



MEMO:

Modforanstaltninger i cyberdomænet – Den folkeretlige ramme

Af Marc Schack & Astrid Kjeldgaard-Pedersen

Centrale pointer:

- Cyberdomænet udgør en vigtig arena for konflikter mellem stater såvel som mellem stater og ikke-statslige aktører. De fleste cyberkonflikter forventes dog at ligge under den retlige tærskel for 'væbnede angreb', hvilket indebærer, at de ikke udløser en ret til selvforsvar.
- Til trods for et stærkt øget fokus på cyberdomænet i de senere år er reglerne for cyberkonflikter under grænsen for 'væbnede angreb' fortsat uklare. En af de væsentlige retlige udfordringer er, i hvilken udstrækning stater kan reagere på fjendtlige cyberoperationer ved brug af såkaldte 'modforanstaltninger'.
- Der er behov for, at Danmark bidrager til at afklare de folkeretlige rammer for cyberkonflikter, herunder særligt i relation til reglerne om modforanstaltninger. Netop på nuværende tidspunkt synes der at være gode muligheder for, at Danmark kan påvirke den retlige udvikling.

Cyberdomænet udgør aktuelt en central arena for konflikter mellem stater, samt for individers og ikke-statslige gruppers forsøg på at påvirke stater. Det mest sandsynlige inden for overskuelig fremtid er imidlertid, at fjendtlige cyberoperationer rettet mod Danmark vil ligge under den retlige grænse for 'væbnede angreb' og dermed ikke vil udløse en folkeretlig ret til at udøve selvforsvar fra dansk side. Der er derfor behov for at sætte fokus på de øvrige modreaktioner, som Danmark kan bringe i spil de scenarier, hvor cyberoperationer ikke udgør 'væbnede angreb', men desuagtet kan forvolde betydelig skade på væsentlige danske samfundsinteresser. Et af de vigtigste modsvar, som folkeretten muliggør i sådanne situationer, er de såkaldte 'modforanstaltninger' – defineret som handlinger, en stat under normale omstændigheder ville ifalde folkeretligt ansvar for at udføre, men som i det konkrete tilfælde kan være lovlige, fordi formålet er at bringe en anden stats folkeretsbrud til ophør. Denne rapport indgår i bestræbelserne på bedst muligt

at forberede Danmark på at håndtere de retlige udfordringer, som kan opstå i forbindelse med iværksættelsen af modforanstaltninger over for fjendtlige cyberoperationer under tærsklen for 'væbnet angreb'.

Reglerne er mindre klare, end man skulle tro

Selv om cyberdomænet i dag er genstand for et stort politisk og akademisk fokus, herunder fra folkeretseksperter, har udviklingen af området kun for relativt nylig taget fart. Det var således ikke før i 2012, at FE gjorde cybertruslen til et nøgletema i sine årlige trusselvurderinger, og det er først i løbet af de senere år, at tyngdepunktet i den folkeretlige debat er rykket væk fra at diskutere egentlig 'cyberkrig' og henimod spørgsmål om reguleringen af mindre indgribende konflikter. Til trods for, at flere og flere stater melder sig på banen med deres syn på folkerettens rolle i cyberspace, fremstår mange vigtige spørgsmål fortsat uafklarede. Der er netop nu grund til at tage fat på nogle af de hovedproblemstillinger, som aktuelt synes at være under hastig udvikling, således at danske beslutningstagere kan gøre sig strategiske overvejelser om, hvilke folkeretlige synspunkter Danmark bør fremme. Disse hovedproblemstillinger omhandler følgende spørgsmål:

- Hvem kan anvende modforanstaltninger, og er 'kollektive modforanstaltninger' mulige?
- Hvem kan modforanstaltninger rettes imod, herunder i situationer hvor cyberoperationer udgår fra ikke-statslige aktører?
- Hvor går de øvre og nedre grænser for, hvornår en handling retligt kan kategoriseres som en modforanstaltning?

Hvem kan anvende modforanstaltninger?

Ifølge den dominerende forståelse af folkeretten, som den ser ud i dag, er det kun muligt for stater at iværksætte modforanstaltninger – og i udgangspunktet gælder det kun de stater, som kan siges at have været ofre for den oprindelige krænkelse (offerstaterne). En væsentlig pointe i rapporten er dog, at der synes at være rum for fortolkning i forhold til en eventuel ret til at gennemføre 'kollektive modforanstaltninger' på anmodning fra en offerstat. Der er med andre ord belæg for at udfordre den gængse udlægning af reglerne og anlægge en positiv tilgang til kollektive modforanstaltningers overensstemmelse med gældende folkeret.

Hvem kan modforanstaltninger rettes mod?

I dag er det kun stater, som er omfattet af det gældende system for modforanstaltninger, men ikke-statslige aktørers fremtrædende rolle i cyberspace aktualiserer spørgsmål om nogle af de relevante retlige principper vedrørende eksempelvis 'henregning' og 'due diligence'. Det fremhæves derfor i rapporten, at henregning af en ikke-statslig aktørs handlinger til en stat kræver relativt omfattende indblanding fra statens side, ligesom kravene til de enkelte stater i forbindelse med deres due diligence-forpligtelser synes at være meget kontekst-afhængig og i høj grad at bero på generelle rimelighedsbetragtninger.

Hvor går de øvre og nedre grænser for modforanstaltninger?

Som den retlige situation ser ud i dag, er afgrænsningen af modforanstaltninger over for henholdsvis lovlige (men uvenlige) handlinger på den ene side og magtanvendelse (som ikke kan udgøre lovlige modforanstaltninger) på den anden side en væsentlig udfordring. Der er en række tvivlsspørgsmål i den sammenhæng, som skaber en risiko for, at forskellige stater og folkeretseksperter vil kategorisere konkrete handlinger forskelligt. Det kan have væsentlige implikationer bl.a.

for forståelsen af de rettigheder og forpligtelser, der følger med sådanne handlinger – og helt lavpraktisk kan det føre til, at handlinger, som Danmark anser for ulovlige, vil blive anset for lovlige af andre aktører og *vice versa*.

Anbefalinger

På baggrund af de identificerede tvivlsspørgsmål synes der at være et udtalt behov for at klargøre den folkeretlige regulering af modforanstaltninger i cyberdomænet med henblik på at skabe forøget stabilitet og forudsigelighed. Det er vores vurdering, at Danmark har en interesse i at bidrage til en sådan udvikling af den folkeretlige ramme, både på grund af Danmarks generelle interesse i at fastholde og styrke den regelbaserede verdensorden – herunder i cyberspace – men også fordi Danmark netop nu har mulighed for at påvirke den retlige udvikling i den retning, som danske beslutningstagere finder ønskelig.

Det anbefales derfor, at Danmark fortsat indgår aktivt i relevante fora og processer, der har til formål at afklare folkerettens rolle i cyberspace. Det omfatter de eksisterende FN-spor baseret henholdsvis på Group of Governmental Experts (GGE) modellen og den såkaldte Open-Ended Working Group (OEWG) proces – i det omfang Danmark, direkte eller indirekte, har adgang til disse processer og har mulighed for at øve reel og effektiv indflydelse.

Det anbefales herudover, at Danmark bidrager til den retlige udvikling ved at fremlægge danske synspunkter vedrørende de elementer af folkeretten, som skaber uklarheder i forhold til reguleringen af modforanstaltninger. Da en sådan udmelding fra dansk side vil forudsætte stillingtagen til en række vanskelige retlige problemstillinger, bør den så vidt muligt indgå i en eksplicit, samlet og overskuelig analyse, der udtrykker Danmarks holdning til centrale dele af folkerettens generelle rolle i cyberspace.

At kun få stater på nuværende tidspunkt har fremlagt sådanne samlede og eksplicite juridiske analyser af folkerettens rolle i cyberspace illustrerer både behovet for yderligere bidrag samt effekten af de enkelte staters bidrag. Det har således vist sig, at også små stater har været i stand til at påvirke den juridiske debat – og dermed potentielt påvirke den retlige udvikling. Det er en mulighed, som også Danmark kan udnytte.

Dette memo bygger på rapporten '**Modforanstaltninger i cyberdomænet - den folkeretlige ramme**', udgivet af Det Juridiske Fakultet, Københavns Universitet, som en del af projektet International Law & Military Operations (InterMil). Rapporten kan findes i sin fulde længde på InterMil's hjemmeside.

Om InterMil

InterMil gennemfører praksisnær juridisk forskning og forskningsbaseret myndighedsbetjening inden for militære studier. InterMil-projektet er etableret ved en aftale mellem Det Juridiske Fakultet (i samarbejde med Forsvarsakademiet) og Center for Militære Studier på Københavns Universitet som led i implementeringen af forsvarsforliget 2018-2023, hvori forligskredsen har udtrykt ønske om "øget fokus på de folkeretlige udfordringer forbundet med bl.a. deltagelse i internationale operationer, cyber, droner og højteknologiske og elektroniske kampmidler."

Læs mere om InterMil her:

<https://jura.ku.dk/icourts/research/intermil/>

Kontakt os

Marc Schack (masc@fak.dk)

Astrid Kjeldgaard-Pedersen

(astrid.kjeldgaard-pedersen@jur.ku.dk)