



Folke- rettslig metode

Andreas Motzfeldt Kravik
Stian Øby Johansen
Audun Lunnan Hjort



Universitetsforlaget

FOLKERETTS
LIG
METODE

*Andreas Motzfeldt Kravik, Stian Øby Johansen
og Audun Lunnan Hjort*

FOLKERETTSLIG METODE

UNIVERSITETSFORLAGET

© Universitetsforlaget 2023

ISBN 978-82-15-05569-5

Materialet i denne publikasjonen er omfattet av åndsverklovens bestemmelser. Uten særskilt avtale med rettighetshaverne er enhver eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring bare tillatt i den utstrekning det er hjemlet i lov eller tillatt gjennom avtale med Kopinor, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Utnyttelse i strid med lov eller avtale kan medføre erstatningsansvar og inndragning og kan straffes med bøter eller fengsel.

Henvendelser om denne utgivelsen kan rettes til:

Universitetsforlaget
Postboks 508 Sentrum
0105 Oslo

www.universitetsforlaget.no

Omslag: Nina Lykke

Sats: ottaBOK

Trykk og innbinding: Mediehuset Andvord

Boken er satt med: Adobe Garamond Pro 11/14

Papir: 100 g Amber Graphic



Forord

Denne boken er ment å være et verktøy for å løse folkerettslige rettsspørsmål. Fremstillingen er basert på våre felles erfaringer fra UD's rettsavdeling, Det juridiske fakultetet ved UiO og advokatbransjen. Vi tror de forskjellige innfallsvinklene har bidratt til en klarere fremstilling, der problemstillinger belyses og løses på en måte som har resonans på tvers av ulike fagdisipliner og yrkesgrupper.

Vi har hatt som mål å gjøre boken mest mulig praktisk innrettet. Det betyr at boken vektlegger problemstillinger som en faktisk kan møte på, enten det er i rettssalen, på kontoret eller ved eksamenspulten. Vi gjør også noen dypdykk i enkelte problemstillinger som våre erfaringer tilsier at kan være krevende å håndtere.

Dette er en bok som det har vært veldig gøy å skrive. Folkerett er et sammensurium av ulike kilder og institusjoner, med politikk, kultur og historie som bakteppe. Vi håper at vi gjennom boken ikke bare har gjort folkeretten enklere å forstå, men at vi også har klart å formidle hvor relevant og spennende folkerett er som fagdisiplin.

Vi har samarbeidet tett om skrivingen av hele boken. Hver av oss har likevel hatt hovedansvaret for enkelte deler. Stian Øby Johansen har hatt hovedansvaret for kapittel 3 og 5 samt punkt 7.3. Andreas Motzfeldt Kravik har hatt hovedansvaret for kapittel 4 og 9 samt punkt 7.2. Audun Lunnan Hjort har hatt hovedansvaret for kapittel 6 og 8. Kapittel 1 og 2 har vært et fellesansvar.

Avslutningsvis vil vi gjerne få takke dem som har hjulpet oss med boken. Tusen takk til Sondre Torp Helmersen og Eirik

Bjørge for gode kommentarer til et tidligere utkast, og til Lisa Haug Andersen for fantastisk hjelp med fotnoter og gjennomgang av kilder. Endelig vil vi rette en stor takk til Universitetsforlaget for å ha tilrettelagt for prosjektet og for gode råd og bistand underveis.

Arbeidet med boken ble avsluttet ved utløpet av mars 2023.

Oslo 1. april 2023

*Andreas Motzfeldt Kravik, Stian Øby Johansen
og Audun Lunnan Hjort*

Innhold

Forord	5
Forkortelser	14
Kapittel 1	
Folkerett og folkerettslig metode	17
1.1 Innledning	17
1.2 Hvordan vet jeg om en sak reiser folkerettslige spørsmål?	20
1.2.1 Utgangspunktet: Folkeretten er en del av norsk rett	20
1.2.2 Situasjoner og sakstyper som folkeretten typisk regulerer	24
1.3 Hvordan finne relevante folkerettslige kilder? ..	26
Kapittel 2	
Hva er folkerett?	29
2.1 Overordnet	29
2.2 Folkerettslige rettskilder	30
2.2.1 Introduksjon	30
2.2.2 Hva er de folkerettslige rettskildene? ...	31
2.3 Generell og spesiell folkerett	34
Kapittel 3	
Sedvaneretten	36
3.1 Innledning	36

3.2	Sedvanerettens to elementer: praksis og <i>opinio juris</i>	38
3.3	Hvilke aktørers praksis og <i>opinio juris</i> er relevant?	41
3.4	Identifikasjon av sedvanerett – praksiselementet	44
3.4.1	Hva er (stats)praksis?	44
3.4.2	Hvordan fastlegge en stats praksis?	46
3.4.3	Hvor omfattende praksis er nødvendig?	48
3.5	Identifikasjon av sedvanerett – rettsoverbevisningselementet (<i>opinio juris</i>)	50
3.5.1	Hva er <i>opinio juris</i> ?	50
3.5.2	Hvordan fastlegge en stats <i>opinio juris</i> ?	53
3.5.3	Hvor omfattende <i>opinio juris</i> er nødvendig?	55
3.6	Identifikasjon av sedvanerett – noen fellesspørsmål	56
3.6.1	Hvor lang tid må gå?	56
3.6.2	Traktater og sedvanerett	56
3.6.3	Sedvanerettsidentifikasjon og subsidiære midler	58
3.7	Begrensninger i sedvanerettens anvendelsesområde	60
3.7.1	«Persistent objector»-læren	60
3.7.2	Regional/lokal/spesiell sedvanerett	61
3.8	Folkerettslig sedvanerett i norske domstoler	62
3.8.1	Hovedtrekk	62
3.8.2	HR-2019-610-A (Tidal)	64
3.8.3	HR-2020-1340-A (fremmedkriger)	66
3.8.4	Avsluttende betraktninger	69

Kapittel 4

Tolkning av traktater	71
4.1 Innledning	71
4.2 Wien-konvensjonen om traktatretten	72
4.3 Hva er en traktat?	73
4.4 Wien-konvensjonen som sedvanerett	74
4.5 Norge og Wien-konvensjonen	74
4.6 Den generelle regelen om traktattolkning	75
4.6.1 Ordlydens betydning for traktat- tolkning	76
4.6.2 Kontekstuell tolkning	82
4.6.3 Gjenstand og formål	86
4.6.4 God tro	91
4.7 Etterfølgende avtaler og etterfølgende praksis ..	93
4.7.1 Etterfølgende avtaler	94
4.7.2 Etterfølgende praksis	94
4.8 Relevante regler i folkeretten	102
4.9 Supplerende tolkningsmomenter	105
4.9.1 Traktatens forarbeider	106
4.9.2 Traktatens forhistorie	109
4.9.3 Andre supplerende tolkningsmomenter .	109
4.10 Særlig om dynamisk tolkning	111
4.11 Traktater på ulike språk	119
4.12 Avsluttende merknader	121

Kapittel 5

Generelle rettsprinsipper	124
5.1 Innledning	124
5.2 De generelle rettsprinsippenes bakgrunn og rolle	127
5.2.1 Historisk: i skyggen av traktater og sedvanerett	127

5.2.2	De generelle rettsprinsippenes rolle i dag	131
5.3	Generelle rettsprinsipper utledet fra de nasjonale rettssystemene	134
5.3.1	Utgangspunkt: en totrinns analyse	134
5.3.2	Identifikasjon av et prinsipp som er felles for nasjonale rettssystemer	135
5.3.3	Vurdering av om fellesprinsippet lar seg overføre til folkeretten	139
5.4	Generelle rettsprinsipper utledet fra folkeretten selv	141
5.4.1	Eksistens	141
5.4.2	Identifikasjon	142
5.5	Folkerettens generelle rettsprinsipper i norsk rettspraksis	145

Kapittel 6

	De subsidiære midlene	148
6.1	Introduksjon	148
6.2	Rettsavgjørelser	149
6.2.1	Introduksjon	149
6.2.2	Internasjonale domstolars vektning av rettsavgjørelser	150
6.2.3	Fravikelse av tidligere avgjørelser	153
6.2.4	Særlig om rettspraksis fra ICJ	155
6.2.5	Nærmere om forholdet mellom de ulike domstolene og domstolslignende organene	156
6.2.6	Særlig om rettspraksis fra nasjonale domstoler, herunder norske	160
6.2.7	Nærmere om relevans og vekt	161
6.2.8	Domstolskapt rett eller utvikling av folkeretten?	164

6.3	Rettslig teori	168
6.3.1	Hva er rettslig teori?	168
6.3.2	Vekt – utgangspunkter	169
6.3.3	Differensiering av vekt mellom tekster ..	171
6.3.4	Domstolers bruk av rettslig teori	172
6.3.5	Særlig om tekster fra ILC	174

Kapittel 7

Tolkning av regler med opphav i folkerettslige

subsystemer	176	
7.1	Innledning – Én enhetlig folkerettslig metode	176
7.1.1	Folkerettslig fragmentering	176
7.1.2	Kontraktstraktater, konstituerende traktater og rettssettende traktater	178
7.2	Tolkning av EMK	180
7.2.1	Innledning	180
7.2.2	Effektivitetsprinsippet	181
7.2.3	Europeisk konsensus	181
7.2.4	Annen folkerett	183
7.2.5	Læren om statenes skjønnsmargin	183
7.2.6	EMD og dynamisk tolkning	184
7.2.7	Høyesteretts tolkning av EMK	186
7.2.7.1	EMK tolkes basert på EMDs metode	186
7.2.7.2	Norske verdiprioriteringer	187
7.2.7.3	Oppsummering	190
7.3	Tolkning av EØS-avtalen	190
7.3.1	Innledning	190
7.3.2	EU-rett og EØS-rett – folkerett med egen metode?	191
7.3.3	EU-domstolens tolkningsstil	194

7.3.4	Kan en EU-rettslig tolkning overføres til EØS-retten?	199
7.3.5	Høyesteretts tolkning av EØS-avtalen	202

Kapittel 8

Tolkning av resolusjoner vedtatt av FNs sikkerhetsråd	204	
8.1	Hva er Sikkerhetsrådet og sikkerhetsråds-resolusjoner?	204
8.2	Utgangspunkter	205
8.3	Likheter og forskjeller mellom sikkerhetsråds-resolusjoner og traktater	206
8.4	Nærmere om Wien-konvensjonen og sikkerhetsrådsresolusjoner	208
8.4.1	God tro	208
8.4.2	Ordlyden etter en naturlig forståelse	209
8.4.3	Kontekstuell tolkning	210
8.4.4	Gjenstand og formål	211
8.4.5	Etterfølgende avtaler og praksis	211
8.4.6	Tolkning i lys av folkerettslige regler, herunder menneskerettigheter og internasjonal strafferett	212
8.4.7	Supplerende tolkningsmomenter	216
8.5	Andre faktorer som kan tas i betraktning – tolkning i lys av FN-pakten	217
8.6	Norske domstolars tilnærming til tolkning av sikkerhetsrådsresolusjoner	218

Kapittel 9

Løsning av konflikt mellom folkerettsregler	222	
9.1	Innledning	222
9.2	<i>Lex specialis</i> -prinsippet	223
9.3	<i>Lex posterior</i> -prinsippet	228
9.4	<i>Lex superior</i> -prinsippet	229

9.3.1 Jus cogens	230
9.3.2 FN-pakten artikkel 103	231
Kilder	233
Traktater	233
Rettspraksis fra internasjonale domstoler og voldgiftstribunaler	238
Nasjonal rettspraksis	245
Andre internasjonale dokumenter	247
Nasjonale lover og forarbeider	249
Litteratur	252
Stikkordregister	260

Forkortelser

CERD	Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination
CRPD	Convention on the Rights of People with Disabilities
DARIO	Draft Articles on the Responsibility of International Organizations
DARS	Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts
EFTA	European Free Trade Association
EMD	Den europeiske menneskerettsdomstolen
EMK	Den europeiske menneskerettskonvensjon
ESA	EFTA Surveillance Authority
EU	Den europeiske union
FN	De forente nasjoner
ICC	International Criminal Court
ICJ	International Court of Justice
ICRC	Den internasjonale Røde Kors-komiteen
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda
ICTY	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia
IDI	Folkerettsinstituttet (Institut de Droit International)
ILA	International Law Association
ILC	Folkerettskommisjonen (International Law Commission)
ITLOS	Den internasjonale havrettsdomstolen

ODA-avtalen	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol
PCIJ	Den permanente internasjonale domstolen
SP	FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter
TEU	Traktaten om Den europeiske union
TEUV	Traktaten om Den europeiske unions virkemåte
UNCLOS	FNs havrettskonvensjon
UNCSI	FN-konvensjonen om statsimmunitet
UNHCR	FNs høykommissær for flyktninger
WTO	Verdens handelsorganisasjon

Folkerett og folkerettslig metode

1.1 Innledning

Folkeretten regulerer stadig flere emner av betydning for jurister i Norge. Hva betyr det at alle har krav på en rettferdig rettergang? Kan man pålegge utenlandske skip å følge norske arbeidsmiljøbestemmelser i norske farvann? Kan man bli straffeforfulgt for brudd på norsk lov i utlandet? Når kan norske myndigheter frata noen foreldreretten? Hvor fritt står myndighetene til å samle inn personopplysninger? Ingen av spørsmålene kan besvares uten å tolke og anvende folkerettslige rettskilder. Folkeretten regulerer også sentrale deler av internasjonal politikk. Var det militære angrepet på Libya i 2011 lovlig? Kan FNs sikkerhetsråd vedta sanksjoner mot Myanmar? Er det tillatt for Norge å nekte russiske fiskefartøy adgang til norske havner?

Folkerettens betydning for internasjonal politikk er kjent for de fleste. Mer oppsiktsvekkende er den innflytelse folkeretten etter hvert har fått over vårt nasjonale rettssystem. Siden årtusenskiftet har importen av internasjonale regler på enkelte områder vært enorm. Mange norske rettsområder er nå så sammenvevd med folkeretten at rettstilstanden ikke lar seg avklare uten å beherske folkerettslig metode. Påvirkningen fra EMK og EØS på norsk rett er etter hvert velkjent. Men dette er bare deler av et større helhetsbilde preget av dyptgripende internasjonalisering av norsk rett. En umiddelbar konsekvens av dette er at norske jurister i dag må kunne tolke og anvende folkerettslige rettskilder.

Mange norske rettsområder er nå så sammenvevd med folkeretten at rettsstilstanden ikke lar seg avklare uten å beherske folkerettslig metode.

Etter vårt syn bør norske jurister hilse den internasjonalserte norske rettsstilstanden velkommen. For de fleste jurister i Norge har skillet mellom Norge og resten av verden blitt mindre. Én konsekvens av dette er at norske jurister har blitt deltagere i en pågående retts-

lig dialog mellom ulike rettssystemer, med de muligheter det gir for å lære av, men også påvirke den internasjonale rettsutviklingen. Dette gir også norske jurister en anledning til å bryne seg på mange nye og spennende rettslige problemstillinger som tidligere primært kom opp i internasjonale organer. Det er heller ikke tvilsomt at den norske internretten på flere områder har styrket seg etter hvert som den har måttet absorbere og tilpasse seg folkerettslige regler.

Utviklingen medfører imidlertid også særegne utfordringer. Rettskildebildet har blitt mer uoversiktlig, og det er nødvendig å forholde seg til flere domstoler og overvåkningsorganer enn før, mange av dem utenlandske og lite kjente for norske jurister, især dem som stort sett har opptrådt innenfor tradisjonelle norske juridiske rammer. Det gjør at det nok er lettere å gjøre feil enn det var før, særlig om man ikke er oppdatert på de folkerettslige rettskildene eller i tilstrekkelig grad behersker folkerettslig metode. Navsaken som kom for dagen i 2019, og alle barnevernsakene mot Norge for EMD i senere år er eksempler på saker som skyldes en feilaktig forståelse av våre folkerettslige forpliktelser. Det bør ikke være omstridt at slike saker har sammenheng med norske juristers manglende trening i å tolke og anvende internasjonale rettskilder.

Likevel er folkerettslig *metode* sjelden et tema for norske jurister, enten det gjelder på studiet eller i yrkeslivet. En del er riktignok skrevet om hvordan norske rettsanvendere skal forholde seg til praksis fra bestemte folkerettslige overvåkningsorganer som EMD og EFTA-domstolen. Ofte er diskusjonene begrenset til konkrete rettsavgjørelser og påvirkningen disse har på norske rettsforhold, gjerne med en politisk diskusjon om de internasjonale overvåk-

ningsorganene går «for langt» i sine tolkninger. Det kommer jevnlig anklager om at folkeretten er for dynamisk og uforutsigbar og truer den nasjonale politikkenes handlingsrom. Det er også en utfordring at enkelte folkerettslige traktater – typisk EMK og EØS-avtalen – ofte diskuteres i et vakuum, tilsynelatende uten forståelse for at de er en del av den alminnelige folkeretten.

Denne bokens hovedformål er å gi en oversikt over folkerettslig metode, det vil si den fremgangsmåte jurister skal benytte for å løse folkerettslige rettsspørsmål. Fremstillingen vil vise at folkeretten i all hovedsak er et system preget av rettsenhet og forutsigbar rettsutvikling. Tolkning av de aller fleste rettslige instrumenter, både nasjonale og internasjonale, vil naturlig nok innebære en viss grad av uforutsigbarhet.

Folkeretten er i all hovedsak et system preget av rettsenhet og forutsigbar rettsutvikling.

Folkerettslig metode er i prinsippet internasjonal og universell. Likevel har både Stortinget og norske domstoler – med Høyesterett i spissen – gitt føringer for hvordan folkerettslige rettskilder skal tolkes og anvendes innenfor rammene av det norske rettssystemet. For norske rettsanvendere er de sistnevnte føringene viktige, fordi mange folkerettslige rettsspørsmål som oppstår i Norge, vil bli endelig avgjort av norske domstoler. Den videre fremstillingen vil derfor ha et særskilt øye til folkerettslig metode slik den anvendes i Norge. Boken vil imidlertid også være til nytte for praktikere som jobber med folkerettslige spørsmål i en rent internasjonal kontekst.

Bokens anliggende er å bistå leseren i å fastlegge innholdet i *folkerettslige* rettskilder. Vi vektlegger derfor de folkerettslige metodeprinsippene. Folkerettslig metode har mange likhetstrekk med ordinær norsk internrettslig metode, men det er også distinkte forskjeller. Disse er det avgjørende å kjenne til, og vi vil fremheve slike forskjeller fortløpende.

Det finnes mange folkerettslige rettskilder. Boken vektlegger tolkning av folkerettslige traktater, samt fastlegging av internasjonal sedvanerett og generelle rettsprinsipper – folkerettens

mest sentrale rettskilder. Vi behandler også de subsidiære rettsmidlene: rettsavgjørelser og rettslig teori.

Vi vil også se nærmere på hvordan man tolker regler med opphav i folkerettslige subsystemer, særlig EMK-retten og EØS-retten. Tolkning av resolusjoner vedtatt av FNs sikkerhetsråd er viet et eget kapittel.

1.2 Hvordan vet jeg om en sak reiser folkerettslige spørsmål?

For en norsk rettsanvender kan det være vanskelig å vite om det kan finnes folkerett som er relevant for løsningen av et konkret rettsspørsmål. Folkeretten gjelder ikke på et saklig begrenset område – den er et fullstendig og selvstendig rettssystem. Derfor er det ikke mulig å identifisere presise kriterier for når folkeretten er relevant. Likevel vil vi, på bakgrunn av vår felles erfaring, peke på noen rettsfelt og sakstyper der folkerettslige regler ofte vil være relevante.

1.2.1 *Utgangspunktet: Folkeretten er en del av norsk rett*

Det tradisjonelle synet er at Norge følger det dualistiske prinsipp, noe som betyr at det kreves en særskilt gjennomføringsakt for at folkerettslige regler skal bli en del av norsk rett.¹ I den

¹ I monistiske stater vil derimot folkeretten uten videre anses som en del av den interne retten. Til tross for prinsipielt ulike utgangspunkter er forskjellen mellom stater som har monisme og de som har dualisme, ikke nødvendigvis stor i praksis. Selv om en stat følger det monistiske prinsipp, kan folkeretten spille en begrenset rolle. For det første kan de folkerettslige regler ha lavere trinnhøyde enn nasjonale lover. Dette vil medføre at de nasjonalt fastsatte reglene går foran folkeretten i tilfelle av motstrid. Monistiske stater stiller dessuten ofte krav til konvensjonsbestemmelsenes klarhet og adressat for at de skal kunne anvendes direkte i nasjonal rett. Dette uttrykkes ofte ved et krav om at bestemmelsene må være «self-executing», et begrep som på norsk gjerne betegnes som at den folkerettslige regelen må være selvkraftig. Enkelte stater legger også begrensninger på domstolenes adgang til å tolke og anvende folkerettslige regler.

aktuelle loven gjelder «med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat» eller lignende. Formuleringene varierer noe, og disse variasjonene kan ha rettslig betydning. For eksempel innebærer formuleringen i utlendingsloven § 3 om at loven «skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling» at folkeretten ikke bare kan brukes for å sette til side bestemmelser i loven, men også for å utfylle loven.⁸

Slike forbehold er et tydelig signal fra lovgiver om at folkerettslige regler kan være relevante ved tolkning og anvendelse av loven. Ofte vil da også forarbeidene til den aktuelle loven gi noen antydninger om hvilke folkerettslige regelsett som er særlig relevante. Riktignok må man huske at fordi slike folkerettsforbehold er generelle, vil enhver relevant folkerettslig regel kunne gå foran den aktuelle loven.

For det tredje er det en lang rekke ordinære lovbestemmelser som mer eller mindre direkte gjennomfører folkerettslige forpliktelser.⁹ Noen lover har som sitt eneste formål å gjennomføre en traktat ved transformasjon eller inkorporasjon, for eksempel lov om Haagkonvensjonen 1996 og lov om konvensjon om kjemiske våpen.¹⁰ Det finnes også flere eksempler på traktater som er inkorporert ved en lovbestemmelse inntatt i en mer omfattende lov, se for eksempel tvisteloven § 4-8 (om Luganokonvensjonen 2007). Andre ganger er det mindre synlig at lovteksten

8 Ot.prp. nr. 46 (1986–1987) s. 189–190; Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 401.

9 Det samme ser man også på forskriftsnivå, men vi begrenser oss til eksempler fra lovverket her.

10 Lov 4. september 2015 nr. 85 om gjennomføring av konvensjon 19. oktober 1996 om jurisdiksjon, lovvalg, anerkjennelse, fullbyrdelse og samarbeid vedrørende foreldremyndighet og tiltak for beskyttelse av barn; lov 5. juni 1994 nr. 10 om gjennomføring av Konvensjonen om forbod mot utvikling, produksjon, lagring og bruk av kjemiske våpen samt øydelegging av dei.

Folkerettslig metode behandler de metodeprinsippene jurister må benytte for å besvare folkerettslige spørsmål.

De folkerettslige primærkildene – traktater, sedvanerett og generelle rettsprinsipper – er fylldig omtalt. Boken ser også på betydningen av rettsavgjørelser og juridisk teori. Tolkning av EMK og EØS-avtalen er grundig behandlet, og resolusjoner fra FNs sikkerhetsråd er viet et eget kapittel.

Likheter og forskjeller mellom folkerettslig metode og norsk internrettslig metode påpekes gjennom hele boken. Boken inneholder grundige analyser av saker fra norske domstoler hvor folkerett har vært tema.

Folkerettslig metode egner seg både for jusstudenter og praktikere – også for dem som bare tidvis befatter seg med folkerettslige spørsmål.



Foto: Privat

Andreas Motzfeldt Kravik er avdelingsdirektør i Utenriksdepartementets rettsavdeling.



Foto: Universitetet i Oslo

Stian Øby Johansen er førsteamanuensis ved Senter for europarett ved Universitetet i Oslo.



Foto: Wikborg Rein/Sten E. Eriksen

Audun Lunnan Hjort er fast advokat i Wikborg Rein.

 Universitetsforlaget

ISBN 978-82-15-05569-5



9 788215 055695