

Innføring i FOLKERETT

6. UTGAVE



Morten Ruud | Geir Ulfstein

 Universitetsforlaget

Innføring i folkerett

Morten Ruud og Geir Ulfstein

Innføring i folkerett

6. utgave

UNIVERSITETSFORLAGET

© H. Aschehoug & Co. (W. Nygaard) AS ved Universitetsforlaget 2023

1. utgave 1998
2. utgave 2002
3. utgave 2006
4. utgave 2011
5. utgave 2018

ISBN 978-82-15-05766-8

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: Ellen Lorenzen

Sats: ottaBOK

Trykk: Aksell AS

Innbinding: Bokbinderiet Johnsen AS

Boken er satt med: Times LT Std 11/13

Papir: 90 g Amber Graphic 1,25



Forord til 6. utgave

Denne utgaven tar i likhet med tidligere utgaver sikte på å dekke lærekravene i folkerett ved rettsstudiet ved Det juridiske fakultetet i Oslo, men vil forhåpentlig også kunne benyttes ved de øvrige juridiske læresteder i Norge. Boka gir en generell innføring i de viktigste emnene innen folkeretten og vil også kunne være til nytte for andre enn juridiske studenter. Også i denne utgaven er alle kapitlene bearbeidet og ajourført.

Studier i faget folkerett bør ikke skje utelukkende på grunnlag av lærebøker. Folkeretten er i stadig utvikling. Mediene inneholder omtrent daglig oppslag som gir praktiske illustrasjoner av folkerettslige problemstillinger. Det er dessuten helt nødvendig å lese de relevante traktatene og de viktigste internasjonale rettsavgjørelsene når man studerer folkerett. Det finnes for øvrig en rikholdig folkerettslitteratur; en del av de bøker som vi har funnet nyttige er det henvist til i fotnotene, samt i en egen litteraturliste bak i boka. I boka er omtale av rettspraksis satt med en annen skrifttype, mens praktiske eksempler er på rasterbakgrunn.

Selv om vi har samarbeidet og står sammen om innholdet i boka, er det likevel slik at vi har hatt hovedansvaret for hver våre kapitler. Således er kapitlene 1, 2, 3, 6, 7, 10, 14, 15 og 17 skrevet av Morten Ruud, mens Geir Ulfstein har skrevet kapitlene 4, 5, 8, 9, 11, 12, 13, 16, 18 og 19.

Vi har forsøkt å gjøre framstillingen problemorientert. Som jussen for øvrig er folkeretten et fag med få klare «fasitsvar», og hvor det er rom for ulike løsninger av en rekke problemer. Vår målsetting har i slike tilfelle først og fremst vært å gi argumenter for de ulike løsninger, slik at leseren selv skal kunne danne seg en oppfatning. I en del spørsmål er vi dessuten innbyrdes uenige om løsningen, som f.eks. når det gjelder den rettslige status for sokkel og sone rundt Svalbard. I slike tilfeller har vi nøydt oss med å angi de ulike synspunkter i en nøytral form, uten å trekke bastante konklusjoner. Vi finner endelig grunn til å framholde at de synspunkter som gis uttrykk for i boka, er forfatternes personlige oppfatninger, og ikke nødvendigvis uttrykk for standpunkter til de offentlige instanser vi er eller har vært tilknyttet.

Vi har som vanlig hatt god bistand fra Universitetsforlaget, og vil denne gang benytte anledningen til å takke Astrid Marie Grov for godt og hyggelig samarbeid. Vi takker vitenskapelig assistent Mahalet Tadesse så mye for en grundig gjennomgang og oppdatering av fotnotene og registrene.

Oslo, august 2023

Morten Ruud

Geir Ulfstein

Innhold

FORORD TIL 6. UTGAVE	5
KAPITTEL 1	
HVA ER FOLKERETT?	17
1 Om å definere «folkerett»	17
1.1 Er det nødvendig med en definisjon av folkerett?	17
1.2 Avgrensning mot beslektede områder	18
1.2.1 Interlegal rett	18
2 Folkerettens særpreg	19
2.1 Er folkerett rett?	19
2.2 Suverenitetsprinsippet	20
2.3 Er folkeretten svak og treg?	22
2.4 Er folkeretten demokratisk?	26
2.5 Mannsdominert	27
2.6 Global eller regional folkerett?	28
KAPITTEL 2	
FOLKERETTENS HISTORIE	30
1 Innledning	30
2 Folkeretten før freden i Westfalen	31
2.1 Antikken	31
2.2 Romertiden	32
2.3 Middelalderen	32
3 Spiren til moderne folkerett	34
3.1 Freden i Westfalen	34
3.2 Kampen om herredømme på havet	36
3.3 Fransk dominans	36
3.4 Forholdene til land utenfor Europa	37
4 Folkeretten på 1800-tallet	38
4.1 Wien-kongressen og «den europeiske konsert»	39
4.2 Imperialismen	40
5 Gjennom to verdenskriger	41
5.1 Fredskonferansene i Haag	41
5.2 Første verdenskrig og Folkeforbundet	42
5.3 Annen verdenskrig og FN	43

6	1945–90: kald krig, avkolonialisering, globalisering	44
6.1	De forente nasjoner	44
6.2	Menneskerettighetene	45
6.3	Kolonifrigjøring	45
6.4	Kald krig og regionalisering	47
6.5	Kodifisering av folkeretten	48
7	Fra 1990 til i dag	49
7.1	Tøvær	49
7.2	Kampen mot terror	50
7.3	Globalisering	50
7.4	Motreaksjoner	51
8	Framtidsperspektiver	51
KAPITTEL 3		
NORSK RETT OG FOLKERETTEN		
1	Folkerett og nasjonal rett	54
1.1	Dualisme og monisme	54
1.2	Påvirkninger fra intern rett til folkerett	55
2	Folkerettens betydning i norsk rett – problemstillingen	56
3	Norsk retts forrang	58
3.1	Hovedregelen	58
3.2	Folkeretten som supplement til norsk rett	58
3.3	Effektiviseringshensynet	59
3.4	Motstrid mellom norsk rett og folkeretten	60
4	Kravet til transformasjon eller inkorporasjon	61
4.1	Aktiv transformasjon (gjengivelsesmetoden)	61
4.2	Inkorporasjon (henvisningsmetoden)	62
4.3	Passiv transformasjon (konstatering av rettsharmoni)	64
4.4	Tolkning av inkorporerte folkerettsregler	66
4.5	Tolkning av de nye grunnlovbestemmelsene	68
5	Presumsjonsprinsippet	68
5.1	Prinsippetets innhold	68
5.2	Innskrenkende fortolkning av norsk rett	69
5.3	Presumsjonsprinsippet ved traktater	70
6	Konklusjon	70
KAPITTEL 4		
FOLKERETTENS KILDER		
1	Innledning	72
2	Traktater	75
3	Vedtak av internasjonale organisasjoner	77
4	Sedvanerett	79
5	Alminnelige rettsprinsipper	83

6	Rettspraksis	84
7	Rettslig teori	86
8	Rettferdighet og hensiktsmessighet	87

KAPITTEL 5

NÆRMERE OM TRAKTATER		89
1	Innledning	89
2	Inngåelse av traktater	90
3	Reservasjoner	92
4	Registrering og kunngjøring	94
5	Ugyldige traktater	94
5.1	Inkompetanse	95
5.2	Tilblivelsesmangler	95
5.3	Innholdsmangler	96
6	Tolkning av traktater	96
6.1	Generelt	96
6.2	God tro	98
6.3	Ordlyd	98
6.4	Traktater på flere språk	99
6.5	Eldre traktater og dynamisk tolkning	100
6.6	Formål	101
6.7	Supplerende tolkningsmomenter	103
6.8	Etterfølgende traktater og praksis	103
6.9	Andre folkerettsregler	104
7	Endring av traktater	105
8	Opphør av traktater	105

KAPITTEL 6

FOLKERETTENS SUBJEKTER		107
1	Generelt om rettssubjekter	107
2	Statene	109
3	Internasjonale organisasjoner	109
3.1	Mellomstatlige organisasjoner	110
3.2	Ikke-statlige organisasjoner (NGO)	112
3.3	Multinasjonale selskaper	114
4	Etniske og nasjonale grupperinger m.m.	114
4.1	Etniske og nasjonale minoriteter	115
4.2	Frigjøringsbevegelser	118
5	Individer	120
5.1	Utgangspunktet	120
5.2	Særlig om individenes muligheter til å hevde folkerettslige rettigheter	121
5.3	Direkte folkerettslig ansvar	122

KAPITTEL 7

STATSBEGREPET	123
1 Statsbegrepets betydning	123
2 Når foreligger en stat i folkerettslig forstand?	123
2.1 De fire grunnkriteriene for statsdannelse	124
2.1.1 Kravet til territorium	124
2.1.2 Kravet til befolkning	125
2.1.3 Kravet til statsstyre (indre selvstyre)	126
2.1.4 Kravet til uavhengighet (eksternt selvstyre)	127
2.2 Er det ytterligere betingelser for statsdannelse?	129
3 Statsforbund og forbundsstater	130
4 Antarktis	132
5 Etablering og opphør av stater	132
5.1 Nye stater	133
5.2 Opphør av stater	135
5.3 Statssuksesjon	136
5.3.1 Traktatsuksesjon	137
5.3.2 Gjeldssuksesjon	139
5.3.3 Overføring av statsborgerskap	140
6 Anerkjennelse av nye stater	141

KAPITTEL 8

STATSTERRITORIET OG STATSBORGERNE	144
1 Innledning	144
2 Erverv av territorium	144
3 Statsborgerne	146
4 Landterritoriet	147
4.1 Innledning	147
4.2 Norges landterritorium	147
4.3 Utøvelse av jurisdiksjon	149
4.3.1 Tvangsjurisdiksjon	149
4.3.2 Lovgivningsjurisdiksjon	150
4.4 Andre staters territorium	152

KAPITTEL 9

HAVOMRÅDENE OG VERDENSROMMET	154
1 Innledning	154
2 Indre farvann	156
3 Sjøterritoriet	159
4 Den tilstøtende sone	161
5 Den økonomiske sonen	162
6 Kontinentalsokkelen	166
7 Havområdene rundt Svalbard	168

8	Avgrensning av kontinentalsokkel og 200 miles økonomisk sone ..	171
9	Åpent hav	173
10	Andre staters soner	174
11	Verdensrommet	175
KAPITTEL 10		
	STATENES REPRESENTANTER	177
1	Innledning	177
2	Oversikt over hvem som representerer staten	177
2.1	Statsoverhodet	177
2.2	Utenriksministeren	177
2.3	Utenriksstjenesten, diplomatiet	178
2.3.1	Diplomatiets oppbygging	178
2.3.2	Diplomatiets oppgaver	180
2.3.3	Konsulatvesenet	181
2.4	Andre med kompetanse til å binde staten folkerettslig	182
2.4.1	Statsministeren og øvrige regjeringsmedlemmer	183
2.4.2	Embets- og tjenestemenn	183
2.4.3	Militær øverstbefalende	183
3	Anerkjennelse av regjeringer	184
4	Privilegier og immunitet	186
4.1	Hvorfor immunitetsregler?	187
4.2	Stater og statlig eiendom	187
4.2.1	Statlig immunitet	188
4.2.2	Statsskip	192
4.3	Personell immunitet	193
4.3.1	Statsoverhodet	193
4.3.2	Diplomatisk immunitet	195
4.3.3	Konsuler	198
4.3.4	Andre grupper med personlig immunitet	198
4.4	Ambassader	199
KAPITTEL 11		
	FORBUDET MOT INTERVENSJON OG BRUK AV MAKT	204
1	Innledning	204
2	Forbudet mot intervensjon	204
3	Forbudet mot bruk av makt	206
3.1	Det historiske utgangspunkt	206
3.2	Traktatfesting av maktforbudet	206
3.3	Nærmere om forbudets innhold og grenser	208
4	Retten til selvforsvar	209
4.1	Individuelt selvforsvar	210
4.2	Kollektivt selvforsvar	211

4.3	Forsvar mot internasjonal terrorisme	211
4.4	Preventivt selvforsvar	212
4.5	Inngrep til beskyttelse av egne borgere	213
4.6	Begrensninger i selvforsvarsretten	214
5	Særlig om humanitær intervensjon	216
KAPITTEL 12		
INTERNASJONALE ORGANISASJONER		219
1	Innledning	219
2	Organisasjonenes rettsstilling og betydning	219
3	FN	223
3.1	Innledning	223
3.2	Formål og prinsipper	223
3.3	Medlemskap	225
3.4	FNs hovedorganer – oversikt	226
3.5	Generalforsamlingen	226
3.6	Sikkerhetsrådet	228
3.6.1	Sammensetning	228
3.6.2	Prosedyre	229
3.6.3	Kompetanse	230
3.6.4	FN-pakten kap. VI	231
3.6.5	FN-pakten kap. VII	232
3.6.6	FN-pakten kap. VIII	236
3.7	Det økonomiske og sosiale råd	237
3.8	Sekretariatet	237
3.9	FNs særorganisasjoner	238
4	Kontroll av organisasjoner	239
KAPITTEL 13		
INTERNASJONALE MENNESKERETTIGHETER		241
1	Innhold og utvikling	241
2	Menneskerettighetenes plass i folkeretten	242
3	FN og menneskerettighetene	244
3.1	Verdenserklæringen av 1948	244
3.2	Konvensjonene av 1966	245
3.2.1	Sivile og politiske rettigheter	246
3.2.2	Økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter	248
3.3	Tortur	249
3.4	Konvensjoner til beskyttelse av særlige grupper eller interesser	251
3.4.1	Rasediskriminering	251
3.4.2	Kvinner	252
3.4.3	Barn	253

3.4.4	Funksjonshemmede	253
3.4.5	Urfolks rettigheter	254
3.5	Håndheving av FNs menneskerettighetsråd	255
4	Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen	256
4.1	Bakgrunn	256
4.2	Det materielle innhold	257
4.3	Kontrollapparatet	258
4.3.1	Statsklager og individklager	258
4.3.2	Saksgangen i klagesaker	259
5	Debatten om menneskerettighetene	260

KAPITTEL 14

KRIGENS FOLKERETT	262
1 Innledning	262
1.1 Har det noen hensikt med rettsregler om krig?	262
1.2 Haag-regler og Genève-regler	263
1.3 Humanitet kontra militær nødvendighet	264
1.4 Martens-formelen og folkerettslig sedvanerett	264
2 Reglens virkeområde	265
2.1 Krig eller væpnet konflikt	265
2.2 Interne konflikter	267
3 Haag-reglene	268
3.1 Eldre våpenforbud	268
3.1.1 St. Petersburg-deklarasjonen	268
3.1.2 Ekspanderende prosjektiler	269
3.1.3 Gass, gift og bakteriologiske våpen	269
3.2 Forbud mot visse konvensjonelle våpen	270
3.2.1 1980-konvensjonen	270
3.2.2 Brannvåpen	270
3.2.3 Miner og minefeller	271
3.2.4 Laservåpen	271
3.2.5 Krigslevninger	271
3.2.6 Klasevåpen	272
3.3 Atomvåpen	272
4 Genève-reglene	274
4.1 Genève-konvensjonene av 1949	274
4.1.1 Syke og sårede	275
4.1.2 Krigsfanger	276
4.1.3 Sivile	277
4.1.4 Tilleggsprotokollene av 1977	278
5 Beskyttelse av naturmiljøet	279
6 Nøytralitet	279

KAPITTEL 15

INTERNASJONAL STRAFFERETT	281
1 Innledning	281
1.1 Utgangspunkt: Straff er en nasjonal oppgave	281
1.2 Behovet for internasjonalt samarbeid	281
2 Den nasjonale strafferetts territoriale rekkevidde	282
3 Utlevering og gjensidig samarbeid	283
3.1 Gjensidig hjelp	283
3.2 Utlevering og arrestordre	284
4 Internasjonale straffedomstoler før ICC	286
4.1 Nürnberg- og Tokyo-tribunalene	286
4.2 Jugoslavia- og Rwanda-domstolene	286
5 Den internasjonale straffedomstol (ICC)	288
5.1 Bakgrunn	288
5.2 Domstolens oppbygging	289
5.3 Straffebestemmelsene	289
5.3.1 Folkemord	289
5.3.2 Forbrytelser mot menneskeheten	289
5.3.3 Krigsforbrytelser	290
5.3.4 Aggresjonsforbrytelser	290
5.3.5 Forbud mot visse våpentyper	291
5.4 Hvilke saker kan ICC behandle?	291
5.4.1 Jurisdiksjonsgrunnlag	291
5.4.2 Utløsningsmekanismene	292
5.4.3 Komplementaritetsprinsippet	293
5.5 Domstolens praksis	293

KAPITTEL 16

INTERNASJONAL MILJØRETT	294
1 Innledning	294
2 Forbudet mot å volde skade utenfor eget territorium	295
3 Samarbeidsplikt ved miljøskader	299
4 Føre-var-prinsippet	301
5 Bærekraftig utvikling	302
6 Miljøkonvensjoner	303
7 Miljø som menneskerettighet	305

KAPITTEL 17

INTERNASJONAL HANDELS-, INVESTERINGS- OG FINANSRETT	307
1 Innledning	307
2 Kort historisk tilbakeblikk – fra GATT til WTO	308
3 WTO	310

3.1	Organisasjonsstruktur	310
3.2	Tvisteløsning	311
3.3	Tilsyn og kontroll	312
4	Hovedpunkter i det materielle regelverket	312
4.1	Bestevilkårsbehandling	313
4.2	Nasjonal behandling	313
4.3	Handel med varer	314
4.4	Handel med tjenester (GATS)	314
4.5	Handel med immaterielle rettigheter (TRIPS)	315
4.6	Offentlige anskaffelser	315
5	Investeringsbeskyttelse	315
6	Det internasjonale pengefond (IMF)	317
7	Verdensbanken	317
8	Samspillet mellom handel og utvikling	318
KAPITTEL 18		
RETTSBRUDD OG ANSVAR		320
1	Innledning	320
2	Det objektive folkerettsbrudd	321
3	Ansvarsfrihetsgrunner	323
4	Hvilke handlinger hefter staten for?	324
5	Hvem kan gjøre ansvar gjeldende?	325
6	Mottiltak	327
7	Answarets innhold	329
8	Vurdering	331
KAPITTEL 19		
TVISTELØSNING		332
1	Innledning	332
2	«Good offices» («bona officia») og mekling	333
3	Undersøkelseskommisjoner	333
4	Forliksbehandling	334
5	Voldgift	335
6	Internasjonale domstoler	336
7	Den internasjonale domstol (ICJ)	338
7.1	Rettens sammensetning	339
7.2	Parter	339
7.3	Jurisdiksjon	340
7.3.1	Gjensidig aksept av Domstolens kompetanse	340
7.3.2	Forbehold	341
7.3.3	«Admissibility»	342
7.4	Behandlingen av den enkelte sak	343

7.5	Avgjørelsene	344
7.6	Tvangsfullbyrdelse og anke	345
7.7	Rådgivende uttalelser	346
8	Vurdering	347
FORKORTELSER		350
LITTERATUR		353
INTERNASJONALE DOMMER		363
NASJONALE RETTSKILDER		370
ANDRE INTERNASJONALE DOKUMENTER		379
TRAKTATREGISTER		381
STIKKORD		387

Hva er folkerett?

1 Om å definere «folkerett»

1.1 Er det nødvendig med en definisjon av folkerett?

De fleste bøker om folkerett begynner med en definisjon. Det kan imidlertid være grunn til å spørre om dette er nødvendig. Det er ikke enkelt i få ord å beskrive hva som kommer inn under begrepet folkerett. Før man bruker for lang tid på dette, bør man derfor spørre hva en slik definisjon skal brukes til. Først og fremst kan en definisjon benyttes til å beskrive – og å avgrense – denne bokas innhold. Men strengt tatt burde ikke det være nødvendig. De fleste som gir seg i kast med en bok om folkerett, har selv et visst begrep om hva boka skal inneholde.

En annen sak er at begrepet folkerett er benyttet i nasjonale lover så vel som i internasjonale avtaler, slik at det i den sammenheng kan være viktig å finne den riktige avgrensning. I art. 38 i Statuttene for Den internasjonale domstol heter det f.eks. at Domstolen skal dømme i samsvar med folkeretten («in accordance with international law»). I den norske straffeprosessloven § 4 heter det at lovens regler gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten. For en riktig anvendelse av disse reglene blir det derfor nødvendig å finne fram til hva som i denne forbindelse menes med folkerett. Men noen entydig og sikker definisjon av begrepet har vi likevel ikke, det kan godt tenkes at uttrykket har forskjellig meningsinnhold i ulike sammenhenger.

Problemet omkring definisjonen blir i første rekke et hensiktsmessighetsspørsmål. En definisjon er ikke i seg selv riktig eller gal, derimot kan det være spørsmål om den er mer eller mindre dekkende for formålet. Og det er nettopp det som er problemet; de fleste definisjoner av begrepet «folkerett» må nødvendigvis bli upresise og ufullstendige. Samtidig er det viktig å være klar over at folkeretten er et dynamisk rettsområde. Det internasjonale samkvem er i en rivende utvikling, således oppstår også nye behov for å regulere dette. Det etableres derfor nye former for internasjonalt samarbeid, dels mellom stater og innenfor tradisjonelle folkerettslige rammer, men også dels ved å velge nye og utradisjonelle løsninger som ikke umiddelbart lar seg tilpasse etablerte oppfatninger av hva folkerett er og bør være. Politikere og diplomater som utformer slike løsninger, er først og fremst resultatorienterte, og i mindre grad opptatt av om de løsninger de finner fram til, lar seg innpasse i den tradisjonelle definisjon. Innholdet i begrepet folkerett vil derfor kunne endre seg over tid. Selve begrepet folkerett har vi hentet fra tysk.

På engelsk betegnes faget som «international law», og på fransk det tilsvarende «droit international».

Den enkleste, og vanligste definisjon, som vi blant annet finner hos Castberg, er å beskrive folkeretten som «den del av retten som regulerer rettsforholdene mellom stater, i deres egenskap av sådanne».¹ Dette er hva vi kan kalle den tradisjonelle definisjon. Det er en definisjon som tar utgangspunkt i hvem reglene gjelder for, nemlig statene. Men dermed avdekkes den store svakheten med denne definisjonen, det at den utelukker andre grupper, som f.eks. internasjonale organisasjoner, og individer, fra å være subjekter i folkeretten. Dette var kanskje dekkende i tidligere tider. I dag er det imidlertid helt på det rene at det vi anser som folkerett, omfatter mer enn bare statene. Skal denne definisjonen være brukbar, må vi derfor i det minste sørge for å utvide den.

Tillegget «i deres egenskap av sådanne» er viktig fordi det er når statene opptrer som stater, det vil si når de utøver statsmyndighet, at folkeretten kommer inn. I moderne samfunn med blandingsøkonomi ser vi ofte at staten ved siden av å være myndighetsutøver også driver ulike former for handels- og næringsvirksomhet. Men når staten på denne måten opptrer på privatrettens område, må den være underkastet de samme regler som de private man konkurrerer med. Den kan ikke da dekke seg inn under de privilegier som folkeretten i mange sammenhenger gir statene.

1.2 Avgrensning mot beslektede områder

For å gjøre bildet fullstendig er det nødvendig også å foreta enkelte avgrensninger mot andre fag, og mot rettsregler som har et visst internasjonalt preg, men som likevel ikke er folkerett, og derfor ikke vil bli behandlet i denne boka.

Folkeretten må forholde seg til andre vitenskapsdisipliner. Folkeretten er på den ene side en rettsnormativ vitenskap, og som sådan forankret i ideer. Men den atskiller seg fra filosofi ved at de folkerettslige normene har sitt grunnlag i de etablerte rettskildene, som traktater, sedvanerett og internasjonale vedtak. På den annen side vektlegger folkeretten, i likhet med statsvitenskapen, statenes praksis og holdninger. Men folkerett atskiller seg fra statsvitenskap ved sin normative tilnærming. Det er i spenningsforholdet mellom ideene og praksis at folkeretten finner sin plass som en del av rettsvitenskapen.

1.2.1 Interlegal rett

Interlegal rett, ofte kalt internasjonal privatrett, er reglene om hvilket lands rettsregler som skal benyttes når et rettsforhold som hører hjemme i intern rett, har tilknytningspunkter til flere land. Som eksempel kan nevnes tvist om en handelsavtale, eller et erstatningsoppgjør mellom en norsk og en fransk part. Er det norsk eller fransk rett som skal anvendes på forholdet? I utgangspunktet oppstår her to spørsmål, for det første hvilket lands domstoler som er kompetente i saken. Det avgjøres av vernetingsreglene i det enkelte lands prosesslovgivning.² Først når dette er avklart,

1 Castberg: Folkerett, 2. utg., I Kommissjon: Universitetets studentkontor 1948 s. 1.

2 For norsk retts vedkommende, se tvisteloven §§ 4-3 til 4-8.

oppstår det lovvalgsspørsmål. Selv om saken hører hjemme for en norsk domstol, er det ikke dermed automatisk gitt at det er norsk rett som skal anvendes. Interlegal rett er reglene om lovvalg, og disse kan variere fra ett land til et annet.³ Vi kan således snakke om norsk interlegal rett, fransk interlegal rett osv. Som et utgangspunkt i den norske interlegale rett gjelder at saken skal pådømmes etter loven i det land som har sterkeste tilknytning til forholdet. For øvrig er mange lovvalgsspørsmål regulert i traktater, for dermed å skape større internasjonal enhet og sikkerhet i forholdet. Traktatene som sådan er folkerettslige, men innholdet i traktatene er formet som krav til innholdet i den interne rett i det enkelte land, og krever derfor gjennomføring i nasjonal rett gjennom transformasjon, jf. om dette i kapittel 3.

2 Folkerettens særpreg

2.1 Er folkerett rett?

Kritiske røster reiser fra tid til annen spørsmålet om hvorvidt folkeretten overhodet fortjener å karakteriseres som rettsregler. Ikke minst kan mangelen på sentralt lovgivende organ, og manglende etterlevelse av reglene gi grunnlag for slike spørsmål. I denne sammenheng er det grunn til å spørre hva man mener med «rettsregler». Det er klart at dette må omfatte noe mer enn bare regler gitt av et lovgivende organ (som Stortinget hos oss). Hvordan reglene er kommet til, må i utgangspunktet være uten betydning. Så vel regler gitt av demokratisk valgte organer, som bestemmelser gitt av forvaltningen, eller for den saks skyld av eneveldige eller diktatoriske statsoverhoder, må kunne karakteriseres som rettsregler. Også sedvane og avtaler vil i mange tilfelle være grunnlag for rettsregler. I folkeretten er det nettopp dette siste som er de sentrale rettskilder.

Langt viktigere enn hvordan reglene er kommet til, er i hvilken grad de av rettssubjektene oppfattes som forpliktende, og som følge av det blir etterlevd og håndhevet. Det er liten tvil om at folkerettens regler blir oppfattet som bindende. Det kommer daglig til uttrykk i utsagn fra statsledere, diplomater og andre folkerettslige aktører. Resolusjoner og vedtak fra internasjonale konferanser understreker stadig behov for respekt for folkerettslige regler og forpliktelser.

Håndhevelse er selvsagt viktig i ethvert rettssystem, ikke minst for å sikre respekt for omstridte regler. Det er etter hvert etablert mange folkerettslige domstoler og andre tvisteløsningsmetoder. Men fortsatt er håndhevelsesapparatet svakt utbygget i folkeretten. Men også i de enkelte lands nasjonale rett kan det i mange tilfelle være så som så med håndhevelsen. For eksempel er det heller ikke i nasjonal rett i utgangspunktet adgang til å tvangsfullbyrde et krav mot staten. Og siden folkerettens regler i første rekke kommer i stand gjennom avtaler og praksis (som grunnlag for sedvanerett), vil det nok ofte være større oppslutning om de folkeretts-

3 En framstilling av reglene i norsk interlegal rett er gitt i *Cordero-Moss: Internasjonal privatrett*, Universitetsforlaget 2021.

lige regler enn hva tilfellet mange ganger vil være i nasjonale rettssystemer, hvor de fleste regler er gitt av et mer eller mindre representativt organ med kompetanse til å gi regler som er bindende for alle, enten de liker reglene eller ikke.

Folkerettsregler blir brutt fra tid til annen. Men det at regler blir brutt, kan ikke i seg selv være et argument for å frakjenne dem karakteren av rettsregler. Ingen har vel noensinne hevdet at forbudet mot promillekjøring, som vi finner i de fleste lands nasjonale rett, ikke er en rettsregel, til tross for at dette forbudet utvilsomt blir brutt svært ofte.

Man skal i denne forbindelse også huske på at folkeretten for en stor del består av regler som legger grunnlaget for et praktisk samarbeid mellom statene på en rekke viktige felter. Dette er regler som stort sett blir respektert og etterlevd, og som er nødvendige for at det moderne, internasjonale samfunn skal kunne fungere. Som Opsahl uttrykker det:

«Få tenker over at når postbudet bringer et brev fra utlandet, oppfyller han på den norske stats vegne en folkerettslig forpliktelse.»⁴

Et annet eksempel er de felles regler for mål og vekt.

De områder hvor folkeretten oftere blir brutt, er på de mer politiserte områder, hvor bruddene derfor også blir godt synlige. Dette kan bidra til å gi et feilaktig inntrykk av at slike brudd nærmest er hovedregelen, men dette er på ingen måte riktig.

2.2 Suverenitetsprinsippet

Et effektivt, moderne rettssystem bygger på tre elementer; en lovgivningsmyndighet med kompetanse til å gi regler, en domsmyndighet som kan fastslå rettigheter og plikter på grunnlag av reglene og løse konflikter, og endelig en tvangsmyndighet, et maktapparat med kompetanse til å tvinge gjennom løsninger som fastslås gjennom regler og dom.

Alle disse tre elementene er svakt utbygget i folkeretten. Folkeretten er i hovedsak mellomstatlig, ikke overstatlig. Men alle de tre elementene er til stede i større eller mindre grad. Det kan likevel ikke herske tvil om at som følge av suverenitetsprinsippet, og de begrensninger dette setter for muligheten til med makt å tvinge gjennom løsninger av tvister, så er folkeretten på mange måter et svakt rettssystem, sammenliknet med nasjonale rettssystemer.

Suverenitetsprinsippet går kort fortalt ut på at alle stater er suverene og ikke underkastet noen annen vilje enn sin egen. Trukket ut i sin ytterste konsekvens ville dette selvsagt umuliggjøre ethvert forsøk på å bygge opp et forpliktende rettssystem. Selv om derfor prinsippet i utgangspunktet er formulert nokså absolutt, er det i praksis gjort betydelige modifikasjoner. Dessuten følger det av

4 *Opsahl: Folkerett og internasjonal politikk, i Internasjonal Politikk (1962) s. 193. Også trykket i Statsmakt og menneskerett bd. 2, Ad Notam Gyldendal 1995 s. 397 flg.*

suvereniteten at staten dermed også står fritt til selv å velge å la seg underkaste bindende rettslige ordninger gjennom traktater, både når det gjelder lovgivning og doms- og tvangsmyndighet. Statenes suverenitet omfatter også det å kunne gi avkall på suvereniteten eller avtale innskrenkninger i den. EU er et eksempel på at de suverene rettighetene er begrenset. Her har medlemsstatene overdratt deler av lovgivnings- så vel som domsmyndighet til en internasjonal organisasjon.

Det kan likevel ikke herske tvil om at nettopp suverenitetsprinsippet er det som i størst grad skiller folkeretten fra nasjonale rettssystemer. Den nasjonale rett bygger på eksistensen av en sentral statsmakt, med kompetanse og maktmidler til å tvinge gjennom sin vilje overfor gjenstridige undergitte. I et representativt demokrati vil statsmakten bli ledet og kontrollert av et folkevalgt organ, hvor flertallet er gitt kompetanse til å gi bestemmelser som også er bindende for mindretallet. Videre er det statens domstoler som har kompetanse til å treffe bindende avgjørelser som alle er forpliktet til å respektere, herunder å dømme for lovbrudd. I siste omgang er det statens maktapparat (i første rekke politiet) som er gitt kompetanse til å gjennomtvinge respekt for reglene og domstolenes avgjørelser.

Nettopp som følge av suverenitetsprinsippet og mangelen på en sentral myndighet, vil folkeretten i mange henseende framstå som mangelfull. Dette gir seg klare utslag for så vidt gjelder alle de tre sentrale elementene i et nasjonalt rettssystem.

Kjernen i suverenitetsprinsippet er som nevnt at statene bare er underkastet sin egen vilje. Et flertall kan ikke binde et mindretall. Lovgivningsmyndighet, slik vi kjenner den i intern rett, er derfor i utgangspunktet umulig i folkeretten. I sin ytterste konsekvens innebærer dette at statene bare er bundet av de rettsregler de selv har akseptert.

Men allerede her er det nødvendig med visse modifikasjoner. For det første at sedvaneretten i utgangspunktet er bindende for alle stater, uten at det er nødvendig med noen form for aksept (jf. nærmere om dette under kap. 4). Således vil også eldre sedvanerett være bindende for nye stater som er kommet til etter at en bestemt sedvanerettsregel ble dannet.

Statene kan frivillig la seg underkaste en eller annen form for flertallsvedtak. Selv om det ikke forekommer ofte, ser man eksempler, som f.eks. i FN-paktens art. 108. Ifølge denne skal endringer i Pakten tre i kraft for alle medlemsland når de er vedtatt med to tredjedels flertall i Generalforsamlingen og ratifisert av to tredjedeler av medlemslandene (herunder alle faste medlemmer av Sikkerhetsrådet). Den eneste måte for en motvillig stat til å unngå å bli bundet, er å si opp medlemskapet i FN. Slike klart begrensede elementer av «lovgivningsmyndighet» finner man også enkelte andre steder i folkerettslige traktater.

Mer vanlig er imidlertid at de internasjonale organisasjonene vedtar anbefalinger til medlemslandene, som disse da ikke er formelt juridisk forpliktet til å følge. En mellomløsning er at organisasjonen har en viss reguleringsrett, men at medlemslandene har anledning til å reservere seg mot organisasjonens vedtak.

For eksempel kan Den internasjonale hvalfangstkommisjon (IWC) treffe reguleringsvedtak med tre fjerdedels flertall, som blir bindende for medlemsstatene med mindre de protesterer innen 90 dager. Hvalfangstkommisjonen vedtok f.eks. i 1982 et moratorium mot hvalfangst. Norge protesterte mot dette, og har fortsatt vågehvalfangst.

Suverenitetsprinsippet innebærer videre at ingen stater automatisk er undergitt noen domsmyndighet eller annen form for tvungen tvisteløsning. Men også her finner vi i en rekke traktater systemer hvor statene frivillig har forpliktet seg til å la framtidige tvister bli løst ved en eller annen form for tvungen tvisteløsning. Et eksempel er Havrettskonvensjonens del XV, som gir detaljerte regler om ulike former for tvisteløsninger ved uenighet om tolkning eller anvendelse av konvensjonen. Et annet eksempel på det mer generelle plan er art. 36 (2) i Statuttene for Den internasjonale domstol. Etter denne bestemmelse kan statene avgi en erklæring om at de anerkjenner Domstolens kompetanse til å behandle tvister som blir innbrakt mot dem for Domstolen av en annen stat som har avgitt en tilsvarende erklæring.

Endelig når det gjelder tvangsmakt, så savner folkerettssamfunnet et sentralt rettshåndhevende organ tilsvarende politi og namsmyndighet i den nasjonale rett. I stor grad er det derfor overlatt til den krenkede stat selv å sørge for gjennomføring av sine krav. Dette vil selvsagt ofte kunne føre til at det er fysisk (militær) styrke og ikke rett som blir avgjørende, selv om dette er forbudt etter FN-paktens art. 2 (4). Men FN-pakten har også elementer av kollektiv rettshåndhevelse. Dels er Sikkerhetsrådet i Paktens art. 42 gitt kompetanse til å beslutte bruk av makt for å opprettholde eller gjenopprette internasjonal fred og sikkerhet. Dels er Rådet i art. 41 gitt myndighet til å vedta bindende pålegg til alle medlemsland, for eksempel om bruk av ulike former for sanksjoner og boikott mot en bestemt stat. Slike vedtak om sanksjoner har for så vidt et preg av lovgivning så vel som tvangshåndhevelse. Også utenfor FN-systemet brukes sanksjoner som reaksjon mot folkerettsbrudd (se nærmere kapittel 18). Et eksempel er de vestlige lands sanksjoner mot Russland etter angrepet på Ukraina i 2022.

2.3 Er folkeretten svak og treg?

Det er mye ved det vi ovenfor har betegnet som folkerettens særpreg, som kan lede til den oppfatning at folkeretten er både svak, usikker og langsom.

Reglene er for en stor del sedvanerett, det vil si uskrevne regler, som nødvendigvis må bli generelle og ofte uklare. Sedvaneretten kan nok fastslå klare hovedregler, men detaljregulering blir vanskelig. Dessuten peker sedvaneretten nødvendigvis bakover i tid.

Den skrevne rett – traktatene – er blitt til gjennom avtaler mellom statene. Det vil si at statene først må være enige når reglene utformes, og i tillegg har de en slags «angrefrist» ved at de ofte ikke blir bundet før etter ratifisering, det vil si når de uttrykkelig erklærer seg villig til å bli bundet. Det sier seg selv at de skrevne reglene under slike forhold lett vil kunne bli et slags minste felles multiplum. Man

får ikke til mer enn det som alle, eller nesten alle, kan godta. Det kan bli både tannløst og ufarlig.

Et annet særpreg ved folkeretten, sammenliknet med nasjonal rett, er at den mangler den hierarkiske oppbygging. Folkeretten er betegnet som et horisontalt rettssystem som mangler sentralisert lovgivningsmyndighet og tvangsmakt. En annen måte å se dette på, er at folkeretten mangler en forfatning eller konstitusjon. Dette er helt klart for så vidt som det ikke finnes noen folkerettslig «grunnlov», men heller ikke en rettsstat som Storbritannia har noen skrevet konstitusjon. Det kan hevdes at det har, eller er i ferd med å utvikle seg innen folkeretten et system som har klare konstitusjonelle trekk.⁵ Et horisontalt system virker på en annen måte enn et hierarkisk (vertikalt) rettssystem, og må basere seg på konsensus og gjensidighet, ikke på direktiver, lydighet og tvang.⁶ Og mens man i intern rett finner regler av ulik trinnhøyde (grunnlov–lov–forskrift), er alle folkerettslige regler i utgangspunkt av samme rang. Det blir derfor ikke rom for anvendelsen av noe *lex superior*-prinsipp hvor regler av høyere rang går foran regler av lavere rang ved motstrid.⁷ Noen folkerettslige sedvanerettsregler anses som så grunnleggende at de ikke kan fravikes ved traktat, se nærmere kapittel 4. Heller ikke finnes det noe generelt system hvor en rettsavgjørelse, det være seg av domstol eller voldgifts-nemnd, kan overprøves av et høyere organ.

Unntak gjelder her for Den internasjonale straffedomstolen (ICC) og krigsforbrytertribunalene for Jugoslavia og Rwanda,⁸ hvor dommer avsagt i første instans kan bringes inn for et ankekammer. Det samme gjelder avgjørelser i Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD), som kan bringes inn for et Storkammer ved samme domstol.⁹ Også ved tvisteløsningsordningen i WTO kan avgjørelser bringes inn til overprøving av et Appellate Body.¹⁰

Systemet med uskreven sedvanerett og avtalefestede traktatregler kan dessuten lett føre til at rettsutviklingen blir treg. Utarbeiding av nye regler som krever tilnærmet full enighet fra alle parter, må nødvendigvis ta tid. Det blir dermed vanskelig å fange opp og regulere nye forhold innen rimelig tid.

Alt dette er realiteter som man utvilsomt må forholde seg til, og som kan føre til at folkeretten oppfattes som vag og lite dynamisk, og preget av den sterkeste rett. Men det er ingen grunn til å svartmale situasjonen. I praksis viser det seg at man har flere muligheter for å overkomme disse vanskelighetene.

Selv om sedvaneretten er uskreven, og dermed i utgangspunktet ofte uklar, vil den kunne konkretiseres, presiseres og utvikles f.eks. gjennom rettspraksis.

5 Se om dette *Klabbers, Peters og Ulfstein: The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press 2009.

6 Se nærmere *Orakhelashvili: Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Routledge 2022 s. 9 og 10.

7 Et unntak er FN-paktens art. 103, som gir Pakten forrang foran andre internasjonale avtaler.

8 Se nærmere kapittel 15.

9 Se nærmere kapittel 13 avsnitt 4.3.2.

10 Se nærmere kapittel 17 avsnitt 3.2.

Sedvaneretten vil dessuten ofte kunne presiseres gjennom kodifisering. Svært mange traktater om generelle folkerettsspørsmål må ses på som en nedskrivning og presisering av allerede gjeldende sedvanerett. Igjen kan havretten være et eksempel. FNs Havrettskonvensjon er i stor grad blitt oppfattet som uttrykk for allerede gjeldende sedvanerett, og reglene er blitt anvendt lenge før konvensjonen trådte i kraft.

Det forhold at enkelte traktater anses som kodifisering av sedvane, får også den følge at traktatens regler, eller iallfall de av dem som anses som sedvanerett, er bindende for alle stater uansett om de har ratifisert traktaten. Norge har f.eks. ikke ratifisert Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969. Likevel kan man finne flere eksempler på at det norske utenriksdepartementet påberoper seg konvensjonens bestemmelser i sin folkerettslige argumentasjon overfor andre land. Også Høyesterett viser til og bygger på Wien-konvensjonen, se f.eks. dommen vedrørende ulovlig fiske i fiskevernsonen ved Svalbard, Rt. 1996.624. Dette må nettopp bygge på den oppfatning at konvensjonen, eller deler av den, er utslag av folkerettslig sedvanerett og dermed bindende også for Norge.

Og selv om traktater som fastsetter «nye» regler i utgangspunktet vil måtte være avhengige av nærmest allmenn tilslutning for å få den nødvendige effekt, skal man ikke se bort fra at det i den prosess som leder fram til en avtaletekst vil foregå atskillig press som gjør det vanskelig for enkeltstående land å gå mot den løsning som flertallet ønsker. I nyere tid blir vedtak på internasjonale konferanser som oftest gjort ved såkalt konsensus. Dette innebærer at man ikke foretar formelle avstemninger for og imot forslagene, men at den forhandlede teksten blir ansett som vedtatt dersom ingen uttrykkelig protesterer. Den som tier, samtykker, uten formelt å måtte positivt stemme for løsninger man kanskje har visse betenkeligheter med. Samtidig gir dette hvert enkelt land muligheten til å protestere, og dermed blokkere resultatet. I teorien er det en slags vetorett for hvert enkelt land, men en rett som de fleste kvier seg for å benytte med mindre det gjelder spørsmål som de anser som særlig viktige. Belastningen med å protestere, og dermed blokkere en forhandlingsløsning som alle andre er enige om, vil ofte være stor. Så stor at de fleste land som oftest vil gi etter og stilltiende akseptere løsninger som de nok ikke alltid er begeistret for, men som de tross alt kan leve med.

I praksis forekommer det også at vedtak blir «banket gjennom» ved konsensus selv om en stat uttrykkelig har gitt uttrykk for at den ikke kan akseptere forslaget. Det skjedde blant annet på klimakonferansen i Cancun i Mexico høsten 2010. Den meksikanske presidenten for konferansen klubbet der igjennom en ny klimaavtale til tross for at Bolivia protesterte. «Enighet betyr ikke at alle er enige, men det betyr at nesten alle er enige», uttalte miljø- og utviklingsminister Erik Solheim og framholdt at det med dette ble skapt ny folkerett.¹¹ Det er vel grunn til å regne med at dette også har skjedd tidligere.

Vi har ovenfor nevnt at traktater kan være kodifikasjon av allerede gjeldende sedvanerett. Men det kan også forekomme at nye bestemmelser vedtatt i en trak-

11 Haug: Mener reglene ble endret, Dagens Næringsliv 13. desember 2010 s. 8.

tat etter en tid kan bli ansett som sedvanerett. Dette er praktisk hvor traktaten er blitt ratifisert av et begrenset antall stater, men dens innhold likevel blir etterlevd og respektert i praksis, også av stater som ikke har ratifisert. Grunnene til at en stat ikke ratifiserer, kan være mange, og bør ikke nødvendigvis skyldes at man er uenige i konkrete regler. Dersom reglene blir fulgt og respektert av land som ikke har ratifisert, vil de etter hvert kunne få karakterer av sedvanerett bindende også for disse statene. En slik utvikling vil særlig være praktisk i de tilfelle hvor motstanden mot en traktat knytter seg til konkrete bestemmelser i den, mens det er alminnelig oppslutning om de øvrige deler av traktaten. I slike tilfeller vil ikke hele traktaten, men de deler av den som det er bred tilslutning til, fort kunne bli ansett som sedvanerett.

Også her kan Havrettskonvensjonen tjene som et eksempel. Vi har ovenfor påpekt at reglene der i stor grad er blitt oppfattet som uttrykk for gjeldende sedvanerett. Til dels kan dette skyldes at reglene eksisterte allerede før de ble innlemmet i konvensjonen, men dels kan det skyldes at reglene er blitt akseptert og respektert, og dermed er blitt sedvanerett. Det er i denne sammenheng ikke nødvendig å avgjøre hva som kom først, konvensjonen eller sedvaneretten. I Rt. 1996.624 (fiskevernsonen ved Svalbard) er Høyesterett åpenbart inne på slike tanker, men påpeker at Havrettskonvensjonens art. 75, som inneholder formelle krav om kunngjøring av geografiske koordinater for beregning av sjøgrensene, ikke kan anses å være folkerettslig sedvanerett.

Et annet eksempel, hentet fra krigens folkerett, er at Nürnberg-domstolen, som dømte i saken mot de tyske ledere etter annen verdenskrig, kom til at reglene i Landkriksreglementet (IV. Haag-konvensjon av 1907) i 1939 var anerkjent av alle nasjoner og følgelig ble betraktet som gjeldende sedvanerett selv om det var enkelte av de krigførende under annen verdenskrig som ikke hadde ratifisert.

Påstanden om at folkeretten er treg, er riktig i mange tilfelle. Men det samme kan ofte sies om nasjonal lovgivning. I nasjonalforsamlinger hvor det ikke er ett parti som har flertall alene, vil omstridte lover være avhengige av kompromiss som det kan ta lang tid å få i stand. Situasjonen blir dermed ikke ulik den man opplever på internasjonale traktatkonferanser. Det finnes dessuten eksempler på at traktater kan utarbeides raskt, når først viljen er til stede og behovet vurderes som presserende.

Dessuten har man flere eksempler på at sedvanerett kan utvikles meget raskt, selv om det i utgangspunktet for sedvanerettsdannelse kreves en fast praksis som er utøvet over tid (se nedenfor kap. 4). Et eksempel er regelen om statenes suverenitet over sitt luftterritorium. Dette var en regel som utviklet seg og fikk umiddelbart gjennomslag ved utbruddet av første verdenskrig, ganske enkelt fordi dette var første gang et virkelig behov for en slik regel dukket opp i praksis. Et annet eksempel er utviklingen av retten for kyststatene til å etablere økonomiske soner på 200 nautiske mil. Dette var en nyskapning som fikk nærmest alminnelig aksept i løpet av noen få år mot slutten av 1970-tallet. Grunnlaget ble lagt på FNs havrettskonferanse, men ideen ble tatt opp og gjennomført av de fleste land lenge før teksten til Havrettskonvensjonen var ferdig forhandlet.

Det er en omstendelig prosess å skulle endre inngåtte traktater. Det skjer derfor sjelden i praksis. Derimot anvendes i mange tilfeller det som betegnes som dynamisk fortolkning, hvor traktatens regler søkes tilpasset en endret situasjon. Den teknologiske utvikling kan gjøre det nødvendig å tilpasse eldre traktater til moder-

ne data- og kommunikasjonsteknologi. Men også endrede verdisyn kan begrunne endrede regelfortolkninger. Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) har i flere dommer understreket at den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) er et «levende instrument» som må tilpasses endrede samfunnsforhold og verdisyn.

Et annet viktig trekk i utviklingen av moderne folkerett er det som betegnes som «soft law». Dette omfatter to ulike typer avtaler eller vedtak, som i prinsippet ikke anses som folkerettslig bindende. For det første gjelder det resolusjoner vedtatt i internasjonale organisasjoner som f.eks. FN's generalforsamling. Slike resolusjoner er ikke formelt rettslig bindende, men kan gi uttrykk for hva som anses å være bindende folkerettslig sedvanerett. Eller de kan inneholde anbefalinger som over tid utvikler seg til å bli sedvanerett, som eksempel kan her nevnes deler av FN's menneskerettserklæring fra 1948. Den andre typen «soft law» er avtaler inngått mellom stater, hvor det er forutsatt eller underforstått at de ikke skal skape folkerettslige forpliktelser. Disse betegnes ofte som «Memorandum of understanding» (MOU).

2.4 Er folkeretten demokratisk?

Det er ikke noe formelt krav om at rettsregler må være demokratisk vedtatt for å være gyldige. I mange land blir lovene vedtatt og håndhevet av autoritære regimer. Folkeretten blir skapt i forhandlinger og samkvem mellom statene, og mange av disse statene har åpenbare mangler når det gjelder demokrati og åpenhet. Som vi skal se i kapittel 7, er det heller ikke noe krav om at statene må ha et demokratisk styresett. Også ikke-demokratiske stater kan således delta i og ha innflytelse på folkerettsutviklingen.

Noen internasjonale organisasjoner, som Europarådet, er bygget på en forutsetning at bare demokratiske stater skal kunne være medlemmer, organisasjonens grunnformål er nettopp å fremme menneskerettigheter, rettssikkerhet og demokrati. Men også innenfor denne organisasjonen finnes det stater hvor det kan stilles spørsmål ved hvor demokratiske de er.

Selv om det ikke stilles noe krav om demokrati, vil selvsagt et rettssystemets legitimitet bero på hvor demokratisk det er. Det gjelder med hensyn til det demokratiske grunnlag for de besluttede organene, så vel som åpenheten i selve lovgivningsprosessen.

Nye multilaterale folkerettslige traktater blir som oftest til på internasjonale konferanser, i intense forhandlinger mellom representanter for de deltakende statene. Av forhandlingstaktiske grunner vil statene som oftest ikke avsløre sine forhandlingskort, og det er derfor i liten grad åpenhet omkring forberedelsene og gjennomføringen av slike konferanser. Det er ikke vanlig med offentlige høringer under utarbeidelse av traktater. Derimot vil ofte ideelle ikke-statlige organisasjoner (såkalte NGOs) bli invitert til å delta i forhandlingene, med tale- og forslagsrett, men uten stemmerett.

Når forhandlingsresultatet foreligger, vil det derimot i demokratiske land finne sted en åpen prosess i forbindelse med ratifiseringen av avtalen. I de fleste land kan

ikke ratifikasjon finne sted uten at nasjonalforsamlingen har gitt sitt samtykke til det, og i forberedelsen til dette vil det ofte finne sted en offentlig høring. Imidlertid skjer dette på et så sent stadium i prosessen, etter at traktaten er ferdig utarbeidet, at det er begrensede muligheter til påvirkning. Alternativene er gjerne kun å si ja eller nei til ratifikasjon.

På internasjonale konferanser gjelder i utgangspunkt prinsippet om at alle stater er like, uavhengig av størrelse og økonomisk styrke. Hver stat har en stemme. Slik sett har for eksempel en liten stat som Liechtenstein, med 36 000 innbyggere, samme stemmetyngde som de mest folkerike statene Kina og India med 1,3 milliarder innbyggere. I praksis blir det likevel en forskjell, blant annet fordi de store statene har større ressurser til å delta aktivt i forhandlingene, og deres synspunkter vil nok som oftest tillegges større vekt. Det vil da kunne anses som hensiktsløst å vedta folkerettslige regler som de store landene ikke vil godta. Men et lite land kan, gjennom dyktighet og innsats, ofte øve en betydelig innflytelse.

2.5 Mannsdominert

Internasjonal politikk, og dermed også folkeretten, har gjennom historien vært klart mannsdominert. Og slik er det ennå. Selv om kvinner i stadig større grad kommer med, er miljøet fortsatt dominert av (eldre) menn, men her er variasjonene store fra land til land.

FNs kvinnekomité har påpekt behovet for større deltakelse av kvinner når internasjonale beslutninger skal fattes. Komiteen sier i sin General Recommendation nr. 23 (1997):

«39. The globalization of the contemporary world makes the inclusion of women and their participation in international organizations, on equal terms with men, increasingly important. The integration of a gender perspective and women's human rights into the agenda of all international bodies is a government imperative. Many crucial decisions on global issues, such as peacemaking and conflict resolution, military expenditure and nuclear disarmament, development and the environment, foreign aid and economic restructuring, are taken with limited participation of women. This is in stark contrast to their participation in these areas at the non-governmental level.»

I regelverkene for valg av dommere og medlemmer i internasjonale organer er det som oftest presisert at det skal legges opp til en jevn geografisk fordeling, og at ulike rettssystemer skal bli representert. Men det er bare i Statuttene for Den internasjonale straffedomstol (ICC) at det er uttrykkelig presisert at det skal tilstrebes en rettferdig representasjon av kvinnelige og mannlige dommere.¹² Ved valg av dommere til Den europeiske menneskerettsdomstol krever Europarådets parlamentarikerforsamling, som forestår valget, at landene skal nominere tre kan-

12 ICC-statuttene art. 8 (a)iii.

didater, og begge kjønn må være representert. Senest i 2022 forkastet forsamlingen nominasjonslisten fra Danmark fordi den bare inneholdt menn. Kjønnfordelingen er fortsatt skjev i mange internasjonale domstoler og komiteer.

Den internasjonale domstol i Haag (ICJ) har for eksempel 11 mannlige og 4 kvinnelige dommer. I Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) har en noe bedre fordeling, med 29 mannlige og 15 kvinnelige dommere. I ICC er seks av atten dommere kvinner. I FN-komiteen som overvåker FN-konvensjonen om kvinnediskriminering (CEDAW) er derimot fordelingen 22 kvinner og en mann. I EFTA-domstolen er derimot alle tre dommerne menn, og slik har det vært siden domstolen ble opprettet i 1994.

Det kan reises spørsmål om hvorvidt mannsdominansen også har påvirket innholdet i folkeretten. Siden 1990-tallet har stadig flere folkerettslige forfattere forfektet det de betegner som en feministisk tilnærming i folkerettslig metode.¹³ Noen av de sentrale temaene disse forfatterne tar opp er større oppmerksomhet på individene, vurderinger på tvers av ulike sektorer i folkeretten og nedbygging av hierarkier. Behovet for et kvinneperspektiv er særlig synlig for folkerettslige regler som gjelder individene. Men et slikt perspektiv er også aktuelt for generelle folkerettslige regler, f.eks. om mulighetene for humanitær intervensjon når statlig suverenitet misbrukes.

2.6 Global eller regional folkerett?

Folkeretten er i utgangspunktet global, dvs. den gjelder i hele verdenssamfunnet. Men det finnes flere unntak i form av regler som har et begrenset geografisk anvendelsesområde. En grensetraktat vil bare få anvendelse for den grensen som den regulerer, og det finnes traktater som regulerer skipsfarten på bestemte elver.

En annen begrunnelse for at en traktat er gitt et begrenset geografisk anvendelsesområde, kan være at man har ønsket å begrense traktaten til likesinnede stater, som f.eks. oppfyller de samme rettssikkerhetsgarantiene. Innenfor Europarådet er det inngått flere traktater som bare er åpne for Europarådets medlemsland. Et eksempel er Den europeiske utleveringskonvensjonen av 13. desember 1957. Statene går her ganske langt i å påta seg en plikt til å utlevere personer til straffeforfølgning i et annet land. For at man skal kunne påta seg slike forpliktelser, er det viktig at man har en viss grad av sikkerhet for at rettergang og senere straffefullbyrding vil skje i samsvar med rettssikkerhetsgarantier og krav til human behandling.

13 Se særlig *Charlesworth, Chinkin og Wright: Feminist Approaches to International Law* i *American Journal of International Law* vol. 85 no. 4 (1991) s. 613 flg., *Buss og Manji: International law: Modern feminist approaches*, Hart 2005, *Orford: International law and its others*, Cambridge University Press 2006 og *O'Rourke: Feminist Strategy in International Law: Understanding Its Legal, Normative and Political Dimensions*, *European Journal of International Law* vol. 28 no. 4 (2017) s. 1019–1045.

Men også sedvanerett kan være regional, i form av praksis utviklet innenfor en begrenset gruppe av stater. I *Asylsaken*¹⁴ (1950) drøftet ICJ hvorvidt det var etablert en lokal sedvanerett i Latin-Amerika vedrørende politisk asyl. Domstolen kom riktignok til at det ikke var tilfelle, men det forhold at spørsmålet ble drøftet, er et klart bevis for at man så en slik lokal sedvanerett for mulig.

14 *Asylsaken*: Colombian-Peruvian asylum case, I.C.J. Reports 1950 s. 266.

Folkerettens historie

1 Innledning

Rammen for hva som skal tas med i en oversikt over folkerettens historie, henger naturlig nok sammen med den definisjon man velger å benytte av begrepet folkerett. Dersom man holder seg til den tradisjonelle definisjon av folkerett som en rett mellom stater, bør strengt tatt den historiske framstilling begynne med freden i Westfalen i 1648, fordi etableringen av selvstendige nasjonalstater tradisjonelt er knyttet til denne begivenhet som danner avslutningen på tredveårskrigen.

Men regler med et innhold som tilsvarer det vi i dag henregner til folkerettens kjerneområder, fantes lenge før dette. De problemer og konflikter som folkeretten søker å løse eksisterte også i tider da verdensordenen bygget på andre strukturer enn nasjonalstaten. Og det er selvsagt heller ikke slik at freden i Westfalen brått etablerte et verdenssystem basert på nasjonalstatene. Snarere representerte dette en milepæl i en utvikling som hadde funnet sted over flere hundre år.

I en oversikt over folkerettens historie kan det derfor være like relevant å ta utgangspunkt i det sett med materielle regler som utgjør kjerneområdene i det vi i dag kaller folkerett, og så se på hvordan disse er forsøkt løst i ulike historiske epoker. Folkeretten er ikke til *for* statene, men er (i dagens verdensbilde) et regelverk til å regulere samkvemmet *mellom* statene (folkene).¹ I denne sammenheng er det likevel grunn til å legge vekt på et forhold som blir særlig framtrædende. Folkerettslige regler er basert på et samfunnssystem med formelt likeverdige parter, som utvikler reglene i felles interesse. Folkerettslige avtaler utvikles ofte som følge av behovet fra flere stater (samfunn) for å gå sammen og motvirke dominans, enten fra en av dem eller fra utenforstående. I noen tilfelle gjennom historien ser vi at dominansen fra en part har bremsset utviklingen av egentlig folkerett (jf. om romertiden nedenfor). I perioden fra freden i Westfalen og fram til første verdenskrig er det klare tendenser i folkerettsutviklingen på forsøk på å motvirke enkeltstaters dominans, først Spania, deretter Frankrike og til slutt Storbritannia. Disse maktens dominans i verdensbildet bidro imidlertid klart til å prege folkerettsutviklingen. I dag kan det være fristende å se USAs forhold til folkeretten fra det synspunkt

1 Motsatt *Martti Koskenniemi*, som antyder at folkeretten snarere er en praktisk samarbeidsordning uten andre overordnede mål enn å sikre statene å overleve: *Koskenniemi: What is International Law for?* i *Evans* (red.): *International Law*, 5. utg., Oxford University Press 2018.

at flere av de multilaterale traktater som framforhandles, til en viss grad preges av de manges ønske om å begrense den faktiske (og rettslige) innflytelsen til den ene. Det er da også et faktum at USA ofte har vært nølende eller tilbakeholdende med å ratifisere nyere traktater.

Listen over traktater som USA ikke har ratifisert er lang, men et ekstremt eksempel er at USA er det eneste av FNs medlemsland som ikke har ratifisert FNs barnekonvensjon.

Innenfor rammen av denne boka er det bare plass til en overfladisk framstilling av noen av de viktigste utviklingstrekk.² En rekke av de problemer og begivenheter som er nevnt i dette kapitlet, vil imidlertid bli grundigere omtalt i annen sammenheng andre steder i boka. Det er påfallende at de store skritt i denne utvikling svært ofte skjer i forbindelse med fredsforhandlinger etter store kriger.

2 Folkeretten før freden i Westfalen

2.1 Antikken

De første store sivilisasjoner som vi kjenner fra historien, er oldtidssamfunnene omkring de store elver i Østen: Nilen, Eufkrat og Tigris. Men også i Kina fantes det på samme tid et organisert rike. Alle disse var preget av et styre med en allmektig enehersker, ofte med guddommelig karakter. Herskeren hadde i prinsippet all makt, men var selvsagt avhengig av et administrativt apparat for å forestå det daglige styre.

Det var utvilsomt kontakt mellom rikene, både i krig og fred. Det ble sluttet avtaler mellom herskerne, med innhold som har paralleller til moderne folkerettslige traktater. Den antakelig eldste kjente er den såkalte *Lagash-Umma-traktaten* fra ca. 2100 f.Kr. Avtalen, som er hugget i stein, ble inngått mellom overhodene for to sumeriske folk (i Mesopotamia), og fastslår grensene mellom disse. Et annet eksempel er en avtale mellom Ramses II av Egypt og kong Hattushilish fra omkring 1270 f.Kr. En folkerettsregel som allerede på denne tid ble respektert, var prinsippet om at sendemenn skulle være ukrenkelige. Fra Bibelen finnes et utsagn fra profeten Esaias om at inngåtte avtaler skulle overholdes, selv om de var inngått med fienden. I India finnes hinduistiske tekster fra samme tid som tar til orde for humanitet og rettferd i samkvem mellom ulike folkegrupper. Også i Kina var man opptatt av å skape harmoniske forhold med nabofolkene.

De greske bystater, som hadde sin storhetstid mellom 600 og 300 f.Kr., hadde et nært samkvem innbyrdes, men også til Perserriket og Kartago. Samkvemmet

2 For dem som søker en grundigere framstilling kan blant annet vises til *Grewe og Byers: The Epochs of International Law*, Walter De Gruyter 2000, *Koskenniemi: The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870–1960*, Cambridge University Press 2001, *Neff: Justice Among Nations. A History of International Law*, Harvard University Press 2014 og *Fassbender et al.: The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford University Press 2014.

var basert på regler og prinsipper, i krig så vel som i fred. En omfattende handel fant sted mellom de ulike samfunnene, også denne må ha vært regulert. Grekerne var antakelig de første som anvendte voldgift.

2.2 Romertiden

Romerrikets gullalder er først og fremst preget av at imperiet hadde tilnærmet totalt herredømme over hele den «kjente» verden. Romerne bygget opp et omfattende rettssystem, som har hatt stor betydning langt inn i vår tid. Fra romerretten har vi blant annet begrepet *ius gentium*, som ordrett betyr folkerett. Men denne retten var i stor grad preget av det romerske herredømmet, og ikke av likeverd mellom partene. *Ius gentium* inneholdt først og fremst regler som avgjorde rettsspørsmål for enkeltpersoner som ikke var romere, eller mellom romere og ikke-romere, og falt derfor utenfor den egentlige romerretten (*ius civile*).

Romernes forhold til samfunn utenfor Romerriket var i stor grad basert på om det fantes en vennsapsavtale med vedkommende samfunn. I mangel av slik avtale hadde personer så vel som gods fra et slikt område ingen rettslig beskyttelse i Romerriket. *Ius gentium* gjaldt derfor i prinsippet bare for fremmede som kom fra stater som hadde et minimum av avtaleforhold med Romerriket.

2.3 Middeltalderen

Middeltalderen innledes med det romerske rikets sammenbrudd. Europa var preget av folkevandringene, og de stadige skiftingene i maktforhold som dette forårsaket, ga ingen god grobunn for rettsutvikling. Noen av de få tendenser til folkerettslignende utvikling som man finner i tidlig middelalder, fant sted innen den vest-europeiske kristenhet. Den hadde front mot de utenforstående (hedningene) som i denne sammenheng omfattet de muslimske så vel som bysantinske samfunn. Et illustrerende eksempel er at det annet laterankonsil i 1139 vedtok å forby bruk av armbrøst, men forbudet var begrenset til å gjelde overfor andre kristne. På samme måte forbød det tredje laterankonsil i 1179 piratvirksomhet, men bare hvor offeret var en kristen. Det er for så vidt påfallende at det er på denne tid man ser begrepet «rettferdig krig» benyttet i en slags rettslig sammenheng, blant annet i forbindelse med korstogene.

En tilsvarende utvikling fant man innenfor den muslimske verden allerede fra det sjuende århundre, hvor de rettsregler som gjaldt for samkvemmet mellom stater innenfor den muslimske verden (*dar-allIslam*) var langt mer omfattende enn det som gjaldt forholdet til utenforstående stater (*dar-al-Harb*).

Men heller ikke den senere middelalder gir eksempler på egentlig folkerettsutvikling. Det er to årsaker til dette. For det første var denne tid i Vest-Europa preget av maktkampen mellom paven og den tysk-romerske keiser. Begge aspirerte til et overherredømme, og dette gir som tidligere nevnt intet godt grunnlag for en folkerettsutvikling. Paven forsøkte å opptre som dommer, også i verdslige saker. Men

INNFORING I FOLKERETT gir en problemorientert fremstilling av folkeretten. I denne sjette utgaven har forfatterne bearbeidet og ajourført de enkelte kapitlene med relevante internasjonale dommer og aktuelle eksempler fra statenes praksis. Boken er primært skrevet for rettsstudiet, men også praktiserende jurister og andre som har behov for innsikt i folkerettslige problemstillinger, vil ha nytte av boken.

Forfatterne behandler emner som

- folkerettens historie
- folkerettslig metode
- inngåelse, tolkning og opphør av traktater
- statene, deres territorium og befolkning
- havrett
- internasjonal miljørett
- internasjonale organisasjoner inkludert FN
- forbudet mot bruk av makt
- beskyttelsen av menneskerettighetene
- internasjonal handels-, investerings- og finansrett
- internasjonale domstoler
- krigens folkerett og internasjonal humanitær rett
- forholdet mellom folkeretten og norsk rett



MORTEN RUUD har i hele sin karriere vært tilknyttet Justisdepartementet, som lovrådgiver, sjef for polaravdelingen og departementsråd fra 1997 til 2012. Han var gjesteforsker ved PluriCourts, Universitetet i Oslo og har tidligere vært sysselmann på Svalbard. Han har representert Norge i mange forhandlinger om menneskerettigheter i FN og Europarådet, senest som leder for Europarådets styringskomité for menneskerettigheter 2020-2021.



GEIR ULFSTEIN er professor emeritus ved Institutt for offentlig rett og har vært co-director ved PluriCourts - Senter for forskning om internasjonale domstolars legitimitet. Han har drevet forskning innen ulike områder av folkeretten og var en av vinnerne av Universitetet i Oslos forskningspris i 2021. Han ble dr.jur. på avhandlingen «The Svalbard Treaty - from Terra Nullius to Norwegian Sovereignty» (1995). Han har også vært direktør ved Senter for menneskerettigheter (2004-2008).

 Universitetsforlaget

ISBN 978-82-15-05766-8



9 788215 057668