelsen folkemord (11-12-1948) Lovdata (Norsk versjon)

<https://lovdata.no/dokument/TRAKTAT/traktat/1948-12-09-1>

Resolusjoner av FNs Generalforsamling og sikkerhetsråd

Resolusjoner og utkast av FNs Generalforsamling

Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations.

<https://digitallibrary.un.org/record/202170>

RES3314(XXIX). Defenition of Aggression [https://documents-dds-](https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/739/16/IMG/NR073916.pdf?OpenElement)

[ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/739/16/IMG/NR073916.pdf?OpenElement](https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/739/16/IMG/NR073916.pdf?OpenElement)

A/RES/60/1. 2005 World Summit Outcome – Responsibility to protect (R2P).

https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_60_1.pdf

A/ES-11/L.1 Aggression against Ukraine [https://documents-dds-](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N22/272/27/PDF/N2227227.pdf?OpenElement)

[ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N22/272/27/PDF/N2227227.pdf?OpenElement](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N22/272/27/PDF/N2227227.pdf?OpenElement)

Resolusjoner og utkast av FNs Sikkerhetsråd

S/PV.9143, Maintenance of peace and security of Ukraine [https://documents-dds-](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/PRO/N22/607/38/PDF/N2260738.pdf?OpenElement)

[ny.un.org/doc/UNDOC/PRO/N22/607/38/PDF/N2260738.pdf?OpenElement](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/PRO/N22/607/38/PDF/N2260738.pdf?OpenElement)

Folkerettspraksis:

Caroline-saken https://avalon.law.yale.edu/19th_century/br-1842d.asp

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226

Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 2003, p. 16

Litteratur

Bøker – Juridisk faglitteratur kronologisk

Cecilie Hellestveit, Gro Nystuen (2020) *Krigens folkerett, Norge og vår tids kriger*, (1. utgave). Norge: Universitetsforlaget.

Carsten Munk-Hansen (2018) *Retsvidenskabsteori* (2. utgave) 1. opplag. DJØF Forlag.

Dag Michalsen (2011) *Rett, en internasjonal historie*, (1. utgave) Sweden: Pax Forlag.

Morten Ruud, Geir Ulfstein (2018) *Innføring i folkerett*, (5. utgave) Norge: Universitetsforlaget.

Ole Espersen, Frederik Harhoff, Ole Spiermann, (2002) *Folkeret De internationale retsforhold*, (2. utgave), 2. oplag. DJØF forlag

Sondre Torp Helmersen, (2018) *Folkerett i et nøtteskall*, (2. utgave), 1. opplag 2018. Norge: Gyldendal Norsk Forlag AS 2018

Stuart Casey-Maslen (2020) *Jus ad Bellum, The law on Inter-State Use of Force*, (1. utgave) UK: HART PUBLISHING: Bloomsbury Publishing Plc

Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen, Lasse Højlund Christensen, Clement Salung Petersen, (2020) *Den Civile Retspleje*, (5. utgave) 1. opplag 2020. Danmark: Forfatterne og Hans Reitzels Forlag, København 2020.

Vibeke Blaker Strand, Kjetil Mujezinović Larsen, (2015) *Menneskerettigheter i et nøtteskall* (1. utgave), 2. opplag 2016. Norge: Gyldendal Norsk Forlag AS.

Artikler og Journaler

Byers, M. (2005). War, Law, and Geopolitical Change. *International Journal*, 61(1), 201–213. <https://doi.org/10.2307/40204138>

Schmitt, M. N. (2003). *International Law and the Use of Force: The Jus Ad Bellum. Connections*, 2(3), 89–97. <http://www.jstor.org/stable/26323011>

Vita Upeniece, 2019, Conditions for the legal commencement of a armed attack. *Int. Conf. SOCIETY.Health. WELFARE*. 2018, 01022. <https://doi.org/10.1051/shsconf/20196801022>

Militære artikler

Joint Publication 3-05.1 Joint Special Operations Task Force Operations, 26. april, 2007, s. 394: Terms and definitions, «*force multiplier*». https://irp.fas.org/doddir/dod/jp3_05_01.pdf

Internettlenker:

<http://en.kremlin.ru/events/president/transcripts/67843> (Nedlastet 06.02.2023)

<http://en.kremlin.ru/events/president/transcripts/copy/24034> (Nedlastet, 20.02.2023)

<https://www.fn.no/Konflikter/ukraina> (Nedlastet 07.02.2023)

<https://snl.no/resolusjon> (Nedlastet 07.02.2023)

<https://www.fn.no/Konflikter/ukraina> (Nedlastet 09.02.2023)

https://snl.no/andre_verdenskrig#-Bakgrunn_og_forutsetninger (Nedlastet 02.03.2023)

<https://ndla.no/subject:1:9132d125-4d8f-41a6-b61d-77741662d5a9/topic:4:182163/topic:3:184957/topic:2:168758/resource:1:168761> (Nedlastet 02.03.2023)

<https://digitallibrary.un.org/record/190983> (Nedlastet 03.03.2023)

<https://naob.no/ordbok/aggressor> (Nedlastet 03.03.2023)

<https://naob.no/ordbok/stridsmakt> (Nedlastet 03.03.2023)

https://irp.fas.org/doddir/dod/jp3_05_01.pdf (Nedlastet 08.03.2023)

<https://naob.no/ordbok/angripe> (Nedlastet 23.03.2023)

<https://snl.no/angrep> (Nedlastet 23.03.2023)

<https://folkogforsvar.no/leksikon/stedfortrederkrig/> (Nedlastet 23.03.2023)

https://naob.no/ordbok/presens_1 (Nedlastet 28.03.2023)

<https://naob.no/ordbok/materialisere> (Nedlastet 28.03.2023)

<https://snl.no/D-dagen> (Nedlastet 28.03.2023)

<https://snl.no/Falklandskrigen> (Nedlastet 04.04.2023)

<https://www.forsvaret.no/om-forsvaret/operasjoner-og-ovelser/internasjonale-operasjoner/litauen> (Nedlastet 11.04.2023)

<https://snl.no/NATO> (Nedlastet 12.04.2023)

https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_111767.htm (Nedlastet 12.04.2023)

<https://ukraine.un.org/sites/default/files/2021-10/Conflict-related%20civilian%20casualties%20as%20of%2030%20September%202021%20%28rev%2008%20Oct%202021%29%20EN.pdf> (Nedlastet 24.04.2023)

<https://www.politifact.com/factchecks/2022/feb/25/vladimir-putin/putin-repeats-long-running-claim-genocide-ukraine/> (Nedlastet 24.04.2023)

[https://www.osce.org/ukraine-smm/reports/?filters=+ds_date:\(\[2022-02-20T00:00:00Z%20TO%202022-03-01T00:00:00Z\]\)&solrsort=score%20desc&rows=10](https://www.osce.org/ukraine-smm/reports/?filters=+ds_date:([2022-02-20T00:00:00Z%20TO%202022-03-01T00:00:00Z])&solrsort=score%20desc&rows=10)
(Nedlastet 24.04.2023)

<https://www.faktisk.no/artikler/06emn/ett-ar-med-desinformasjon-krigslogner-og-falske-narrativ> (Nedlastet 24.04.2023)

[https://www.osce.org/ukraine-smm/reports/?filters=+ds_date:\(\[2022-02-20T00:00:00Z%20TO%202022-03-01T00:00:00Z\]\)&solrsort=score%20desc&rows=10](https://www.osce.org/ukraine-smm/reports/?filters=+ds_date:([2022-02-20T00:00:00Z%20TO%202022-03-01T00:00:00Z])&solrsort=score%20desc&rows=10)
(Nedlastet 24.04.2023)

<https://snl.no/selvforsvar> (Nedlastet 03.05.2023)

https://avalon.law.yale.edu/19th_century/br-1842d.asp (Nedlastet 10.05.2023)

