

Hård rättspositivism i folkrätten

Av jur. kand FREDRIK STENHAMMAR¹

We all want progress, but if you're on the wrong road, progress means doing an about-turn and walking back to the right road; in that case, the man who turns back soonest is the most progressive.

C.S. Lewis

Hård rättspositivism är den variant av rättspositivism i folkrätten som formulerades av Lassa Oppenheim vid 1900-talets början. Den präglas av formalism i hanteringen av rättskällorna och realism i synen på de internationella relationerna. Idag utmanas den av mjuk rättspositivism som har en expansiv syn på rättsbildning och söker utsträcka de folkrättsliga reglernas bindande verkan till stater som inte har samtyckt till dem. Artikeln är ett försvar för den hårda rättspositivismen som teoretisk grund för urskiljning, tolkning och tillämpning av folkrättens regler.

1 Inledning

Den folkrättsliga rättsbildningen präglas av brist på formalism och den normativa tröskeln är ofta svår att identifiera.² Folkrättsliga regler är vanligen föga precist formulerade och lämnar stort utrymme för tolkning.³ Överväganden som brukar rubriceras som metod men som kanske bättre fångas av det amerikanska uttrycket *judicial philosophy*, dvs. teoretiska ställningstaganden om rättsbildning och tolkning i vid mening, får därför stort inflytande på bedömningen av konkreta folkrättsliga problem.⁴ Den hårda rättspositivismen har haft stor betydelse för folkrätten men ifrågasätts numera ofta i doktrinen. Den framstår dock som än mer aktuell idag då folkrättens förmåga att säkra fredlig samexistens och samarbete mellan staterna hotas av relativisering och

¹ Doktorand i folkrätt vid Stockholms universitet. Tack till docent Mauro Zamboni, jur. dr Marie-Hélène Boccara och jur. kand. Fredric Korling för värdefulla kommentarer.

² Weil, P., *Towards Relative Normativity in International Law?*, 77 AJIL s. 413–442, 1983, på s. 415; Eek, H., Bring, O., & Hjernner, L., *Folkrätten*, 4 uppl., 1987, s. 15 f; Koskenniemi, M., *The Place of Law in Collective Security*, 17 Michigan JIL s. 455–490, 1995–1996, s. 484; Malanczuk, P., *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7 uppl., 1997, s. 157; Shelton, D., *International Law and "Relative Normativity"*, Evans, M.D., (red.), *International Law*, 2 uppl., 2006, s. 160.

³ Virally, M., *The Sources of International Law*, Sørensen, M., (red.), *Manual of Public International Law*, 1968, s. 140; Nardin, T., *Legal Positivism as a Theory of International Society*, Mapel, D.R., & Nardin, T., (red.), *International Society: Diverse Ethical Perspectives*, 1998, s. 24.

⁴ Baldock, B.R., *Justice and the Rule of Law: A Contradiction in Terms?*, 15 Southern Illinois University LJ s. 57–65, 1990–1991, på s. 57; Higgins, R., *Problems and Process: International Law and How We Use it*, 1994, s. 267. Se även Brierly, J.L., *The Basis of Obligation in International Law*, 1977, s. 2; Koskenniemi, M., *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960*, 2001, s. 7.

fragmentisering.⁵ Detta är ett försök att skissera den hårda rättspositivismen som *judicial philosophy* i folkrätten och dess implikationer för analysen av aktuella folkrättsliga problem.

2 Lassa Oppenheim och folkrättsrättsvetenskapen

Det har alltid funnits ”an unusual amount of futility and mere show in international legal activities” och därför är det inte alltid lätt att skilja mellan faktiskt bindande folkrättsliga regler och tillsynes bindande målsättningar.⁶ Trots detta och den relativa frånvaron av auktoritativa avgöranden synes folkrättens regler tillämpas med en rimlig grad av konsekvens och förutsebarhet i de internationella relationerna.⁷

Alltsedan 1800-talet har rättspositivismen varit den dominerande teoretiska skolan i folkrätten. Den rättspositivistiska metoden tar sin utgångspunkt i befintliga, erkända folkrättsliga regler såsom de kommer till uttryck i etablerade rättskällor. Med denna okontroversiella utgångspunkt gemensamt finns det emellertid flera olika varianter av rättspositivism i folkrätten.⁸ Lassa Oppenheim formulerade år 1908, i den då nyligen grundade *American Journal of International Law*, vad som med nuvarande terminologi kan beskrivas som en hård rättspositivistisk metod.⁹ Oppenheim ville inleda en diskussion om *the science of international law* och precisera rättsvetenskapens uppgift och metod i folkrätten. Hans synsätt har haft stor betydelse för folkrättsdoktrinen.¹⁰ Vid 1900-talets början hade den på statspraxis grundade redogörelsen för gällande rätt fått konkurrens från liberala reformivrare som i folkrätten såg ett instrument för progressivt världsförbättrande, och vars arbete präglades mer av aspiration än av beskrivning med normativa utgångspunkter.¹¹ Spänningen mellan dessa olika strömningar är fortfarande märkbar i doktrinen.¹²

Enligt Oppenheims synsätt var forskningens främsta uppgift *exposition* av folkrättens erkända rättsregler, dvs. utläggning, tolkning eller kommentar.¹³ Författarna skulle inta de frånvarande domarnas plats

⁵ Weil, 1983, s. 419 f., 441; Malanczuk (Akehurst), 1997, s. 79.

⁶ Nussbaum, A., *A Concise History of the Law of Nations*, 1950, s. 3. Se även Morgenthau, H., *Positivism, Functionalism, and International Law*, 34 *AJIL* s. 260–284, 1940, på s. 266.

⁷ Nardin, 1998, s. 25.

⁸ Se t.ex. Nardin, 1998, s. 21; Wacks, R., *Understanding Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory*, 2005, s. 70.

⁹ Oppenheim, L., *The Science of International Law: Its Task and Method*, 2 *AJIL* s. 313–356, 1908, på s. 333; Weil, 1983, s. 421; Kingsbury, B., *Legal Positivism as Normative Politics: International Society, Balance of Power and Lassa Oppenheim's Positive International Law*, 13 *EJIL* s. 401–436, 2002, på s. 424. Se vidare Raz, J., *The Obligation to Obey: Revision and Tradition*, Raz, J., *Ethics in the Public Domain*, 1994, s. 347; Wacks, 2005, s. 107.

¹⁰ Arangio-Ruiz, G., *The "Federal Analogy" and UN Charter Interpretation: A Crucial Issue*, 8 *EJIL*, s. 1–28, 1997, s. 8; Ratner, S.R., & Slaughter, A.-M., *Appraising the Methods of International Law: A Prospectus for Readers*, Symposium on Method in International Law, 93 *AJIL* s. 291–302, 1999, på s. 291.

¹¹ Koskenniemi, 2001, s. 57 f.

¹² Klabbers, J., *An Introduction to International Institutional Law*, 2002, s. 38.

¹³ Oppenheim, 1908, s. 314.

och bedöma huruvida en etablerad sedvana förelåg, vilken innebörd en viss traktatförpliktelse hade etc. och därigenom bringa reda i det folkrättsliga systemet.¹⁴

Utöver redogörelsen för gällande rätt tillskrev Oppenheim forskningen ytterligare uppgifter, underordnade redogörelsen för gällande rätt, som delvis överlappar varandra. Dessa var historisk forskning, kritik av gällande rätt, förberedande av kodifiering, distinktion mellan äldre sedvanerätt och ny traktatbaserad rätt, befordring av skiljeförfarande samt popularisering av folkrätten.¹⁵

Med historisk forskning avsåg Oppenheim hur folkrättens regler tillkommit och utvecklats, vem som först etablerat dem och hur de gradvis erkänts i praxis. Sådana insikter kan ha stor betydelse för förståelsen av gällande rättsregler.¹⁶

Med förberedelse för kodifiering torde det inte ha varit frågan om någon motsvarighet till kodifieringsprojekten i kontinentaleuropeisk nationell rätt, utan om ett mera anspråkslöst nedtecknande av befintlig sedvanerätt, en strävan som fortsatt att vara en etablerad aspekt av folkrättslig akademisk verksamhet.¹⁷

Med kritik av gällande rätt avsågs frågan om reglerna är rättvisa och lämpliga, eller om de är föråldrade, och följaktligen om de borde inskränkas eller avskaffas, alternativt utökas. Det är alltså fråga om en diskurs *de lege ferenda* för vilken Oppenheim satte upp tämligen snäva ramar. Folkrätten är ett ömtåligt system. Kritik som inte åtföljs av realistiska förslag till förbättringar är föga meningsfull eller i värsta fall skadlig. Enligt Oppenheims uppfattning var det ”better for international law to remain stationary than to fall in the hands of the impetuous and hot-headed reformer”.¹⁸

Med distinktion mellan äldre sedvanerätt och ny traktatbaserad rätt synes Oppenheim ha syftat på förhållandet mellan dessa, eller snarare den senares inverkan på den förra, närmare bestämt att traktatbaserad rätt kan träda istället för sedvanerätt med motsvarande innehåll utan att fördenskull konsumera den. Det finns skäl att klargöra i vilken mån en traktatbaserad regel har en sedvanerättslig motsvarighet eftersom sedvanerätten existerar självständigt, och således kan tillämpas när traktatförpliktelsen i fråga av någon anledning inte är tillämplig, t.ex. på grund av en reservation.¹⁹

¹⁴ Jfr Eek, H., Undervisning och forskning i internationell rätt, NTIR 1969 s. 79–92, på s. 83.

¹⁵ Oppenheim, 1908, s. 318.

¹⁶ Oppenheim, 1908, s. 316; Malloy, M.P., *United States Economic Sanctions: Theory and Practice*, 2001, s. 33.

¹⁷ Jfr artikel 13 (1) (a) i FN-stadgan enligt vilken generalförsamlingen skall främja folkrättens ”fortgående utveckling och dess kodifiering”. Folkrättskommissionen etablerades för detta syfte.

¹⁸ Oppenheim, 1908, s. 318.

¹⁹ Oppenheim, 1908, s. 322. Jfr *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. U.S.)*, Merits, Judgment, 27 June 1986, ICJ Rep. 1986, s. 14, p. 175–178.

Befordring av skiljeförfarande får förstås mot bakgrund av att ett av folkrättens huvudändamål är fredlig lösning av tvister, till undvikande av väpnade konfrontationer.²⁰ Det kan antas att rättsreglernas handlingsdirigerande funktion stärks om tvister prövas rättsligt och att rättslig prövning av tvister för rättsutvecklingen framåt.²¹ Rättslig prövning av tvister kan alltså betraktas som önskvärt ur inomrättslig synvinkel. Frånvaron av obligatorisk jurisdiktion medför emellertid att rättslig prövning av tvister såväl i domstol som i skiljenämnd har begränsad betydelse i folkrätten.

Enligt Oppenheim skulle forskning på folkrättens område slutligen även ha till uppgift att popularisera folkrätten. Sådan missionärsverksamhet kan föra tankarna till demonstrationståg under paroller som ”Ja till fred och folkrätt!”²² Tvister är dock sällan eller aldrig en fråga om folkrätt eller inte folkrätt, utan om hur vissa regler skall tolkas.²³ Popularisering av folkrätten får förstås mot bakgrund av de folkrättsliga reglernas jämförelsevis svaga ställning.²⁴ Vad Oppenheim åsyftade kan alltså antas vara något annat än den idealistiska internationalism som var särskilt markant vid grundandet av Nationernas förbund år 1919 men som präglat utvecklingen av hela den nutida folkrätten. Som Jan Klabbers skriver: ”On this line of thinking, to be an international lawyer ... is to somehow be in favour of anything international.”²⁵ Denna rättspolitiska uppfattning har dock inget med rättsvetenskap att göra.

3 Den hårda rättspositivistiska metoden

Distinktionen mellan ”hård” och ”mjuk” rättspositivism var inte myntad på Oppenheims tid. Emedan den hårda rättspositivismen vidhåller att legalitet bestäms uteslutande av formella kriterier kan den mjuka rättspositivismen betrakta vissa principer som rättsligt bindande enbart p.g.a. deras inneboende värde.²⁶ Benedict Kingsbury har påvisat likheten mellan Oppenheim och Joseph Raz som är den främsta företrädaren för den hårda rättspositivismen inom rättsteo-

²⁰ Oppenheim, 1908, s. 314. Jfr artikel 2 (3) i FN-stadgan.

²¹ Collier, J., & Lowe, V., *The Settlement of Disputes in International Law: Institutions and Procedures*, 1999, s. 1; Lindblom, P.-H., *Inledning: Rätt och rättstillämpning*, i *Norstedts juridiska handbok*, 17 uppl., 2001, s. 1–12, på s. 2.

²² Jfr ”Ja till fred och folkrätt! — stoppa våldet i Mellanöstern”, Appellmöte och gudstjänst 13 januari 2001, <http://www.palmecenter.se/RegionerOchLander/Mellanostern/Palestina/Artiklar/Jatillfredochfolkratt-stoppavaldetiMellanostern-Appellmoteochgudstjanst13januari.aspx> (2007-05-23). Detta torde få förstås mot bakgrund av att folkrätten utöver att vara ett gällande rättssystem även uppfattas som ett löfte om messiansk rättvisa. Se Koskenniemi, M., *What is International Law for?*, Evans, M.D., (red.), *International Law*, 2 uppl., 2006, s. 78.

²³ Casey, L.A., & Rivkin, Jr., D.B., *Double-Red-Crossed, The National Interest*, Spring 2005, Issue 79, s. 63–69, på s. 69.

²⁴ Jfr t.ex. artikel 47 i första Genèvekonventionen angående förbättrande av sårades och sjukas behandling vid stridskrafterna i fält, 1949, SÖ 1953:14.

²⁵ Klabbers, 2002, s. 38, 340.

²⁶ Wacks, 2005, s. 70.

rin.²⁷ Som den hårda rättspositivismens främsta förespråkare inom den moderna materiella folkrätten torde man kunna räkna Prosper Weil, som skrivit den berömda artikeln *Towards Relative Normativity in International Law*?²⁸

Kännetecknande för den hårda rättspositivismen är att en rättsregels existens inte bestäms av värdet på dess materiella innehåll utan av formella kriterier.²⁹ Den hårda rättspositivismen betonar därför kravet på staternas samtycke för bundenhet av folkrättsliga regler och vidhåller en tämligen restriktiv syn på vad som utgör rättsgenererande statspraxis. Detta leder till en viss "formalism" i hanteringen av rättskälorna, eftersom dessa representerar vad staterna faktiskt samtyckt till och därmed kan förväntas efterleva.³⁰

Folkrättens övergripande ändamål kan alltså förstås som begränsat till upprätthållande av ordning mellan de suveräna staterna, vilket inte nödvändigtvis är detsamma som fred, även om ordning ofta torde öka möjligheterna för fred.³¹ Folkrätten torde alltså inte alls ha förändrats i sådan omfattning som det ofta tas för givet i den moderna debatten, och den utgör knappast heller någon kungsväg för åstadkommande av en fredlig och rättvis värld.³²

Den hårda rättspositivismen präglas vidare av en grundläggande "realism" i synen på folkrätten.³³ Skiljelinjen mellan realism och idealism i vid mening rör förhållandet mellan makten och folkrätten och har ingen direkt koppling till distinktionen mellan rättspositivism och naturrätt.³⁴

Begreppen formalism och realism är tvetydiga och de ställs ibland i motsatsförhållande till varandra, t.ex. i Hans Morgenthau's realistiska kritik av folkrätten.³⁵ Det finns dock ingen nödvändig motsättning mellan dem om de förstås mot bakgrund av att folkrätten i grund och

²⁷ Kingsbury, 2002, s. 424; Wacks, 2005, s. 69.

²⁸ Weil, P., *Towards Relative Normativity in International Law?*, 77 AJIL s. 413–442, 1983; Simma, B., & Paulus, A.L., *The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View*, Symposium on Method, 93 AJIL s. 302–316, 1999, på s. 306.

²⁹ Nardin, 1998, s. 24; Wacks, 2005, s. 70.

³⁰ Jennings, R., & Watts, A., *Oppenheim's International Law*, vol. I, Peace, 9 uppl., 1992, s. 23; Koskeniemi, M., *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, nyutgåva, 2005, s. 305.

³¹ Detta motsvarar Oppenheims syn på folkrättens ändamål såsom den formuleras av Kingsbury, 2002, s. 431.

³² Cohen, M.R., *Positivism and the Limits of Idealism in the Law*, 27 Columbia L.Rev. s. 237–250, 1927, på s. 250; Neff, S.C., *A Short History of International Law*, Evans, M.D., (red.), *International Law*, 2 uppl., 2006, s. 50.

³³ Reisman, W.M., *Lassa Oppenheim's Nine Lives*, 19 Yale JIL s. 255–284, 1994, s. 273. Etiketterna "realism" respektive "idealism" måste användas med viss försiktighet men synes ha ett förklaringsvärde. Jfr Koskeniemi, 2006, s. 60.

³⁴ Steinberg, R.H., & Zasloff, J.M., *Power and International Law*, 100 AJIL s. 64–87, 2006, på s. 73. Att framställa realismen i folkrätten som en kritik mot rättspositivismen är alltså bara delvis korrekt.

³⁵ Om tvetydigheten i begreppet "formalism", se Koskeniemi, 2006, s. 68.

botten är en samexistens av suveräniteter.³⁶ Folkrätten är hållbar och livsduglig som rättssystem endast så länge den långsiktigt fortsätter att överensstamma med staternas intressen.³⁷ Det är därför nödvändigt att upprätthålla folkrättens frivillighet, ideologiska neutralitet och positivit.³⁸

3.1 Formalism i hanteringen av rättskällorna

Enligt Martti Koskenniemi tillhandahåller folkrättens formalism "the shared surface — the *only* such surface — on which political adversaries recognize each other as such and pursue their adversity in terms of something shared".³⁹ Det är inte i första hand de materiella värderingarna som delas utan form och procedur.⁴⁰ Folkrättens rättskällor fungerar som formaliserade uttryck för staternas samtycke och sätter därmed ramarna för det gemensamma område som folkrätten utgör.

Folkrättens rättskällor såsom de brukar anses framgå av artikel 38 i Internationella domstolens stadga är traktater och sedvanerätt.⁴¹ Därtill kommer rättspraxis och juridisk doktrin som hjälpmedel för att fastställa innehållet i gällande rätt. Tolkningshjälpmedel som rättspraxis och doktrin är inte rättskällor i egen kraft utan får bedömas utifrån styrkan i argumentationen och förankringen i traktater och sedvanerätt. Internationella domstolens domare kan även ta hjälp av allmänna principer i nationell rätt, huvudsakligen för att avgöra processuella frågor. Sådana allmänna principer är dock inte en rättskälla.⁴² Likheter i nationell lagstiftning är således inte ett tillräckligt bevis för en folkrättslig regel.⁴³ Allmänna folkrättsliga principer kan om man så vill betraktas som en rättskälla, men då endast som abstraktioner av statspraxis.⁴⁴

Staternas efterlevnad av folkrätten torde bero på ett samspel mellan flera faktorer, varav hotet om sanktioner kan antas vara av underord-

³⁶ Watts, A., *The International Rule of Law*, 36 *German YIL* s. 15–45, 1993, på s. 16; Brownlie, I., *Principles of Public International Law*, 6 uppl., 2003, s. 287.

³⁷ Oppenheim, L., *International Law*, 1 uppl., 1905, s. 74 citerad i Reisman, 1994, s. 265.

³⁸ Weil, 1983, s. 419 f, 441; Bozeman, A.B., *Does International Law Have a Future?*, 6 *New York Law School Journal of International and Comparative Law* s. 289–299, 1984–1986, på s. 299; Higgins, 1994, s. 267.

³⁹ Koskenniemi, 2006, s. 77. Se även Collier & Lowe, 1999, s. 3.

⁴⁰ Nardin, 1998, s. 31.

⁴¹ Se t.ex. Virally, 1968, s. 121; Jennings, R.Y., *What is International Law and How Do We Tell It When We See It?*, 37 *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht* s. 59–88, 1981, på s. 60; Malanczuk (Akehurst), 1997, s. 36. Internationella domstolens stadga är en bilaga till FN-stadgan som antogs 1945, SÖ 1946:1 och 1957:12.

⁴² Lauterpacht, H., *Private Law Sources and Analogies of International Law*, 1927, s. 301; Shearer, I.A., *Starke's International Law*, 11 uppl., 1994, s. 30; Pellet, A., *Applicable Law*, Cassese, A., Gaeta, P., & Jones, J.R.W.D., (red.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. II, 2002, s. 1073; Brownlie, 2003, s. 16.

⁴³ Malanczuk (Akehurst), 1997, s. 73. Jfr dock Fassbender, B., *Targeted Sanctions and Due Process*, Study Commissioned by the United Nations Office of Legal Affairs, 2006, s. 21.

⁴⁴ Jennings, 1981, s. 73; Pellet, 2002, s. 1073; Brownlie, 2003, s. 18 f.

nad betydelse.⁴⁵ Det finns givetvis sanktioner för regelöverträdelser i enskilda fall men dessa tämligen svaga instrument torde inte ensamma förklara den relativt höga graden av efterlevnad av folkrättens regler.⁴⁶ En viktig aspekt är att folkrättsliga regler vanligtvis har karaktären av självpåtagna begränsningar av reciprok karaktär snarare än furstliga påbud.⁴⁷ Eftersom folkrätten är en produkt av staternas intressen snarare än en inskränkning av dem ligger det vanligen i statens eget intresse att efterleva folkrättsliga regler.⁴⁸ ”States observe all of the law most of the time and most of it all the time because they find it convenient, profitable, and helpful”, som Geoffrey Best uttrycker saken.⁴⁹

I bemärkelsen att moraliska regler eller politiska målsättningar måste ha förankrats i rättskällorna för att få folkrättsligt genomslag kan det även i folkrätten, med Antonin Scalia's ord, sägas att ”[t]he rule of law is about form”.⁵⁰ Således kan t.ex. regler om mänskliga rättigheter inte betraktas som bindande för FN:s säkerhetsråd enbart därför att detta vore önskvärt, utan en hållbar folkrättslig grund krävs för att de skall kunna tillämpas. Inte heller kan tortyrförbudet betraktas som en *jus cogens*-regel bara därför att det i och för sig vore önskvärt att det hade sådan status.⁵¹

Formalism i denna betydelse skall emellertid inte förväxlas med orimliga bokstavstolkningar av rättsregler.⁵² Som avskräckande exempel på det senare tjänar Internationella domstolens behandling av frågan om självförsvaret i sitt rådgivande yttrande om den israeliska säkerhetsbarriären:

Article 51 of the [United Nations] Charter thus recognizes the existence of an inherent right of self-defence in the case of armed attack by one State against another State. However, Israel does not claim that the attacks against it are imputable to a foreign State. The Court also notes that Israel exercises control in the Occupied Palestinian Territory and that, as Israel it-

⁴⁵ Akehurst, M., Reprisals by Third States, 44 BYIL s. 1–18, 1970, på s. 15; Kalshoven, F., Belligerent Reprisals, 1971, s. 16; Brierly, 1977, s. 201 f; Elagab, O.Y., The Legality of Non-forcible Counter-measures in International Law, 1988, s. 44; Bothe, M., International Obligations, Means to Secure Performance, Bernhardt, R., (red.), Encyclopedia of Public International Law, vol. II, 1995, s. 1278–1284; Lysén, G., Folkrättsligt ansvar, 2002, s. 89.

⁴⁶ Brierly, 1977, s. 201.

⁴⁷ Bring, O., Comments, i Post, H.H.G., (red.), International Economic Law and Armed Conflict, 1994, s. 39–40; Malanczuk (Akehurst), 1997, s. 6; Brownlie, I., The Rule of Law in International Affairs, 1998, s. 14.

⁴⁸ Higgins, R., Compliance with United Nations Decisions on Peace and Security and Human Rights Questions, Schwebel, S.M., (red.), The Effectiveness of International Decisions, 1971, s. 49; Watts, 1993, s. 24, 41; Goldsmith, J.L., & Posner, E.A., The Limits of International Law, 2005, s. 13, 165.

⁴⁹ Best, G., War and Law Since 1945, 1994, s. 5 f.

⁵⁰ Scalia, A., A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law, 1997, s. 25. Se även Hart, H.L.A., The Concept of Law, 2 uppl., 1994, s. 229; Kingsbury, 2002, s. 421; Wacks, 2005, s. 152: ”formalism ... lies at the heart of positivism”.

⁵¹ Schwarzenberger, G., International Jus Cogens?, 43 Texas L.R. s. 255–278, 1965, s. 457; Higgins, 1994, s. 21.

⁵² Scalia, 1997, s. 23.

self states, the threat which it regards as justifying the construction of the wall originates within, and not outside, that territory.⁵³

Detta summariska avfärdande av en komplex och potentiellt avgörande invändning bortser från att artikel 51 i FN-stadgan inte uttryckligen säger att ett angrepp måste härröra från en annan stat, att territoriet som angreppen kommer ifrån inte är en del av Israels statsterritorium samt att domstolen själv för alla praktiska syften behandlar den palestinska myndigheten som en stat.⁵⁴ Detta är, som *Judge* Rosalyn Higgins skriver i sitt tillägg för egen del, ”formalism of an uneven-handed sort.”⁵⁵ Även domstolens argument ”Israel does not claim”, som implicerar en processrättslig åberopsbörda, är förfelad formalism i ett rådgivande yttrande. Eftersom Israel inte var part i förfarandet kunde det inte skäligen förväntas varken åberopa argument eller presentera bevisning.⁵⁶

3.2 *Realism i synen på de internationella relationerna*

Folkrätten är lika lite som andra rättssystem oberoende av sin politiska och faktiska kontext: ”Law is a product of social reality. It cannot lag for long behind facts.”⁵⁷ Den hårda rättspositivistiska metoden präglas därför av realism i synen på folkrätten:

Oppenheim tempered his work with realism by insisting that state interest imposed severe limits on the evolution of the international legal system and the establishment of particular new laws. Those limits restrained international law, but also kept it realistic.⁵⁸

I sina renodlade former har såväl realism som idealism en instrumentell syn på folkrätten, som verktyg för politiska målsättningar men utan egen integritet.⁵⁹ En sådan syn är inte förenlig med uppfattning-

⁵³ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Rep. 2004, s. 136, i p. 139.

⁵⁴ Separate Opinion of Judge Higgins, p. 34; Declaration of Judge Buergenthal, p. 6; Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Order of 19 December 2003, ICJ Rep. 2003, s. 428, p. 2, 4; Dinstein, Y., War, Aggression and Self-defence, 4 uppl., 2005, s. 204; Pomerance, M., The ICJ's Advisory Jurisdiction and the Crumbling Wall between the Political and the Judicial, 99 AJIL s. 26–42, 2005, på s. 27; Tams, C.J., Light Treatment of a Complex Problem: The Law of Self-defence in the Wall Case, 16 EJIL s. 963–978, 2005, s. 977.

⁵⁵ Separate Opinion of Judge Higgins, p. 34; Declaration of Judge Buergenthal, p. 6, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Rep. 2004, s. 136.

⁵⁶ Declaration of Judge Buergenthal, p. 10, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Rep. 2004, s. 136.

⁵⁷ Lauterpacht, H., Recognition in International Law, 1947, s. 426 f.

⁵⁸ Reisman, 1994, s. 273, 269. Se även Weil, 1983, s. 441 f; Simma, & Paulus, 1999, s. 306; Kingsbury, 2002, s. 435.

⁵⁹ Schwarzenberger, G., International Law as Applied by International Courts and Tribunals, vol. II, The Law of Armed Conflict, 1968, s. 3; Koskenniemi, 1995–1996, s. 489; Nardin, 1998, s. 24; Gowlland-Debbas, V., The Functions of the United Na-

en av folkrätten som ett normativt system.⁶⁰ Inom ramen för en normativ syn på folkrätten finns det dock ett betydande spelrum för olika mindre utpräglade varianter på temat realism och idealism.⁶¹ Det är endast inom denna normativa, icke-instrumentella, ram som det är meningsfullt ur folkrättslig synvinkel att diskutera i termer av realism och idealism.⁶² Morgenthau s.k. traditionella realism synes i denna del överensstämma med den hårda rättspositivismen:

International law owes its existence to identical or complementary interests of states, backed by power as a last resort, or, where such identical interests do not exist, to a mere balance of power which prevents a state from breaking these rules of international law. Where there is neither community of interests nor balance of power, there is no international law.⁶³

Det bör understrykas att "[f]or Morgenthau and other traditional realists, the key to analyzing international law was to see it as a reflection of *both* the interests of powerful states and norms held in common across states."⁶⁴ Såsom Oppenheim, liksom inom rättsfilosofin Raz, hävdar måste folkrätten ha någon form av inneboende auktoritet för att vara rätt.⁶⁵ Detta synes motsvara Thomas Hobbes mening att "law, properly, is the word of him that by right hath command over others".⁶⁶ Även om Hobbes påbudsmodell inte är direkt överförbar på den horisontella folkrätten finns det en annan relevant aspekt av hans definition, nämligen att rätten har två moment, dels *command*, dvs. fysisk makt, dels *right*, dvs. ideell auktoritet.⁶⁷ Rätten måste således ha ett anspråk på legitimitet vid sidan av det fysiska maktanspråket.

Fastställandet av vilken makt som är legitim tangerar rättens gräns gentemot andra aspekter av den mänskliga tillvaron. Vid en punkt kriver man över en gräns mellan en bedömning av juridisk giltighet och en värde- eller faktabedömning.⁶⁸ "The ultimate source of law can only be found outside the law", som Ian Brownlie skriver.⁶⁹

tions Security Council in the International Legal System, Byers, M., (red.), *The Role of Law in International Politics*, 2000, s. 279.

⁶⁰ Koskenniemi, 1995–1996, s. 489. Se även Gowlland-Debbas, 2000, s. 279.

⁶¹ Steinberg & Zasloff, 2006, s. 86.

⁶² Den statsvetenskapliga distinktionen mellan realism och idealism är alltså inte omedelbart överförbar till den folkrättsliga diskursen.

⁶³ Morgenthau, 1940, s. 275.

⁶⁴ Steinberg & Zasloff, 2006, s. 73. Fotnoter utelämnade. Kursivering i originalet. Se vidare Bull, H., *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*, 3 uppl., 1992, s. 126; Koskenniemi, 2006, s. 72.

⁶⁵ Kingsbury, 2002, s. 424; Raz, J., *Authority, Law and Morality*, Raz, J., *Ethics in the Public Domain*, 1994, s. 199.

⁶⁶ Hobbes, T., *Leviathan*, (Macpherson, C.B., red.), 1968, s. 217; Brierly, 1977, s. 37.

⁶⁷ Gihl, T., *The Legal Character and Sources of International Law*, 1 *Scandinavian Studies in Law* s. 51–92, 1957, på s. 54; Nardin, 1998, s. 23, 28.

⁶⁸ Gihl, 1957, s. 69.

⁶⁹ Brownlie, 1998, s. 11. Se även Morgenthau, 1940, s. 269; Sztucki, J., *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties: A Critical Appraisal*, 1974, s. 160; Weil, 1983, s. 421. Hans Kelsens grundnorm och Herbert Harts igenkännings-

Lika lite som enbart fysisk makt kan emellertid enbart ideell legitimitet skapa rätt — ”covenants, without the sword, are but words, and of no strength to secure a man at all” som Hobbes uttryckte det.⁷⁰ Det är därför ofrånkomligt att styrkeförhållanden spelar en avgörande roll i relationerna mellan stater.⁷¹ En ideologisk tro på folkrättens styrka bör alltså inte tillåtas överflygla en realistisk syn på internationella förhållanden.⁷²

Den positiva folkrätten kan sägas ta sin början med konstaterandet att en stat föreligger. Staten representerar en sådan skärningspunkt mellan fysisk makt och ideell legitimitet som är en förutsättning för rättsliga reglers uppkomst.⁷³ Staternas suveränitet och likställdhet är folkrättens grundläggande konstitutionella doktrin.⁷⁴ Suveränitet på det folkrättsliga planet betyder i princip att en stat inte är underkastad andra staters eller någon annan utomstående makts auktoritet.⁷⁵ Folkrättens auktoritet kan således härledas till staternas samtycke.⁷⁶

4 Den moderna folkrättens utmaningar

Den moderna folkrättens utmaningar ser delvis annorlunda ut än de som var aktuella på Oppenheims tid. På det konkreta planet är omfattningen av den folkrättsliga regleringen numera avsevärt större och det saknas inte heller domstolar i folkrätten.⁷⁷ Utöver Internationella domstolen finns det en flora av folkrättsliga domstolar och tribunaler med varierande kompetens, vars praxis kan vara till ledning för bedömningen av vad som är gällande rätt, bland dem märks Europadomstolen för mänskliga rättigheter och säkerhetsrådets krigsförbrytartribunaler. Folkrättens utbredning och mångfalden av domstolar har accentuerat en problematik som kommit att kallas *fragmentisering* av folkrätten, dvs. att regler hamnar i konflikt med varandra.

På det teoretiska planet är det inte längre naturreätten som är den oppenheimiska positivismens främsta rival utan olika varianter av mera närbesläktad ”upplöst” eller mjuk rättspositivism.⁷⁸ Den mjuka rättspositivismen har bidragit till vad som kan benämnas *relativisering* av folkrättens normativitet, eller med andra ord uppluckring av folkrättens auktoritet. David Kennedy ger en bild av den moderna folkrätten:

regel har det gemensamt att de åtminstone delvis ligger utanför den positiva rätten. Wacks, 2005, s. 91, 107.

⁷⁰ Hobbes, 1968, s. 223.

⁷¹ Green, L., Comments, i Post, H.H.G., (red.), *International Economic Law and Armed Conflict*, 1994, s. 111–118, på s. 112; Steinberg & Zasloff, 2006, s. 72.

⁷² Morgenthau, 1940, s. 283; Eek m.fl., 1987, s. 19; Simma, B., *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, 250 RdC 1994-VI, s. 348.

⁷³ Higgins, 1994, s. 4; Kingsbury, 2002, s. 415; Steinberg & Zasloff, 2006, s. 73.

⁷⁴ Brownlie, 2003, s. 287.

⁷⁵ Watts, 1993, s. 23. Jfr dock Alvarez, J.E., *The New Treaty Makers*, 25 Boston College International and Comparative Law Review s. 213–234, 2002, på s. 213.

⁷⁶ Henkin, L., *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, 2 uppl., 1979, s. 33; Weil, 1983, s. 420; Jennings & Watts (Oppenheim), 1992, s. 14; Nardin, 1998, s. 30.

⁷⁷ Virally, 1968, s. 150.

⁷⁸ Se t.ex. Nussbaum, 1950, s. 275; Simma & Paulus, 1999, s. 307; Wacks, 2005, s. 70 f.

[A]n old fashioned legal formalism has given way to a modern legal science of context, process, and value, moving us from absolute to relative norms, from a disembodied and autonomous legal culture to one engaged with other fields...⁷⁹

Fragmentisering och relativisering är inte direkt relaterade fenomen men de synes samverka till att folkrättens förmåga att fylla sina funktioner försvagas. Därmed understryker de att behovet av den hårda rättspositivismen inte minskat sedan år 1908 utan snarare ökat.

4.1 Fragmentisering

Med fragmentisering avses den ökande uppdelningen av folkrätten i specialiserade underdiscipliner med universella men inte nödvändigtvis förenliga anspråk och den därav följande motstridiga rättspraxisen från olika domstolar.⁸⁰ Exempel på fragmentiseringen av rättspraxis är att krigsförbrytartribunalen för det forna Jugoslavien i *Tadic*-fallet fastställt kriterier för när en handling utförd av en icke-statlig enhet är hänförlig (*attributable*) till en stat, som avviker från Internationella domstolens avgörande i *Nicaragua*-fallet.⁸¹ Internationella domstolen har i det nyligen avgjorda *Bosnian Genocide*-fallet hållit fast vid sin egen modell.⁸² Europadomstolen för mänskliga fri- och rättigheter har i *Belilos*- och *Loizidou*-fallen behandlat frågan om verkan av otillåtna traktatreservationer på sätt som avviker från Internationella domstolens bedömning av samma fråga i *Genocide Convention*-fallet.⁸³

Fragmentiseringen kan ses både som en konsekvens av och en bidragande orsak till att rättsliga avgöranden inte har samma betydelse i folkrätten som i nationell rätt.⁸⁴ I en tvist mellan två stater representerar Internationella domstolen endast ett av flera alternativ för tvistelösning, och kan i det avseendet närmast liknas vid en skiljenämnd. Av jurisdiktionsskäl är det ytterst få internationella tvister som prövas i Internationella domstolen. Det finns inget folkrättsligt företräde för Internationella domstolen framför andra folkrättsliga domstolar eller tvistelösningsförfaranden. Detta är en följd av att det varken finns någon hierarkisk relation mellan Internationella domstolen och övriga

⁷⁹ Kennedy, D., *International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion*, 65 *Nordic JIL* s. 385–420, 1996, på s. 387.

⁸⁰ Koskenniemi, 2006, s. 76. Jfr Schachter, O., *International Law in Theory and Practice*, 1991, s. 1. Folkrättskommissionen har en särskild arbetsgrupp om fragmentisering. Se http://untreaty.un.org/ilc/summaries/1_9.htm (2007-08-28).

⁸¹ Se t.ex. *Prosecutor v. Tadic*, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Appeals Chamber, Judgment 15 July 1999, 38 *ILM* s. 1518, 1999, p. 137; *Nicaragua* (Merits), p. 80

⁸² *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Serbia)*, International Court of Justice, Judgment, 26 februari 2007, p. 404.

⁸³ *Loizidou (Preliminary Objections)*, 1995 ECHR (Ser. A) No. 310; *Reservations to the Convention on Genocide*, Advisory Opinion, ICJ Rep. 1951. s. 15.

⁸⁴ Jfr Eek m.fl., 1987, s. 18 f.

domstolar på det folkrättsliga planet, eller någon motsvarighet till *stare decisis*-regeln i *common law*.

Även om fragmentisering är ett nytt begrepp är det egentligen inte något nytt fenomen. Den folkrättsliga rättsbildningen i allmänhet kan sägas vara präglad av fragmentisering, i den meningen att det inte finns någon staterna överordnad normgivare.⁸⁵ Det är alltså en yttring av samma grundläggande drag hos folkrätten som 1908 föranledde Oppenheims upprop för juridisk metod, dvs. det folkrättsliga systemets horisontella och decentraliserade natur.

4.2 Relativisering

Med relativisering avses uppmjukningen av gränsen mellan det normativa och det endast uppfordrande (*hortatory*), mellan *lex lata* och *de lege ferenda*.⁸⁶ Detta fenomen synes vara förknippat med utbredningen av mjuk rättspositivism i den moderna folkrätten.

Den mjuka rättspositivismen accepterar formellt utgångspunkten att en rättsregel måste ges sin giltighet av ett rättssystem, grundas på samtycke och återfinnas i en rättskälla, men "behind the mask of classicism thus retained there has been a change of substance," som Weil skriver.⁸⁷ Mjuka rättspositivister tenderar att tona ned kravet på samtycke för bundenhet till förmån för s.k. konsensus inom "the elites we refer to collectively as the 'international community'",⁸⁸ och därigenom söka utsträcka rättsreglers bindande verkan till stater som inte samtyckt till eller direkt motsatt sig dessa regler.⁸⁹ Vidare tenderar den mjuka rättspositivismen att ha en extensiv syn på vad som är rättsgenererande statspraxis.⁹⁰

Den mjuka rättspositivismen har sålunda bidragit till framväxten av sådana företeelser som *jus cogens*-förpliktelser, dvs. okränkbara regler, och överträdelser *erga omnes*, dvs. överträdelser där alla stater, alternativt världssamfundet som entitet, är att betrakta som drabbade.⁹¹ Dessa tendenser kan ses som ett led i en ambition att ytterligare legalisera de internationella relationerna och utöka folkrättens räckvidd till fler sakområden och fler enheter, en ambition som vanligen bottenar i en tro på folkrättens förmåga att förändra världen till det bättre.⁹² Denna förmenta rättsutveckling går emellertid inte i takt med de politiska

⁸⁵ Se t.ex. Koskenniemi, M., & Leino, P., *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*, 15 *Leiden JIL* s. 553–579, 2002.

⁸⁶ Stone, J., *Israel and Palestine: Assault on the Law of Nations*, 1981, s. 124; Weil, 1983, s. 415.

⁸⁷ Weil, 1983, s. 438. Mjuk rättspositivism har inom rättsfilosofin formulerats av Hart, som att varje rättssystem måste ha "[a] minimum content of natural law". Se Hart, 1994, s. 193 ff.

⁸⁸ Kennedy, D., *The International Human Rights Movement: Part of the Problem?*, 15 *Harvard Human Rights Journal* s. 101–125, 2002, på s. 101.

⁸⁹ Weil, 1983, s. 436, 440.

⁹⁰ Bring, O., & Mahmoudi, S., *Sverige och folkrätten*, 3 uppl. 2007, s. 38.

⁹¹ Weil, 1983, s. 413.

⁹² Goldsmith & Posner, 2005, s. 203. Jfr Meron, T., *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, 1989, s. 113.

realiteterna och riskerar därmed att förvränga analysen av gällande folkrätt.⁹³ Folkrättens egentliga ”konstitutionella” regler alltsedan Alberico Gentilis och Hugo Grotius tid, såsom suveränitet, samtycke och reciprocitet, är oskrivna regler som alltjämt bekräftas av faktisk statspraxis och ”are disregarded only at the cost of futility or failure”.⁹⁴

Eftersom grunden för efterlevnad av folkrättsliga regler är samtycke och reciprocitet och möjligheterna att framtvinga efterlevnad är högst begränsade kan stater svårligen förväntas frivilligt efterleva folkrättsliga regler som de inte samtyckt till att vara bundna av.⁹⁵ Detta gäller särskilt om de förmenta förpliktelseerna kräver uppoffringar av staten som inte motsvaras av åtaganden från motparten. När exempelvis Internationella rödakorskommittén påstår att USA i behandlingen av tillfångatagna terrorister överträder humanitärrättsliga regler som USA inte har samtyckt till bedriver den alltså ett högt spel, främst med sin egen trovärdighet men även med folkrättens normativitet.⁹⁶

För att folkrättens funktioner skall kunna upprätthållas krävs det att man slår vakt om folkrättens frivillighet, ideologiska neutralitet och positivitet.⁹⁷ Effekten av världsförbättringssträvandena synes därför inte bli att stärka folkrätten, utan tvärtom att bidra till relativiseringen av folkrättens normativitet respektive en ”conceptual decomposition”, som på sikt riskerar att leda till att staterna övergår till att betrakta folkrättsliga regler som politiska målsättningar eller riktlinjer snarare än som rättsligt bindande förpliktelser. Folkrätten skulle därigenom tömmas på från politiken självständigt innehåll och dess särskilda handlingsdirigerande funktion gå förlorad.⁹⁸ Försöken att utöka ”samarbetsrätten” sker således på bekostnad av ”samexistensrätten”, som Hedley Bull uttrycker det.⁹⁹ Resultatet av en sådan utveckling kan förväntas bli ökad internationell laglöshet snarare än den ”rule-based international order” som t.ex. EU säger sig eftersträva.¹⁰⁰

5 Världssamfundet och dess konstitution

En viktig del i Oppenheims förståelse av folkrätten var förekomsten av en *community*. Det var så han försvarade folkrättens ställning som rättssystem mot John Austins invändning att existensen av ett rättssystem förutsätter en politisk överordnad.¹⁰¹ Begreppet *community* har då till syfte att avgränsa den krets inom vilken rättssystemet gäller, eller med

⁹³ Brownlie, 2003, s. 287.

⁹⁴ Rubin, A.P., *The Law of Piracy*, 2 uppl., 1998, s. 394; Bull, 1992, s. 154.

⁹⁵ Higgins, 1971, s. 49.

⁹⁶ Casey & Rivkin, 2005, s. 69.

⁹⁷ Weil, 1983, s. 419 f, 441.

⁹⁸ Weil, 1983, s. 414 f; Bozeman, 1984–1986, s. 296 ff.

⁹⁹ Bull, 1992, s. 154. Jfr Friedmann, W., *The Changing Structure of International Law*, 1964, s. 60 f.

¹⁰⁰ Goldsmith & Posner, 2005, s. 203. Jfr *A Secure Europe in a Better World, A European Security Strategy*, 12 december 2003, s. 9, tillgänglig på <http://ue.eu.int/uedocs/cmsUpload/78367.pdf> (2007-10-05).

¹⁰¹ Jennings & Watts (Oppenheim), 1992, s. 9; Reisman, 1994, s. 264; Kingsbury, 2002, s. 433.

andra ord vilka rättssubjekt som kan ha rättsliga relationer med varandra.¹⁰² Oppenheims *community* bestod av en maktbalans mellan suveräna stater som var och en upprätthöll folkrättsliga regler genom självhjälp.¹⁰³ Den moderna personifieringen av *the international community* eller världssamfundet som rättsskapande entitet — ”over and above the states there is a world community with such values of peace and solidarity that states must promote and cultivate” — är dock något annat än, och svårligen förenligt med, vad Oppenheim avsåg.¹⁰⁴

Eftersom stater enligt detta synsätt anses underkastade ”the will of the elusive ’international community’ at large”, kan rättsregler härledas till annat än formella rättskällor,¹⁰⁵ t.ex. till vad Theodore Meron kallar ”the enlightened interest of the international community”.¹⁰⁶ Dessa kollektivistiska tendenser, med betoning på ”konsensus” och moderna *community values* på bekostnad av enskilda staters samtycke, är uttryck för en hegemonistisk strävan som svårligen låter sig förenas med respekt för statsuveräniteten.¹⁰⁷ Det är oklart såväl vem världssamfundet närmare bestämt består av som vem som äger företräda det:

A hybrid, confusing theoretical construction, the result of which is the notion that the UN Charter is the constitution of an international society ambiguously understood as a legal community of the member States or their peoples, of all states, or of mankind — it is not clear which.¹⁰⁸

Eftersom långtgående anspråk framställs i världssamfundets namn innebär denna grundläggande oklarhet om identiteten att synsättet lätt lånar sig som täckmantel till särintressen.¹⁰⁹ Vanligtvis betraktas något FN-organ som företrädare för ett enat världssamfund.¹¹⁰ Detta är dock inte utan ett mått av önsketänkande.¹¹¹ FN-organens politiska natur gör dem mindre lämpade för denna uppgift.¹¹² Eftersom statsuveräniteten med nödvändighet fortsätter att vara utgångspunkten för han-

¹⁰² Gihl, 1957, s. 53.

¹⁰³ Bull, 1992, s. 126; Watts, 1993, s. 27; Nardin, 1998, s. 21.

¹⁰⁴ García-Mora, M.R., *International Responsibility for Hostile Acts of Private Persons against Foreign States*, 1962, s. 6 f, 18. Se vidare t.ex. Eek, m.fl., 1987, s. 21; Simma, 1994, s. 233.

¹⁰⁵ Rivkin, Jr., D.B., & Casey, L.A., *The Rocky Shoals of International Law, The National Interest*, Winter 2000/01, s. 35–45, på s. 37.

¹⁰⁶ Meron, 1989, s. 113. Se även Virally, 1968, s. 119.

¹⁰⁷ Jennings & Watts (Oppenheim), 1992, s. 15; Sands, P., & Klein, P., *Bowett’s Law of International Institutions*, 5 uppl., 2001, s. 14; Koskenniemi, 2006, s. 76.

¹⁰⁸ Arangio-Ruiz, 1997, s. 18. Se även Weil, 1983, s. 441.

¹⁰⁹ Jfr Koskenniemi, M., *Legal Cosmopolitanism: Tom Franck’s Messianic World*, 35 NYU JIL, s. 471–486, 2002–2003, på s. 486; Ferguson, N., *Colossus: The Rise and Fall of the American Empire*, 2004, s. 132.

¹¹⁰ Simma, B., *NATO, UN and the Use of Force: Some Legal Aspects*, 10 EJIL s. 1–22, 1999, s. 12; Fassbender, B., & Bleckmann, A., *Article 2 (1)*, Simma, B., (red.), *The Charter of the United Nations — A Commentary*, vol. I, 2 uppl., 2002, s. 84.

¹¹¹ Bozeman, A.B., *Human Rights and National Security*, 9 Yale Journal of World Public Order s. 40–77, 1982–1983, på s. 54; Weil, 1983, s. 442; Pellet, 2002, s. 1079; Cassese, A., *International Law*, 2 uppl., 2005, s. 336.

¹¹² Watts, 1993, s. 40.

tering av folkrättsliga frågor kan det med Georg Schwarzenberger sägas att "the pleasant illusion that interdependence has increasingly replaced independence in inter-State relations is at most a half-truth".¹¹³

Tanken på världssamfundet som en egen entitet förekommer ofta i kombination med ett s.k. konstitutionellt förhållningssätt till folkrätten:

This constitutional approach to international law seeks to re-establish a category of priority norms existing independent of the will of the individual states, in this quality similar to those which were accepted as norms of natural law until the early nineteenth century.¹¹⁴

En variant av det konstitutionella förhållningssättet är uppfattningen att FN-stadgan är en konstitution inte endast för FN som organisation utan för hela världssamfundet.¹¹⁵ Allusionen i FN-stadgans preambel till den amerikanska konstitutionen — "Vi, de förenade nationernas folk" — kan uppfattas som uttryck för en internationell folksuveränitetsprincip.¹¹⁶ Om generalförsamlingen betraktas som lagstiftande, Internationella domstolen som rättsskipande och säkerhetsrådet som verkställande makt, kan FN-stadgan liknas vid en nationell konstitution.¹¹⁷ Denna likhet är emellertid bedräglig.

FN-stadgan har konstitutionell karaktär såvitt avser FN som organisation, vilket innebär att den har vissa särdrag jämfört med andra traktater.¹¹⁸ Den är likväl en mellanstatlig överenskommelse, som i överensstämmelse med artikel 5 i Wienkonventionen om traktaträtt kan antas lyda under traktaträttens regler.¹¹⁹ FN-stadgan kan dock svårigen betraktas som en konstitution för världssamfundet.¹²⁰ I den mån man alls kan tala om en konstitution för folkrätten torde det vara sedvanerättens grundläggande principer, dvs. suveränitet, erkännande, samtycke, lojalitet (*bona fide*, *good faith*), det fria havet, internationellt ansvar samt självförsvar, som förtjänar denna benämning.¹²¹ En-

¹¹³ Schwarzenberger, G., *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, vol. I, 3 uppl., 1957, s. 114.

¹¹⁴ Fassbender & Bleckmann, 2002, s. 85. Se även Tomuschat, C., *Obligations Arising for States Without or Against Their Will*, 241 RdC 1993-IV, s. 222; Simma, 1994, s. 233 f; Dupuy, P.-M., *The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited*, 1 Max Planck Yearbook of United Nations Law s. 1–33, 1997, s. 32.

¹¹⁵ Se t.ex. Bernhardt, R., Article 103, Simma, B., (red.), *The Charter of the United Nations — A Commentary*, vol. II, 2 uppl., 2002, s. 1299.

¹¹⁶ Kelsen, H., *The Law of the United Nations*, 1950, s. 6; Arangio-Ruiz, 1997, s. 17.

¹¹⁷ de Wet, E., *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, 2004, s. 374.

¹¹⁸ *Certain Expenses of the United Nations*, Advisory Opinion, ICJ Rep. 1962, s. 151, på s. 157; *Prosecutor v. Tadic (Interlocutory Appeal on Jurisdiction)*, ICTY, Appeals Chamber, 35 ILM s. 35, 1996, p. 28.

¹¹⁹ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Rep. 1996, s. 66, i p. 19.

¹²⁰ Arangio-Ruiz, 1997, s. 13 f; Nardin, 1998, s. 22;.

¹²¹ Schwarzenberger, G., & Brown, E.D., *A Manual of International Law*, 6 uppl., 1976, s. 35 f. Se även Gihl, 1957, s. 75.

ligt artikel 2 (1) i FN-stadgan grundar sig organisationen på medlemsstaternas suveräna likställdhet, och inte på någon relation mellan deras befolkningar, vilket torde diskvalificera FN-stadgan som federal konstitution.¹²²

James Brierly skrev med tanke på FN-stadgan att "constitutions always have to be interpreted and applied, and in the process they are overlaid with precedents and conventions which change them after a time into something very different from what anyone, with only the original text before him, could possibly have foreseen."¹²³ Dessa tankegångar har på senare tid utvecklats så att FN-stadgan betraktas som ett "levande instrument" och någonting som är i ständig rörelse.¹²⁴ Även om man *arguendo* accepterar FN-stadgan som konstitution finns det ett grundläggande principiellt problem med denna syn, vilket har formulerats träffande av Scalia:

It certainly cannot be said that a constitution naturally suggests changeability; to the contrary, its whole purpose is to prevent change — to embed certain rights in such a manner that future generations cannot readily take them away. A society that adopts a bill of rights is skeptical that 'evolving standards of decency' always 'mark progress,' and that societies always 'mature,' as opposed to rot.¹²⁵

5.1 Konsensus och "community values"

Den främsta källan för *community values* förefaller vara resolutioner från FN:s generalförsamling, vilka av vissa mjuka rättspositivister betraktas som uttryck för konsensus i världssamfundet, och därmed som bindande för staterna.¹²⁶ Tvärtemot vad man har skäl att förvänta sig synes konsensus inte vara synonymt med enhällighet, utan används snarare i betydelsen samförstånd hos en på oklart sätt avgränsad majoritet eller elit.¹²⁷ Konsensusargumentet avviker därmed från det gängse kravet på samtycke för bundenhet av folkrättsliga regler, även i den tämligen abstrakta formen implicit samtycke genom någon form av konkludent handlande som krävs för bundenhet av sedvanerätt.¹²⁸

Utöver rättsbildning kan konsensusargumentet även användas för att kompensera för folkrättens brist på obligatorisk rättslig prövning

¹²² Kelsen, 1950, s. 6; Bozeman, 1982–1983, s. 54; Arangio-Ruiz, 1997, s. 4, 17.

¹²³ Brierly, J.L., *The Covenant and the Charter*, 23 BYIL s. 83–94, 1946, på s. 83.

¹²⁴ Fassbender, B., *The United Nations Charter as Constitution of the International Community*, 36 *Columbia Journal of Transnational Law* s. 529–619, 1998, på s. 594, respektive Tomuschat, 1993, på s. 251.

¹²⁵ Scalia, 1997, s. 40 f. Uttalandet handlar egentligen om den amerikanska konstitutionen och är formulerat i polemik med U.S. Supreme Court's uttalande i målet *Trop v. Dulles* (356 U.S. 86, 1958, på s. 101) att konstitutionens mening förändras för att återspegla "the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society."

¹²⁶ Jennings & Watts (Oppenheim), 1992, s. 15 f, 48.

¹²⁷ Weil, 1983, s. 438; Kennedy, 2002, s. 101.

¹²⁸ Wolfke, K., *Treaties and Custom: Aspects of Interrelation*, Klabbars, J., & Lefebber, R., *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*, 1998, s. 32; Nardin, 1998, s. 21.

av sak- och rättsfrågor genom att fingera auktoritativa avgöranden av tvister:

[I]f the international community has the power to create legal norms by consensus, then it should also be seen to have the power to interpret norms authoritatively and characterise facts by consensus ... Until a consensus is reached, any agent, state or other, may at its own risk characterise situations for its own purposes. When, however, a consensus has emerged among participants, taking into account their representativeness, neutrality and impartiality, that global opinion acquires an obligatory character for all agents.¹²⁹

Konsensus synes således bli liktydigt med politiska *in casu*-avgöranden av såväl sakfrågor som rättsfrågor, vilket framstår som mindre väl förenligt med principen om *rule of law* i de internationella relationerna.¹³⁰ Det synes inte finnas några garantier för saklighet och opartiskhet från deltagarnas sida.¹³¹ En liten, eller för den delen stor men impopulär, stat har små utsikter att framgångsrikt kunna tillvarata sina rättigheter i ett sådant förfarande:

[T]here is no guarantee that the legal rights of a particular Member State will be protected by the General Assembly, for the Assembly remains a highly political body, with its own political agenda, and there have been periods when "unpopular" States ... could not, with absolute confidence, look to the Assembly as the guardian of legality.¹³²

Resultatet blir istället att normgivningsmakt överförs till *de facto*-oligarkier som i namn av det abstrakta internationella samfundet efter förmåga kan söka påtvinga staterna sin vilja.¹³³ Glidningen från enskilda staters samtycke till kollektiv konsensus reflekterar negativt på de folkrättsliga reglernas legitimitet och bådar därmed inte gott för deras efterlevnad. Att förvänta sig att staterna skall efterleva regler som de inte samtyckt till eller direkt motsatt sig framstår som fåfängt. I förlängningen hotar detta att omintetgöra folkrättens rättsliga karaktär, till förmån för politiska diktat.¹³⁴ Såsom Hennie Strydom något tillspetsat skriver:

[T]he collectivistic abolition of the state's international public law interests ... pave the way for a totalitarian integration of the international community. Should the latter find its organizational expression in an entity such as the United Nations, it would mean nothing less than the bestowal of an un-

¹²⁹ Provost, R., *International Human Rights and Humanitarian Law*, 2002, s. 341. Fotnot utelämnad.

¹³⁰ Jfr General Assembly Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States, A/RES/25/2625, 1970, preambelns fjärde stycke.

¹³¹ Stone, 1981, s. 1 f.

¹³² Bowett, 1994, s. 97. Se även Franck, T.M., *Of Gnats and Camels: Is there a Double Standard at the United Nations?*, 78 *AJIL* s. 811–833, 1984, på s. 819.

¹³³ Weil, 1983, s. 441; Provost, 2002, s. 236.

¹³⁴ Bull, 1992, s. 154.

limited right of interference in all spheres of life, in the interest of the collectivity.¹³⁵

Ytterligare en aspekt som borde vägas in i sammanhanget, även om den strängt taget inte är folkrättslig, är att det demokratiska statskickets grundvalar berörs när kravet på samtycke för bundenhet av folkrättsliga regler urholkas. Statssuveräniteten är ”the bedrock upon which democracy and self-government are built”.¹³⁶ Valfungerande liberala demokratier torde vara bättre garantier för individuella fri- och rättigheter än internationella institutioner.¹³⁷

Det typiska tillvägagångssättet med signatur *ad referendum* och efterföljande ratifikation vid ingående av traktater medför att det finns möjligheter till parlamentarisk kontroll över den folkrättsliga rättsbildningen och i synnerhet över vilka konstitutionella behörigheter som staten avhänder sig till internationella organisationer.¹³⁸ Någon motsvarande mekanism för parlamentarisk kontroll över statens samtycke finns inte beträffande sedvanerättsbildning och informell traktatmodifiering. En alltför liberal syn på staters bundenhet av sådana förändringar av folkrätten blir alltså problematisk ur nationellt perspektiv och det kan ifrågasättas om den är förenlig med ett liberalt demokratiskt statsskick och ett effektivt grundlagsskydd för medborgerliga fri- och rättigheter.¹³⁹

6 Folkrätten och rättvisan

Den hårda rättspositivismen har även konsekvenser för synen på förhållandet mellan folkrätt och rättvisa. Folkrättens regler är kompromisser mellan olika ändamål, och fungerar som en syntetisk rättvisa som underlättar hanteringen av de konflikter som uppstår när staterna söker uppnå sina rivaliserande nationella intressen.¹⁴⁰ Folkrättens inneboende auktoritet skall alltså inte förväxlas med rättvisa i moralisk mening.¹⁴¹ Eftersom det är formella kriterier som avgör vad som är rätt i juridisk mening är det inte nödvändigtvis så att folkrätten även

¹³⁵ Strydom, H.A., *Ius Cogens: Peremptory Norm or Totalitarian Instrument?*, 14 South African YIL, s. 42–58, 1988, på s. 50. Fotnot utelämnad.

¹³⁶ Rivkin & Casey, 2000/01, s. 35–45, på s. 42. Se även Raz, J., *Human Rights without Foundations*, Social Science Research Network, March 2007, s. 12, tillgänglig på: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=999874 (2007-08-22),.

¹³⁷ Posner, E., *What the Cold War Taught Us*, Wall Street Journal, 21 april 2007, s. A9.

¹³⁸ Harrington, J., *Scrutiny and Approval: The Role of Westminster-style Parliaments in Treaty-making*, 55 ICLQ s. 121–160, 2006, på s. 158. För svensk del är riksdagens samtycke enligt 10 kap. 2 § regeringsformen nödvändigt för att binda Sverige till traktatbaserade folkrättsliga förpliktelser om det är fråga om något som berör den nationella rätten.

¹³⁹ Rivkin & Casey, 2000/01, s. 38.

¹⁴⁰ Neff, S.C., *Economic Warfare in Contemporary International Law: Three Schools of Thought, Evaluated According to an Historical Method*, 26 Stanford JIL s. 67–92, 1990, s. 72 f, 91; Koskenniemi, 2006, s. 66.

¹⁴¹ Raz, J., *The Obligation to Obey: Revision and Tradition*, Raz, J., *Ethics in the Public Domain*, 1994, s. 347; Hart, 1994, s. 228; Nardin, 1998, s. 28; Kingsbury, 2002, s. 424.

är rättvis, om rättvisa förstås i betydelsen "the moral rightness of law".¹⁴²

Moralens relation till rätten är av tillfällig snarare än nödvändig natur.¹⁴³ En moralisk skyldighet är knuten till en moralisk regel, som i och för sig kan överensstämma med en positiv rättsregel. I den mån moralen har något att säga om innehållet i rättsreglerna är det givetvis önskvärt att rättens och moralens påbud överensstämmer, men detta är inte nödvändigtvis fallet.¹⁴⁴ Medan moralen vädjar till individens egen uppfattning om rätt och fel och sanktioneras främst av det egna samvetet, kräver rätten lydnad i sin egen kraft vid äventyr av rättsliga påföljder, oavsett individens uppfattning om dess innehåll.¹⁴⁵

Vad rättvisa i moralisk mening är råder det delade meningar om, såväl inom folkrätten som inom rättsfilosofin. Folkrättens grundvillkor, trots ramen av formell och språklig enhet, är en ideologisk mångfald. Staterna är heterogena i rättsligt, politiskt, moraliskt och religiöst hänseende.¹⁴⁶ Den moderna liberala internationalismen och dess uppfattning om rättvisa måste i folkrätten samexistera med t.ex. asiatiska, katolska, marxistiska och islamska uppfattningar om rättvisa och moral. Moralens ensam kan alltså inte ge mycket ledning för lösning av konkreta problem i de internationella relationerna. Olikheter kan dock hanteras om staternas suveränitet respekteras och folkrättens rättsbildning tillåts fortsätta vara formell.¹⁴⁷

Det hävdas ibland att rättslig reglering kan ha moralbildande verkan.¹⁴⁸ Ett minst lika viktigt och ofta förbisett faktum är att rättslig reglering även kan verka moralnedbrytande.¹⁴⁹ Rätten kan likaväl utnyttjas för att främja pseudomoral eller falsk moral.¹⁵⁰ Detta illustreras av rättssystemen i t.ex. Sovjetunionen, Nazityskland och Sydafrika under apartheidtiden. Det kan således inte finnas någon generell moralisk skyldighet att "lyda lagen" i abstrakt mening, för stater i folkrätten lika lite som för individer i nationell rätt.¹⁵¹

¹⁴² Nardin, 1998, s. 24, 26; Wacks, R., *Understanding Jurisprudence*, 2005, s. 70.

¹⁴³ Schwarzenberger, 1968, s. 18; D'Amato, A., *International Law and Political Reality*, 1995, s. 150.

¹⁴⁴ Cohen, M.R., *Positivism and the Limits of Idealism in the Law*, 27 *Columbia L.Rev.* s. 237–250, 1927, på s. 244. Jfr Brierly, 1977, s. 18; Hart, 1994, s. 228 f.

¹⁴⁵ Brierly, 1977, s. 65; Jennings & Watts (Oppenheim), 1992, s. 51; Hart, 1994, s. 228.

¹⁴⁶ Bozeman, 1982–1983, s. 54; Weil, 1983, s. 420; Malanczuk (Akehurst), 1997, s. 79; Petman, J., *Fighting the Evil with Economic Sanctions*, 10 *Finnish YIL* s. 209–230, 1999, på s. 213. Jfr Huntington, S.P., *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, 1996, s. 318.

¹⁴⁷ Bozeman, 1982–1983, s. 57; Nardin, 1998, s. 32; Raz, J., *Human Rights without Foundations*, Social Science Research Network, March 2007, s. 12, tillgänglig på: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=999874 (2007-08-22).

¹⁴⁸ Wacks, 2005, s. 189.

¹⁴⁹ Baumann, Z., *Auschwitz och det moderna samhället*, 1989, s. 270. Jfr Eek, 1969, s. 82; Pangle & Ahrens Dorf, 1999, s. 194.

¹⁵⁰ D'Amato, 1995, s. 150.

¹⁵¹ Raz, J., *The Obligation to Obey: Revision and Tradition*, Raz, J., *Ethics in the Public Domain*, 1994, s. 347; Goldsmith & Posner, 2005, s. 185. För motsatt uppfattning se t.ex. Brierly, 1977, s. 65 f.

Av den hårda rättspositivismen följer det ingalunda att moralens roll som vägledare för mänskligt handlande ifrågasätts, vare sig på individ- eller statsnivå.¹⁵² En lärdom som kan dras av 1900-talshistorien är att individuella beslutfattares moraliska omdöme aldrig helt kan ersättas av rättsregler. Detta är en nödvändig säkerhetsventil för att förhindra despoti:

[H]owever great the aura of majesty or authority which the official system may have, its demands must in the end be submitted to moral scrutiny.¹⁵³

Detta måste dock hanteras utanför folkrätten.¹⁵⁴ På grund av det pragmatiska accepterandet att det finns motstridiga uppfattningar om vad som är objektivt rättvist, snarare än av filosofiska eller ”vetenskapliga” skäl, finns det anledning att skilja mellan metafysisk rättvisa och gällande folkrätt:

This separation between law and justice is in some measure bound to continue until the advent of the millennial reign of perfect justice among perfect men.¹⁵⁵

Den hårda rättspositivismens empiriska eller pragmatiska utgångspunkt har alltså ingenting att göra med värdenihilism eller förnekande av tillvarons metafysiska aspekter.¹⁵⁶

6.1 *Exemplet Kosovo*

Spänningen mellan folkrätt och rättvisa illustreras av Natos militära ingripande i Serbien år 1999. Ingripandet bestod av en omfattande flygbombningskampanj av hela Serbien som avslutades med att Kosovo ställdes under en ockupationsliknande FN-administration. Ingripandet saknade mandat från FN:s säkerhetsråd och kunde inte heller grundas på rätten till självförsvar. Det argument som anfördes av Nato-länderna var att ingripandet skedde för att skydda kosovoalbanerna från folkmordsliknande övergrepp från serbiska myndigheters sida, en variant på temat humanitär intervention med andra ord.

¹⁵² Cohen, 1927, s. 249; Kunz, J.L., *Sanctions in International Law*, 54 *AJIL* s. 324–347, 1960, på s. 324; Goldsmith & Posner, 2005, s. 201.

¹⁵³ Hart, 1994, s. 210. Jfr *U.S. v. Josef Alstötter et al*, U.S. Military Tribunal, Nuremberg, 14 A.D. s. 278, 1948, (the justice trial).

¹⁵⁴ Franck, T.M., & Rodley, N.S., *After Bangladesh: The Law of Humanitarian Intervention by Military Force*, 67 *AJIL* s. 275–305, 1973, på s. 304; Doehring, K., *Unlawful Resolutions of the Security Council and their Legal Consequences*, 1 *Max Planck Yearbook of UN Law*, s. 91–109, 1997, på s. 107.

¹⁵⁵ Cohen, 1927, s. 239. Jfr Jennings & Watts (Oppenheim), 1992, s. 52.

¹⁵⁶ Raz, J., *The Institutional nature of Law*, Raz, J., *The Authority of Law*, 1979, s. 115. Jfr Sundberg, J.W.F., *Human Rights in Sweden: The Breakthrough of an Idea*, 47 *Ohio State Law Journal* s. 951–983, 1986, på s. 971. Den hårda rättspositivismen i folkrätten skall inte förväxlas med Uppsalaskolans värdenihilism. Angående Uppsalaskolan och folkrätten, se Lacey, T.A., *Dr. Lundstedt against the Law of Nations*, 8 *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 3d. ser., s. 107–110, 1926, på s. 107. Jfr Wacks, 2005, s. 184 ff.

En internationell utredningskommission, den s.k. Kosovokommissionen, utan bindande befogenheter, bedömde att Natos ingripande var "illegalt", dvs. otillåtet i folkrättslig mening eftersom det stred mot våldsförbudet, men trots det "legitimt", dvs. tillåtet i moralisk eller politisk mening eftersom det avsåg att stoppa folkmord eller liknande allvarliga övergrepp.¹⁵⁷ Enligt kommissionens uppfattning var de faktiska omständigheterna så allvarliga att det var motiverat att bryta mot folkrätten för att uppnå ett högre intresse.

Kosovoepisoden illustrerar både styrkan i och faran med det moraliska argumentet. Trots den minst sagt tvivelaktiga rättsenligheten möttes Natos ingripande inledningsvis med sympati från andra stater. I det avseendet kan det moraliska argumentet alltså sägas ha erbjudit en fungerande säkerhetsventil. Problemet är dock att de faktiska omständigheterna vid närmare påseende knappast var så allvarliga som det påstods. Det försiggick sannolikt ingenting som liknade folkmord i Kosovo.¹⁵⁸ De serbiska myndigheternas agerande må inte ha nått upp till Europakonventionens standard, men det torde inte ha varit fråga om sådana övergrepp som skulle ha kunnat rättfärdiga ett militärt ingripande, ens om någon sådan rätt funnits. Huruvida Natoländerna agerade *bona fide* för att stoppa eller förebygga folkmord, eller om det i själva verket var en förklädd fördröjd reaktion på bosnienserbernas härjningar under Bosnienkriget några år tidigare kan man spekulera i. Det är dock tydligt att det moraliska argumentet lätt lånar sig som svepskäl för överträdelser av folkrättsliga förpliktelser.

Rättsreglernas moraliska legitimitet har avgörande betydelse för ett rättssystemets långsiktiga stabilitet.¹⁵⁹ Samtidigt kan legitimitetsfrågan liknas vid ett Damoklessvärd över folkrätten. Om legitimitetsargumentet blir en slags andra linjens försvar vid överträdelser av folkrättsliga regler, vilket Kosovokommissionen har bidragit till, riskerar man att torpedera folkrättens integritet som rättssystem.¹⁶⁰

7 Något om rättskällorna

Efter denna allmänna presentation av den hårda rättspositivismen finns det anledning att något utveckla dess konkreta implikationer för hanteringen av folkrättens regler. Som formaliserade uttryck för staternas samtycke är traktater och sedvanerätt rättskällor i sin egen kraft. Till rättskällorna kommer tolkningshjälpmedlen rättspraxis och doktrin. Den fundamentala skillnaden mellan formella rättskällor och

¹⁵⁷ Independent International Commission on Kosovo, Kosovo Report: Conflict, International Response, Lessons Learned, 2000, s. 4–5, 7. Internationella domstolen har avvisat Serbiens talan mot ett antal Natoländer med anledning av Kosovo. Se t.ex. Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Rep. 2004, s. 1307.

¹⁵⁸ Ridderstråle, T., UCK kan ha lurat Nato till krig, SvD, 18 februari 2001

¹⁵⁹ Hart, 1994, s. 210; Morgenthau, 1940, s. 268; Bozeman, 1984–1986, s. 296.

¹⁶⁰ Nardin, 1998, s. 27; Koskeniemi, M., Carl Schmitt, Hans Morgenthau, and the Image of Law in International Relations, Byers, M., The Role of Law in International Relations, 2003, s. 33.

hjälpmedel bör inte förglömmas, trots att den numera inte alltid upprätthålls i praktiken.¹⁶¹ Den har större betydelse i det horisontella folkrättsliga systemet än i nationell rätt.

Traktater är skriftliga överenskommelser mellan stater som regleras i folkrätten. Traktater binder endast de parter som uttryckligen samtyckt därtill och ger i princip upphov till specifika förpliktelser snarare än generella regler.¹⁶² Att fastställa förekomsten av en traktatbaserad förpliktelse är således förhållandevis okomplicerat, åtminstone såvitt avser formaliteter som ratifikation och ikraftträdandedatum.¹⁶³

Det är i hanteringen av sedvanerätt och rättspraxis som skillnaden mellan den hårda och den mjuka rättspositivismen manifesterar sig tydligast.

7.1 Den plågade sedvanerätten

I sedvanerättens natur ligger att den utvecklas långsamt och därmed inte är särskilt väl ägnad att hantera de snabba förändringar i de internationella relationerna som kännetecknar det nutida rättslivet.¹⁶⁴ "[I]t would be somewhat exceptional if, during such a relatively short period [less than a century], any generally accepted rule of international customary law had emerged", som Schwarzenberger skriver.¹⁶⁵

De moderna "progressiva" juristernas otålighet har dessvärre medfört att "most of what we perversely persist in calling customary law is not only *not* customary law; it does not even faintly resemble a customary law".¹⁶⁶ Eftersom traktatregleringen är och kan förväntas fortsätta vara fragmentarisk är folkrätten emellertid alltjämt beroende av sedvanerätten.

Med en formulering lånad från det amerikanska *Third Restatement* kan det sägas att sedvanerätt "results from a general and consistent practice of states which is followed by them from a sense of legal obligation".¹⁶⁷ Sedvanerättens två moment är statspraxis eller faktiskt handlande (*usus*), och rättsövertygelse (*opinio juris*). Rättsövertygelse innebär en uppfattning att en viss handling vidtas p.g.a. att det föreligger en folkrättslig förpliktelse därtill, och handlar således om ett mentalt tillstånd. Att detta i praktiken är svårt att applicera på en abstrakt juridisk konstruktion som en stat är uppenbart.¹⁶⁸

¹⁶¹ Jennings & Watts (Oppenheim), 1992, s. 41; Brownlie, 2003, s. 19.

¹⁶² Brownlie, 2003, s. 4. Detta gäller även s.k. law-making treaties. Gihl, 1957, s. 71.

¹⁶³ Wolfke, 1998, s. 36. Problem brukar infinna sig så snart reservationer är aktuella. Jennings, 1981, s. 67.

¹⁶⁴ Virally, 1968, s. 131, 141; Jennings & Watts (Oppenheim), 1992, s. 30.

¹⁶⁵ Schwarzenberger, 1957, s. 388.

¹⁶⁶ Jennings, R.Y., *The Identification of International Law*, i Cheng, B., (red.), *International Law: Teaching and Practice*, 1982, s. 5. Kursivering i originalet. Se vidare Simma, 1994, s. 324. Jfr Sundberg, J.W.F., *Den plågade rättshistorien — Beträktelser kring en jubileumsbok, JT 2005-06* s. 88–107, på s. 106.

¹⁶⁷ *Restatement Third, of the Foreign Relations Law of the United States*, 1987, § 102 (2).

¹⁶⁸ Wolfke, K., *Custom in Present International Law*, 2 uppl., 1993, s. 47 f; Boccara, M.-H., *A Right to Self-determination and a Privilege to Independence: A Legal Assessment of the Prospects for Peace & Security in the Middle East*, 2007, s. 74.

En tendens i den moderna doktrinen är att tona ned betydelsen av praxis till förmån för *opinio juris*.¹⁶⁹ En följd härav är att statspraxis och *opinio juris* flyter ihop i lättvindiga antaganden att det föreligger sedvanerätt så snart en stat eller grupp av stater sagt eller gjort något.¹⁷⁰ Rättsövertygelse är emellertid endast en bland en mängd olika drivkrafter för staters agerande.¹⁷¹ För sedvanerättens del är det alltså på faktisk statspraxis som betoningen måste ligga.¹⁷² Först när det kan konstateras att en etablerad statspraxis föreligger finns det anledning att undersöka om den åtföljs av *opinio juris*. Som Michel Virally sammanfattar saken:

It is only possible to say that a custom arises when what is in question is no mere passing phenomenon, attributable to special circumstances, but is rather a constant and well-established practice, recognized to be such.¹⁷³

Statspraxis brukar numera tolkas tämligen extensivt och anses ofta inkludera allt som en stats diverse organ gör och säger.¹⁷⁴ Till exempel har det blivit vanligt att betrakta staters uttalanden som likvärdiga med eller rent av tyngre vägande än deras faktiska handlande.¹⁷⁵ Detta leder ibland till tvivelaktiga resultat. Meron menar att Internationella domstolens metod för att fastställa sedvanerättens element "accords limited significance to state practice, especially to inconsistent or contrary practice, and attributes central normative significance to resolutions both of the United Nations General Assembly and of other international organizations".¹⁷⁶

Denna "dubious metamorphosis" av statspraxis från faktiska handlingar till ord och uttalanden, i synnerhet i politiska fora såsom FN:s generalförsamling, har skapat en mängd "papperspraxis" vars egentliga folkrättsliga värde kan ifrågasättas.¹⁷⁷ Det finns alltså skäl att upprätthålla distinktionen mellan ord och handling.¹⁷⁸ Handlingar som utförs i faktisk diskurs med andra stater har också större värde än handlingar av ensidig karaktär.¹⁷⁹ En konkret protest mot en viss hand-

¹⁶⁹ Meron, 1989, s. 107.

¹⁷⁰ Oppenheim, 1908, s. 334; Morgenthau, 1940, s. 275; Goldsmith & Posner, 2005, s. 132.

¹⁷¹ Gihl, 1957, s. 84.

¹⁷² Simma, B., & Alston, P., *The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles*, 12 *Australia YIL* s. 82–108, 1988–1989, på s. 88; Jennings & Watts (Oppenheim), 1992, s. 26; Wolfke, 1993, s. 30.

¹⁷³ Virally, 1968, s. 131.

¹⁷⁴ Akehurst, M., *Custom as a Source of International Law*, 47 *BYIL* s. 1–11, 1974–1975, på s. 10; Bring, O., *FN-stadgan och världspolitik*, 4 uppl., 2002, s. 25.

¹⁷⁵ Klabbers, 2002, s. 209.

¹⁷⁶ Meron, 1989, s. 113.

¹⁷⁷ Simma & Alston, 1988–1989, s. 89. Jfr "pappersblockad" i den krigstida folkrätten. Gihl, T., *Folkrätt under krig och neutralitet*, 1943, s. 81; Jennings, R.Y., *Nullity and Effectiveness in International Law*, *Cambridge Essays in International Law: Essays in Honour of Lord McNair*, 1965, s. 66.

¹⁷⁸ Wolfke, 1993, s. 41.

¹⁷⁹ Simma & Alston, 1988–1989, s. 88 f; Bothe, M., *Comments*, Post, H.H.G., (red.), *International Economic Law and Armed Conflict*, 1994, s. 35.

ling av en annan stat kan betraktas som statspraxis, medan ett abstrakt principuttalande inte utan vidare kan ges sådan verkan.

Att även statspraxis inom internationella organisationer kan ge upphov till sedvanerätt torde stå klart.¹⁸⁰ Hur detta närmare bestämt går till och i vilken omfattning det faktiskt sker är emellertid komplexa och kontroversiella frågor. Statspraxis inom internationella organ bör tas med viss försiktighet mot bakgrund av den särart som präglar "parliamentary diplomacy in the forum".¹⁸¹ Det är ett välkänt faktum att stater inte alltid menar vad de säger, och detta gäller särskilt i den multilaterala diplomatin.¹⁸² Ur politisk synvinkel är detta inget större problem eftersom staterna inte heller förväntar sig konsekvent beteende av andra. Problem uppstår dock om den politiska diskursen sammanblandas med den folkrättsliga. Försiktighet får iaktas särskilt beträffande upprepade deklaratoriska resolutioner från FN:s generalförsamling vilka ibland synes användas som försök till genväg till lagstiftning.¹⁸³

Ett instrument som antagits inom ramen för en internationell organisation lyder i första hand under organisationens eget regelverk, dvs. dess konstituerande traktat och eventuella efterkommande regler.¹⁸⁴ Vad FN:s generalförsamling beträffar är den ett diskussionsorgan som enligt artikel 10, 11 och 14 i FN-stadgan äger "dryfta", "överväga" respektive "föreslå" åtgärder inom sitt i och för sig breda kompetensområde.

Bortsett från vissa frågor som rör organisationens förvaltning saknar generalförsamlingens resolutioner folkrättsligt bindande verkan och de får inte mera sådan verkan av att upprepas.¹⁸⁵ Det är under den uttryckliga förutsättningen att de inte är bindande som generalförsamlingens resolutioner antas, vilket ger staterna frihet att rösta för resolutioner vars lydelse de av politiska skäl vill uttrycka sympati för men som de inte har för avsikt att efterleva.¹⁸⁶ Dessa konstitutionella förutsättningar för generalförsamlingens resolutioner torde diskvalificera dem som rättsskapande uttryck för såväl statspraxis som *opinio juris*.¹⁸⁷

Internationella domstolen har likväl uttalat att vissa av generalförsamlingens resolutioner kan betraktas som uttryck för sedvanerätt.

¹⁸⁰ Higgins, 1994, s. 22.

¹⁸¹ Virally, 1968, s. 140.

¹⁸² Doxey, M.P., *International Sanctions in Contemporary Perspective*, 2 uppl., 1996, s. 54; Goldsmith & Posner, 2005, s. 169. Jfr MacLaren, M., & Schwendimann, F., *An Exercise in the Development of International Law: The New ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, 6 *German Law Journal* s. 1217–1242, 2005, på s. 1223.

¹⁸³ Bring, 2002, s. 26; Weil, 1983, s. 417; Klabbers, 2002, s. 206.

¹⁸⁴ Jennings & Watts (Oppenheim), 1992, s. 48.

¹⁸⁵ Weil, 1983, s. 417.

¹⁸⁶ Virally, 1968, s. 140; Weil, 1983, s. 417; Schachter, O., *International Law in Theory and Practice*, 1991, s. 88; Jennings & Watts (Oppenheim), 1992, s. 1002; Malanczuk (Akehurst), 1997, s. 213; Lysén, 2002, s. 79; Boccara, 2007, s. 73.

¹⁸⁷ Wolfke, 1993, s. 84 f.

Bland dessa märks sådana resolutioner som avser att formulera generella regler och som antagits enhälligt, t.ex. *Friendly Relations*-deklarationen.¹⁸⁸ Förutsättningen för att sådana resolutioner skall tillmätas folkrättsligt värde torde dock vara att det vid resolutionens antagande finns faktisk statspraxis av motsvarande innehåll.¹⁸⁹ Det är alltså inte på grund av resolutionsformatet utan snarare trots detta som reglerna ifråga kan anses ha uppnått sedvanerättslig status.¹⁹⁰ Värdet av en deklatorisk resolution från FN:s generalförsamling är således inte av normativ utan snarare av pedagogisk natur, ungefär som en bok.

Tendenserna till att bortse från kravet på samtycke från enskilda stater genom att hävda sedvanerätt är särskilt märkbara ifråga om mänskliga rättigheter.¹⁹¹ "[T]he temptation to adapt or re-interpret the concept of customary law in such a way as to ensure that it provides the 'right' answers is strong, and at least to some, irresistible", som Bruno Simma och Philip Alston skriver.¹⁹² Följden av detta har blivit att mycket av det som utges för att vara sedvanerätt på området mänskliga rättigheter inte grundas på faktisk statspraxis utan på generalförsamlingsresolutioner, doktrin och liknande "mjuka" källor.¹⁹³

Dessvärre synes det i inte obetydlig omfattning vara fråga om vad Oppenheim i sin kritik av samtidens folkrättsdoktrin benämnde bokregler, "mere fancies, the outcome either of what the respective authors consider the law of nature, or of patriotic prejudice, or of misunderstood authority, and the like".¹⁹⁴

Merons uppfattning utifrån Internationella domstolens praxis är att "[t]he burden of proof to be discharged in establishing custom in the field of human or humanitarian rights is ... less onerous than in other fields of international law".¹⁹⁵ Om detta konstaterande är korrekt innebär det att stater, på detta för statssuveräniteten känsliga område, i större utsträckning kommer att konfronteras med påstådda regler som de själva inte samtyckt till eller uttryckligen motsatt sig.¹⁹⁶ Det är inte troligt att stater villigt kommer att åtlyda sådana regler, och folkrätten erbjuder högst begränsade möjligheter att tvinga fram efterlevnad med hjälp av sanktioner.¹⁹⁷ Urvattandet av sedvanerättens

¹⁸⁸ General Assembly Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States, A/RES/25/2625, 1970; Nicaragua (Merits), p. 188.

¹⁸⁹ Schwebel, S., The Effect of Resolutions of the UN General Assembly on Customary International Law, 73 ASIL Proc. s. 301–309, 1979, på s. 306; Wolfke, 1993, s. 85; Pomerance, M., The ICJ's Advisory Jurisdiction and the Crumbling Wall between the Political and the Judicial, 99 AJIL s. 26–42, 2005, på s. 39.

¹⁹⁰ Boccarda, 2007, s. 76.

¹⁹¹ Meron, 1989, s. 81.

¹⁹² Simma & Alston, 1988–1989, s. 83.

¹⁹³ Morgenthau, 1940, s. 275; Goldsmith & Posner, 2005, s. 132.

¹⁹⁴ Oppenheim, 1908, s. 334.

¹⁹⁵ Meron, 1989, s. 113.

¹⁹⁶ Weil, 1983, s. 434.

¹⁹⁷ Brierly, 1977, s. 53 f; Goldsmith & Posner, 2005, s. 13.

rekvisit på området mänskliga fri- och rättigheter torde, oaktat det goda syftet, riskera att bidra till försvagningen av de folkrättsliga reglernas bindande kraft:

The credibility of international human rights therefore require that attempts to extend their universality utilize irreproachable legal methods.¹⁹⁸

Sedvanerätten påverkas av den traktatbaserade folkrätten. Att traktater i princip kan bidra till sedvanerättslig utveckling står klart. I denna fråga är försiktighet emellertid påkallad, i synnerhet när det är fråga om att försöka utsträcka traktatreglering till stater som inte är parter.¹⁹⁹ En traktat ger inte med någon automatik upphov till sedvanerättsliga regler, oavsett hur många stater som ansluter sig till den. Det är genom sin praxis som staterna gradvis kan erkänna traktatens regler som sedvanerätt, i synnerhet de stater som inte är parter till traktaten ifråga.

Att ansluta sig till en traktat som skapar ömsesidiga förpliktelser är en aktiv viljehandling.²⁰⁰ Även ett beslut att inte ansluta sig till en traktat som staten kunnat ansluta sig till måste ofta betraktas som viljehandling. Som exempel kan nämnas USA:s med flera staters beslut att inte ansluta sig till tilläggsprotokoll I till de humanitärrettsliga Genèvekonventionerna och stadgan för den Internationella brottmålsdomstolen. Det är uppenbart att det ligger medvetna ställningstaganden bakom dessa beslut. Om anslutning till traktater betraktas som statspraxis måste även medvetet avstående från sådan anslutning betraktas på samma sätt. Att en mäktig och direkt berörd stat motsätter sig en presumtiv regel torde dessutom innebära att regeln ifråga inte kan uppnå sedvanerättslig status.²⁰¹

7.2 Rättspraxis

Domstolars uppgift är att tillämpa abstrakta folkrättsliga regler på konkreta problem. Parterna har normalt haft möjlighet att framföra sin rättsliga argumentation och åberopa bevisning om de relevanta faktiska omständigheterna. Rättspraxis är därför ofta en viktig källa till information om gällande rätt:

¹⁹⁸ Meron, 1989, s. 81. Se även Weil, 1983, s. 413; MacLaren & Schwendimann, 2005, s. 1223; Beyani, C., *The Legal Premises for the International Protection of Human Rights*, Goodwin-Gill, G.S. & Talmon, S., (red.), *The Reality of International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie*, 1999, s. 21 f.

¹⁹⁹ *North Sea Continental Shelf*, ICJ Rep. 1969, s. 3, p. 77; Weil, 1983, s. 434 f; Wolfke, 1993, s. 68.

²⁰⁰ Wolfke, 1993, s. 68.

²⁰¹ Gihl, 1957, s. 82. Storbritanniens motstånd hindrade att neutrala konvojers immunitet från visitering enligt sjökrigets regler uppnådde sedvanerättslig status. Se även *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 8 July 1996, ICJ Rep. 1996, s. 226, i p. 73. Kärnvapenstaternas inställning förhindrar ett sedvanerättsligt förbud.

A statement of the law, *rendered according to due process* by a court obliged to decide according to law, cannot help but say something authoritative about the law.²⁰²

Utöver en doms bindande verkan i relationen mellan parterna i målet har domstolar, i likhet med professorer, dock ingen egen rättsskapande makt. Värdet av rättspraxis som rättskälla ligger i den genomtänkta redogörelsen för och tolkningen av innehållet i traktater och sedvanerätt av lagkloka och förhoppningsvis opartiska domare efter ett kontradiktoriskt förfarande enligt en på förhand fastlagd procedur.²⁰³ Ett rättsfall eller en bok måste dock bedömas utifrån kraften i argumentationen och dess förankring i rättskällorna.²⁰⁴

En särskild kategori är Internationella domstolens rådgivande yttranden, till skillnad från dess domar i tvistemål. Enligt artikel 92 i FN-stadgan är Internationella domstolen FN:s främsta rättsskipande organ. Genom denna skrivning har FN-stadgan tydligare knutit domstolen till FN i organisatorisk bemärkelse än vad fallet var med Nationernas förbund och den permanenta mellanfolkliga domstolen.²⁰⁵ Internationella domstolen har uttalat att de rådgivande yttrandena representerar domstolens medverkan i FN:s arbete och att en begäran om sådant ett yttrande därför i princip inte bör nekas.²⁰⁶ Domstolens ställning och dess självbild som FN-organ gör att dess opartiskhet gentemot FN:s övriga huvudorgan kan ifrågasättas, vilket reflekterar negativt på den rådgivande jurisdiktionen i de fall det egentligen närmast är fråga om en tvist mellan ett FN-organ och en enskild stat.²⁰⁷

Även rådgivande yttranden kan bestå i tillämpning av abstrakta folkrättsliga regler på faktiska situationer.²⁰⁸ Emellertid bör man inte förglömma att den rådgivande jurisdiktionen inte otvetydigt är en rättslig process, utan någonting i gränslandet mellan rättslig prövning och politiskt ställningstagande.²⁰⁹ Rådgivande yttranden härrör inte från ett kontradiktoriskt förfarande mellan två parter och är inte heller adresserade till ”parterna” utan till det FN-organ som begärt dem. Även om ett rådgivande yttrande ofta rör en konkret fråga och föregås av något som påminner om ett kontradiktoriskt förfarande är så inte nödvändigtvis fallet.

²⁰² Reisman, W.M., *The Constitutional Crisis in the United Nations*, 87 AJIL, s. 83–100, 1993, s. 92. Min kursivering.

²⁰³ Oppenheim, 1908, s. 315; Gihl, 1957, s. 74; D’Amato, 1987, s. 105.

²⁰⁴ Jennings & Watts (Oppenheim), 1992, s. 43.

²⁰⁵ Pomerance, 2005, på s. 29.

²⁰⁶ Legal Consequences of the Construction of a Wall in Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ 2004, p. 47.

²⁰⁷ Schwarzenberger, 1968, s. 4; Pomerance, 2005, s. 30. Jfr Brownlie, 2003, s. 668 som menar att Internationella domstolen är självständigare än EG-domstolen.

²⁰⁸ Reisman, 1993, s. 92.

²⁰⁹ Alvarez, J.E., *Judging the Security Council*, 90 AJIL, s. 1–39, 1996, på s. 8; Pomerance, 2005, s. 30

Den rådgivande jurisdiktionen kan kritiseras för att kringgå kravet på parternas samtycke till rättslig prövning.²¹⁰ Förfarandet riskerar därför att försiggå över huvudet på de stater som är parter i den egentliga tvisten, i värsta fall utan ordentligt faktaunderlag eftersom ingen bevisföring i egentlig mening förekommer, och därmed förvandlas till "a travesty of contentious procedure".²¹¹

Försiktighet är alltså på sin plats när Internationella domstolens rådgivande yttranden betraktas som rättspraxis. Uttalanden om abstrakta rättsfrågor torde inte ha samma prejudikatvärde som bedömningar av konkreta rättsliga problem. På liknande sätt torde uttalanden i frågor där argumentation och bevisföring inför domstolen varit bristfällig eller ensidig inte ha samma värde som då båda "parter" kommit till tals på lika villkor.²¹²

För rättslig prövning i folkrätten krävs det samtycke av de berörda staterna. När domstolar tar sig friheter med sin jurisdiktion äventyrar de sin trovärdighet som rättsskipande organ och bidrar till relativiseringen av folkrättens normativitet. Detta är en kritik som kan riktas mot Internationella domstolens hantering av två uppmärksammade mål på senare tid, dels det rådgivande yttrandet om säkerhetsbarriären, dels domen i folkmordsmålet mellan Bosnien och Serbien.

I barriäryttrandet användes det rådgivande förfarandet för att kringgå såväl frånvaron av israeliskt samtycke till tvistemålsjurisdiktion som det faktum att domstolen endast är behörig att ta upp tvister mellan stater och därmed tillfredsställa en fientligt stämd politisk majoritet i generalförsamlingen, på bekostnad av en liten och impopulär stats integritet. I folkmordsmålet bortsåg domstolen från att den i en serie tidigare mål ansett sig sakna jurisdiktion över Serbien som kärke efter det inte var medlem i FN, och etablerade med ett formalistiskt resonemang jurisdiktion över Serbien som svarande för en tidsperiod då det numera är otvistigt att landet inte heller var FN-medlem.

Som redan *Nicaragua*-målet visar synes domstolen även i tvistemål kunna undkomma med bibehållen trovärdighet trots att jurisdiktionen i viktiga avseenden vilade på tvivelaktig grund.²¹³ Om detta upprepas torde det dock skada domstolen och därmed ytterligare försvaga rättsskipningsfunktionen i folkrätten, vilken staterna i bästa fall redan tvekar att använda sig av.²¹⁴

²¹⁰ Pomerance, 2005, s. 28; Status of Eastern Carelia, Decision, PCIJ Ser. B, No. 5, 1923, s. 29.

²¹¹ Kahng, T.J., Law, Politics and the Security Council, 2 uppl., 1969, s. 10 f; Pomerance, 2005, s. 27.

²¹² Jfr D'Amato, 1987, s. 105.

²¹³ Se Dissenting Opinion of Judge Schwebel, s. 559 f; Separate Opinion of Judge Sir Robert Jennings, s. 540; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA), Jurisdiction, ICJ Rep. 1984, s. 392.

²¹⁴ Schwarzenberger, 1957, s. 65 f; Wolfke, 1993, s. 75 f.

8 Slutsats

Den hårda rättspositivismen betraktar folkrätten som med nödvändighet självständig från rättvisa i moralisk mening. Vidare accepterar den hårda rättspositivismen maktförhållandenas betydelse för folkrätten och eftersträvar bibehållen stringens i hanteringen av rättskällorna, vilka representerar vad staterna faktiskt samtyckt till och därmed kan förväntas efterleva. Idag hotas folkrättens fortlevnad av fragmentering och relativisering. Genom att slå vakt om folkrättens karaktär av frivillighet, ideologisk neutralitet och positivet försöker den hårda rättspositivismen bevara folkrättens traditionella funktioner att säkra fredlig samexistens och ett minimum av samarbete mellan staterna. Samtidigt håller den hårda rättspositivismen förväntningarna på folkrätten på en realistisk nivå genom att erkänna dess begränsade användbarhet som instrument för att rätta till mänsklighetens brister och skapa en rättvis värld.