

Folkerettens betydning i dag

Foredrag på møte 24. oktober 2019

av professor dr. juris Geir Ulfstein, PluriCourts Senter for forskning om internasjonale domstolars legitimitet, Juridisk fakultet, Universitetet i Oslo

Innledning

Tusen takk for invitasjonen til å holde denne forelesningen. Det er godt at også andre enn folkerettsjurister er opptatt av folkerett: folkeretten er for viktig til å overlates til folkerettsjuristene. Det passer også godt at vi feirer FN-dagen i dag.

Folkeretten omfatter alt fra bevaring av verdensfreden, til handel, beskyttelse av menneskerettighetene, og bevaring av livsgrunnlaget vårt. Folkeretten er både et rettssystem og en målestokk for internasjonale handlingers legitimitet. Men folkerettens innhold kan kritiseres, og i visse tilfeller kan det til og med være riktig å bryte reglene. Folkeretten kan også bli en hersketeknikk utøvd av systemets yppersteprester, nemlig folkerettsjuristene. Det er derfor viktig med et kritisk blikk på dette rettssystemet.

Når jeg skal snakke om folkerettens betydning, kan jeg bare i begrenset grad støtte meg på empiriske undersøkelser. Jeg nærmer meg spørsmålet nettopp som folkerettsjurist. Jeg tror at folkerettsjuristene både kan og bør bidra til å kaste et kritisk søkelys over betydningen av dagens folkerett, og hvilke utfordringer den står overfor. Men det er også behov for at andre fagdisipliner beskjeftiger seg med folkeretten.

Jeg har delt framstillingen i fire deler. Først behandler jeg utviklingen fra 1945 til slutten av 1990-årene. Deretter drøfter jeg de nye truslene folkeretten står overfor, slik som flyktningkrise og klimakrise, kombinert med økt nasjonalisme og populisme. Jeg går spesielt inn på folkerettens stilling i Norge. Så slutter jeg med noen betraktninger om hvordan folkeretten kan være et redskap til å løse dagens internasjonale problemer.

Folkerettens framvekst

Opprettelsen av FN etter krigen var et gjennombrudd for internasjonalt samarbeid om fred, for avkolonisering og beskyttelse av menneskerettighetene.

Freden skulle sikres ved at bruk av militær makt mot andre stater ble forbudt, og ved at slik makt ble brakt under internasjonal kontroll i Sikkerhetsrådet. FNs menneskerettighetserklæring og konvensjonen mot folkemord ble vedtatt i 1948 og forhandlinger om flere menneskerettighetskonvensjoner ble påbegynt. Avkoloniseringen innebar at land i den tredje verden fikk flertall i FNs generalforsamling og ble aktive deltakere i utformingen av folkeretten.

Men den kalde krigen lammet Sikkerhetsrådet og utsatte vedtakelsen av menneskerettighetskonvensjonene. De to viktigste, konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter og konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, ble først vedtatt i 1966 og trådte i kraft i 1976. Historikeren Samuel Moyn hevder at de internasjonale menneskerettighetenes æra først begynte på 1970-tallet.

Slutten på den kalde krigen ga fornyet optimisme i det internasjonale samarbeidet. FNs sikkerhetsråd ble mer aktivt. Vi fikk Den internasjonale straffedomstolen (ICC) og anerkjennelsen av verdenssamfunnets ansvar for beskyttelse mot grove menneskerettighetskrenkelser («responsibility to protect»). Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) er fullt beskjeftiget – og vel så det. Handelskonflikter løses av domstolsystemet til Verdens Handelsorganisasjon (WTO).

Det kan også hevdes at folkeretten endret karakter i denne perioden. Vi fikk for det første regler som ble ansett som overordnet de alminnelige folkerettsreglene, såkalte *jus cogens*-regler. Eksempler på slike grunnregler er forbudet mot internasjonal aggresjon og mot grove menneskerettighetsbrudd, slik som tortur.

Det internasjonale samarbeidet ble også mer forpliktende. Vi gikk fra hva Wolfgang Friedmann kalte co-existence til co-operation – altså at folkeretten ikke bare ga regler som avgrenset statenes myndighet overfor hverandre, men som gjaldt regler for samhandling. Dette ble reflektert i det store antallet nye internasjonale organisasjoner og domstoler som ble opprettet. Det ga forhåpninger om en bedre internasjonal styring, endog at vi beveget oss mot en internasjonal rettstat. Vi fikk akademiske debatter om en *konstitusjonalisering* av folkeretten.

Endelig så vi en utvikling i retning av en *humanisering* av folkeretten. Individene fikk ikke bare økte rettigheter i menneskerettighetskonvensjonene, men også mulighet til å påklage brudd ved regionale menneskerettighetsdomstoler, som Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, og FNs traktatbaserte overvåkningsmekanismer, som FNs menneskerettighetskomite og barnekomiteen. Individet fikk også plikter ved at Den internasjonale straffedomstolen kunne påtale grove menneskerettighetsbrudd.

Folkeretten trues

Men folkeretten trues. Den amerikansk-ledede invasjonen i Irak og Russlands okkupasjon av Krim representerte alvorlige folkerettsbrudd. Kina tar seg til rette i Sør Kina-havet i strid med voldgiftsdommen under Havrettskonvensjonen fra 2016, i saken reist av Filippinene. Kampen mot terrorisme kan undergrave maktforbudet, internasjonal humanitær rett og menneskerettighetene. Vi ser motstand mot internasjonal kontroll av menneskerettighetene, selv blant stater som tradisjonelt har støttet disse rettighetene.

De internasjonale organisasjonene og domstolene oppfyller heller ikke sine oppgaver. FNs sikkerhetsråd er handlingslammet når det gjelder utviklingen i Syria. Den internasjonale straffedomstolen og WTOs tvisteløsningsordning kjemper i motvind. Vi har ingen bindende folkerettslige forpliktelser til å begrense klimautslippene. Vi ser en økende nasjonalisme og populisme, og kritikk og tilbaketrekking fra internasjonalt samarbeid.

Det er karakteristisk at en av bøkene som vant årets pris i European Society of International Law har tittelen *The Misery of International Law: Confrontations with Injustice in the Global Economy*.

I en bok utgitt i år fra et stort forskningsprosjekt kalt *The International Rule of Law: Rise or Decline*, ledet av Georg Nolte, Heike Krieger og Andreas Zimmermann ved Humboldt, Potsdam og Freie Universität i Berlin heter det: «We submit that we are currently witnessing a *systematically relevant crisis of unusual proportions* which requires a *reassessment of the state and role of international law*.»

Vi kan peke på mange mulige – og samvirkende – årsaker til denne utviklingen:

Nasjonale årsaker

Vi har for det förste en økende nasjonalisme og populisme. Et kjennetegn ved populismen er at det er «folket» selv som skal bestemme, ikke «eliten» eller «the establishment». Dette innebærer skepsis både til nasjonale og internasjonale organer når de begrenser det som anses som «folkeviljen». Vekten på «folket» innebærer en tilsvarende skepsis mot at «utlendinger» skal bestemme i internasjonale organer.

Folkeretten får også skylden for manglende nasjonal styring. Det er lettere å skylde på internasjonale organer enn å ta ansvaret selv. Når dette er sagt, kan selvsagt internasjonale avtaler skape vanskeligheter på nasjonalt plan, enten det er konsekvensene av frihandel eller av forpliktelsene til å beskytte flyktninger.

Dobbeltmoral

Stater er videre tilbakeholdende med å kritisere allierte, men kritiserer gjerne andre stater for folkerettsbrudd. Kritikken mot Russlands invasjon av Krim og Øst-Ukraina har – med rette – vært unison. Men kritikken mot USAs invasjon av Irak eller Tyrkias invasjon av Syria er betydelig mer dempet. Selvbestemmelse til Kosovo støttes, men uten en prinsipiell begrunnelse. Dermed kan president Putin vise til Kosovo-eksempelet når han hevder befolkningen på Krim rett til selvbestemmelse. Det hjelper heller ikke på saken at vedtak i FNs sikkerhetsråd undergraves. Eksempelvis når mandatet til å beskytte sivile i Libya med militære midler brukes til aktiv støtte til et regimeskifte – hvor Norge var en aktiv deltaker.

Svakheter ved folkeretten

Så over til svakheter ved folkeretten. Forbudet mot bruk av militær makt internasjonalt er primært utformet for interstatlige forhold, og hvor langt forbudet rekker i kampen mot terrorisme kan diskuteres. Folkeretten trenger derfor mer presisjon når det gjelder dagens trusler. Dette gjelder også anvendelsen av forbudet ved digitale angrep – cyber warfare.

De internasjonale organisasjonene og domstolene klarer heller ikke å leve opp til forventningene – eller leverer for mye. For eksempel innebærer den manglende handlekraften til Sikkerhetsrådet at statene tar seg selv til rette – til dels i strid med forbudet mot bruk av militær makt. Parisavtalen om klima inneholder knapt folkerettslig bindende forpliktelser. Noen hevder på den andre siden at menneskerettighetsdomstolene i sine tolkninger av konvensjonene går *for langt* i å begrense nasjonal suverenitet.

Endelig er ikke mer folkerett nødvendigvis av det gode. Det må spørres om folkeretten først og fremst representerer de mektige statenes interesser, og beskytter «harde» på bekostning av «myke» verdier, for eksempel i avveiningen mellom frihandel og menneskerettigheter og miljø. Dette gjelder muligens enda mer for voldgiftsordningene som er opprettet i internasjonale investeringsavtaler. De begrenser reguleringsretten til stater som mottar utenlandske investeringer, mens det er et mer åpent spørsmål om disse avtalene bidrar til økte investeringer i fattige land.

Internasjonalisering og rettsliggjøring

Vi har også sett reaksjoner på en for vidtgående internasjonalisering og rettsliggjøring. Professor Georges Abi Saab, som blant annet har ledet WTOs appellorgan for tvisteløsning, uttalte på en konferanse for internasjonale

folkerettsforeninger for noen uker siden at «Sovereignty is a wild animal. If it is attacked, it will fight back».

Jeg har tidligere nevnt at folkeretten har endret karakter med mer overnasjonal styring gjennom internasjonale organisasjoner og domstoler. Dermed oppstår spørsmål om disse organene er disse oppgavene verdig når beslutningene tas langt fra folks hverdag, om beslutningsprosessene er demokratiske og på annen måte forsvarlige, og om de er under tilstrekkelig kontroll. Dette er spørsmål vi er meget opptatt av i vårt PluriCourts-senter for forskning om internasjonale domstolars legitimitet. Når det gjelder internasjonale domstoler oppstår også spørsmålet om forholdet mellom politiske og rettslige beslutninger, med andre ord om rettsliggjøringen er gått for langt.

Geopolitiske endringer

De geopolitiske endringene med et svekket USA og Vesten og tilsvarende mer makt til andre deler av verden, særlig Kina, medfører også spenninger i folkeretten. Vi har imidlertid sett at i kampen mot tvisteløsningssystemet i WTO er det USA som leder an, mens Kina er en av de sterkeste forsvarerne. USA framstår som forkjemper for unilateralisme, mens Kina er globaliseringens varmeste forsvarer. Det har vært spekulert på om vi er på vei til et Eastphalia, etter mønster av den Westphalske folkeretten, slik den ble utviklet etter 30 års-krigen fra 1648, med stor vekt på beskyttelsen av staters suverenitet. Men bildet er nok mer komplisert. Mens Kina for eksempel er for økonomisk globalisering, er landet meget skeptisk til internasjonal menneskerettighetskontroll. Afrikanske stater har på sin side hatt store problemer med å akseptere praksisen til Den internasjonale straffedomstolen.

Innebærer den utviklingen vi ser slutten på folkeretten slik vi kjenner den? Kan vi i stedet forvente en nedbygging av dette rettssystemet? Er dette i tilfelle et midlertidig eller et varig tilbakeslag? Hvordan kan vi da løse internasjonale utfordringer, som bekjempelse av krig, fattigdom og klimatrusler? Eller ser vi en mindre dramatisk utvikling, nemlig en folkerett med «voksesmerter», og som krever en kursendring? Hvilken rolle bør Norge spille i denne utviklingen?

Hva med Norge?

Norge har alt på vinne på et sterkt folkerettslig system. I den siste stortingsmeldingen om «Norges rolle og interesser i multilateralt samarbeid» heter det derfor at Norges *fremste* utenrikspolitiske interesse er å forhindre svekkelse av internasjonal rettsorden og multilaterale styringssystemer.¹

Norge setter altså offisielt folkeretten høyt. Men hvordan er det med den folkerettslige praksisen?

Norge har en lang historie i å sende soldater til FNs fredsbevarende aksjoner. Vi er også en stormakt når det gjelder fredsmekling. Men Norge har stått overfor dilemmaer om bruk av militær makt – med og uten mandat fra FNs sikkerhetsråd – til beskyttelse av menneskerettigheter og mot terrorisme. Dette har handlet om deltakelse i militæraksjonene i så vel Kosovo som Afghanistan, Irak og Libya, og i borgerkrigen i Syria.

Utvalget som skulle utrede den norske Libya-deltakelsen framstilte operasjonen som et «utenriks- og sikkerhetspolitisk 'kinderegg', som inneholdt den rette blandingen av idealpolitiske og interessebaserte norske målsettinger» (s. 76). Det er klart at kombinasjonen av behovet for å beskytte menneskerettigheter, et FN-mandat og operasjoner sammen med NATO-allierte gir sterke grunner for å delta i internasjonale operasjoner. Men samtidig er det ekstra viktig å ha en klar oppfatning av hvor langt folkeretten tillater slik deltakelse, og hvor langt mandatet rekker. Dette sviktet i den norske Libya-deltakelsen. Dette medførte – etter min oppfatning – at Norge medvirket til et folkerettsbrudd.

Folkeretten blir skapt, presisert og endret i et samspill mellom statene. Dette medfører at de samme statene har et ansvar for å uttrykke sine folkerettslige synspunkter, og dermed bidra til å utvikle retten i en ønskelig retning. Men denne utfordringen har norske myndigheter ikke tatt. Et nylig eksempel er den tyrkiske invasjonen i Syria, hvor Norge «fordømmer den tyrkiske operasjonen, og har bedt Tyrkia om at den avsluttes umiddelbart. Vi har også oppfordret Tyrkia til å respektere folkeretten, inkludert internasjonal humanitærrett». Det viktige ordet er her «også»: Norge fordømmer invasjonen – men *i tillegg* oppfordres Tyrkia til å følge folkeretten, istedenfor at Norge fordømmer invasjonen som et folkerettsbrudd. I statsministerens uttalelse under besøket i Irak sist tirsdag er fordømmelsen opprettholdt, men henvisningen til folkeretten fullstendig borte.

Norge har lojalt gjennomført de internasjonale menneskerettslige forpliktelsene i lovgivningen og i rettspraksis. Men vi står fortsatt overfor ut-

1. Meld.St. 27 (2018–2019) Norges rolle og interesser i multilateralt samarbeid, s. 7.

fordringer, noe som blant annet illustreres av at Norge sist måned ble dømt av storkammeret i Den europeiske menneskerettighetsdomstolen i en sak om omsorgovertakelse og tvangsadopsjon. Det er nå over 20 norske saker som står for tur, så det er klart at Menneskerettighetsdomstolen stiller spørsmål ved den norske barnevernpraksisen. Tidligere har Norge vært på kant med Menneskerettighetsdomstolen om ytringsfrihet, om festekontrakter og om utvisning av mindreårige asylsøkere.

Norge har dessuten – etter Maktutredningen i 2003 og debatten om «rettsliggjøring» – utviklet en mer restriktiv praksis når det gjelder å slutte seg til nye klagemekanismer under FNs menneskerettighetskonvensjoner. Også på andre områder kan Norge ha vanskeligheter med å oppfylle folkeretten, slik som beskyttelse av ulven etter Bern-konvensjonen om vern av ville planter og dyr. Her er det ikke prinsipielle betenkeligheter som spiller inn, men norsk distriktpolitikk.

Norske myndigheters holdning til folkeretten – også i praksis – vil nok komme under stadig sterkere søkelys i forbindelse med det norske kandidaturet til FNs sikkerhetsråd.

Hva kan gjøres?

Jeg tror ikke at folkeretten er i ferd med å bryte sammen. Folkeretten har vært ute en vinternatt før. Statene har felles interesse i en effektiv folkerett. Men det er fare på ferde, og det trengs en strategi. Jeg vil dele en slik strategi inn i fire deler: en defensiv del; en reformatorisk del; en del som gjelder å sette grenser for folkeretten; og en del som er offensiv.

Defensive mål

Først til det defensive. Den viktigste målsettingen må være å verne om det som allerede er oppnådd i folkeretten. Dette gjelder ikke minst de grunnleggende folkerettsreglene, slik som forbudet mot bruk av militær makt. Denne regelen er nå truet av kampen mot terrorisme, hvor stater foretar militære operasjoner på andre staters territorium mot terrororganisasjoner som IS. Den nye normen som hevdes av en del stater er at hvis en annen stat er «unwilling or unable» til å hindre terroristangrep, kan andre stater gripe inn. Behovet for slike inngrep er forståelig, men faren for utglidning er åpenbar.

Det er også behov for å beskytte internasjonale organisasjoner og domstoler mot undergraving, for eksempel USAs angrep på WTOs tvisteløsningssystem – som kan opphøre å fungere fra 11. desember i år, fordi USA

nekker å godkjenne nye medlemmer til ankeorganet. En mulighet er at andre stater velger ordninger uten USAs deltakelse – slik det er gjort i Havrettskonvensjonen, Den internasjonale straffedomstolen, Paris-avtalen om klima og atomavtalen med Iran. Sist mandag ble det for eksempel meldt at Norge og EU er blitt enige om en midlertidig voldgiftsordning for å løse tvister knyttet til reglene i WTO, så lenge appellorganet ikke fungerer. Tilsvarende må internasjonale menneskerettighetsorganer vernes mot skepsis fra Kina og andre stater.

Reform av folkeretten

Folkeretten representerer mer omfattende begrensninger på nasjonal suverenitet enn før, og den er mer inngripende ved at den regulerer forhold som tidligere ble ansett som nasjonale spørsmål. Dette kan forsvares med at slike forpliktelser og institusjoner er nødvendige fordi problemene må løses på internasjonalt nivå.

Men det krever en gjennomtenkning av hva som skal bestemmes på henholdsvis nasjonalt og internasjonalt nivå – og anvendelsen av prinsippet om subsidiaritet, i den forstand at det skal gode grunner til før en løfter avgjørelsesmyndighet opp til det internasjonale nivået. Det er altså ikke slik at kravet om mer nasjonal styring nødvendigvis er uberettiget. I tillegg må det stilles krav til at internasjonale organer er representativt sammensatt, følger forsvarlige beslutningsprosedyrer og står til ansvar for sine beslutninger.

Et eksempel på en vellykket reformprosess finner vi i Den europeiske menneskerettighetsdomstolen. Grunnen til de mange tusen sakene som fremdeles venter i domstolen skyldes først og fremst at statene ikke oppfyller sine forpliktelser når det gjelder gjennomføringen av dommene, ikke domstolen selv. Det er også forhandlinger om reform i det internasjonale systemet for løsning av investeringstvister, i regi av FN-organet UNCITRAL – og hvor PluriCourts og Juridisk fakultet, UiO er sterkt involvert.

Grenser for folkeretten

Det er også grunn til å spørre om det er grenser for hva vi kan og bør forvente av folkeretten. Hvor langt er det for eksempel realistisk at folkeretten skal sørge for en rettferdig omfordeling av verdens ressurser? Og trenger vi flere enn de nåværende 10 menneskerettighetskonvensjonene, med tilhørende overvåkningsorganer og sekretariatressurser hos Høykommissæren for menneskerettigheter?

Offensive mål

Men vi trenger også folkeretten for offensive formål, særlig til beskyttelse mot klimaendringer. Her står vi overfor folkerettens evne til å løse globale fellesproblemer som berører levemåten til enkeltmennesker og som involverer grunnleggende rettferdighetsdilemmaer. Overskrider dette grensen for hva folkeretten kan makte? Det er i hvert fall grunn til å tenke nytt om forholdet mellom utslippsforpliktelser og samarbeidsplikter for landene, om trinnvis framrykking i utviklingen av pliktene, og om forholdet mellom rettslige og politiske forpliktelser. Alt dette finner vi Paris-avtalen – men det er ikke nok. Dette illustrerer at folkeretten er maktesløs dersom det ikke finnes politisk vilje.

