NORSTEDTS JURIDIK

Informell modifikation av traktater till följd av ny sedvanerätt och praxis

En studie mot bakgrund av FN-stadgans innovativa utveckling

EJ HEMLÅN

Per Sevastik

JURIDISKA BIBLIOTEKET
vid Uppsala Universitet

341

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f446b

INFORMELL MODIFIKATION AV TRAKTATER TILL FÖLJD AV NY SEDVANERÄTT OCH PRAXIS

Per Sevastik

Informell modifikation av traktater till följd av ny sedvanerätt och praxis

En studie mot bakgrund av
FN-stadgans innovativa utveckling

Norstedts Juridik

Adress till förlaget:
Norstedts Juridik AB, 106 47 Stockholm
Fax 08-690 90 70, telefon 08-690 91 00

Beställningar:
www.njab.se
e-post: kundservice.njab@liber.se
fax: 08-690 91 91, telefon: 08-690 91 90, växel 08-690 91 00
postadress: Norstedts Juridik AB, Kundservice, 106 47 Stockholm

Informell modifikation av traktater till följd av
ny sedvanerätt och praxis
Per Sevastik
ISBN 91-39-00866-5
© 2002 Per Sevastik och Norstedts Juridik AB
Sättning: Elanders Novum, Stockholm 2002
Tryck: Elanders Gotab, Stockholm 2002

Att mångfaldiga innehållet i denna bok, helt eller delvis, utan medgivande av Norstedts Juridik AB, är förbjudet enligt lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. Förbudet gäller varje form av mångfaldigande: såsom tryckning, kopiering, bandinspelning etc.

Till Hélène och Michael

Förord

Till slut har jag kommit till förordet som skrivs när arbetet fått sin slutgiltiga form. Jag tänker därför tillbaka på en mödosam men ganska härlig tid i Uppsala och naturligtvis vill jag då tacka alla som hjälpt mig att göra avhandlingsarbetet möjligt.

Jag vill börja med att tacka min handledare professor Ove Bring för det vänskapliga och mycket fina stöd jag fått under avhandlingsarbetets gång men framför allt för den konstruktiva kritik han bidragit med sedan manusutkastet väl tagit form. Detta gäller även min biträdande handledare professor Göran Lysén som operativt agerat som handledare och skickligt guidat mig rätt och hjälpt mig få struktur i mitt arbete. Jag har också haft den stora förmånen att konsultera professor emeritus Jerzy Sztucki som vänligen tagit sig tid att noggrant läsa och ingående kommentera vissa delar av manusutkastet. Hans kommentarer har varit ovärderliga! Professor Michael Bogdan vill jag också tacka för att han kritiskt granskat och kommenterat mitt manusutkast. Hans kommentarer har bidragit till att textinnehållet väsentligen förbättrats.

Jag vill sedan tacka finansiärerna. Under avhandlingsarbetets inledande skede fick jag ett generöst stipendium från Torsten och Ragnar Söderbergs Stiftelser. Fakulteten har därefter under två års tid delfinansierat min forskning och bl.a. bidragit med ett stipendium ur Tore Alméns Minnesfond. Tryckningsbidrag från Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning och från fakulteten har möjliggjort publiceringen. Utan dessa medel skulle avhandlingsarbetet inte ha varit möjligt. För detta är jag ett stort tack skyldig.

I tur att tacka står sedan bibliotekarierna vid juridiska biblioteket i Uppsala, Birgitta Köhler, Margareta Erlebrandt, Ulla Näslund, Marie Öberg och alla andra på juridiska biblioteket för ett alltid så vänligt bemötande men framförallt för en ovärderlig hjälp på litteraturanskaffningens område. Detta gäller även bibliotekarierna på Dag Hammarskjölds och UD:s bibliotek.

Sedan står vännerna och familjen i tur att tacka. Min gamle gode vän juristen Patrik Tibbling enhetschef vid Svenska kyrkans församlingsför-

bund, för att han löpande granskat mitt framväxande avhandlingsmanus och för att han bistått med kritiska synpunkter och kommentarer. Hans breda allmänjuridiska kompetens har varit till stor hjälp för mig.

Doktorandkollegor och vänner i huset vill jag också tacka. Caroline Taube förtjänar en egen rad då hon inte bara varit en utmärkt kollega utan också en utmärkt vän under hela denna tid. Mina gamla goda vänner utanför huset Michael Camitz och Haile Denbu som uppmuntrat och stött mig under arbetets gång är jag också stort tack skyldig.

Till min förra chef på Sida, Hallgerd Dyrssen vill jag också rikta ett tack för det stöd och den förståelse jag fått under arbetets gång och som resulterat i att tjänstledigheten har kunnat förlängas.

Men mitt allra varmaste och hjärtligaste tack vill jag dock rikta till min familj. Först, mina föräldrar som uppmuntrat och stött mig under avhandlingsarbetets gång och som helt enkelt sett det självklara i att doktorera.

Till sist min hustru Catherine och mina barn Hélène och Michael som ständigt påmint mig om livets väsentligheter och som varit mitt alldagliga stöd. Ett särdeles tack till Catherine som stått ut med att leva ihop med en äkta man som under en längre tid levt i "fotnötternas" värld.

I den mån avhandlingen på vissa punkter håller god kvalitet skall ovanstående ha del i äran. Om boken trots detta stöd innehåller en del brister är ansvaret givetvis helt och hållet mitt.

Stockholm i mars 2002

Per Sevastik

Innehåll

Förord 7

Förkortningar 15

DEL I – ALLMÄN DEL 17

1. Introduktion 19
- 1.1 Bakgrund 19
  - 1.1.1 Allmänt 19
  - 1.1.2 Sedvanerättens föränderliga struktur 22
- 1.2 Problemformulering 26
- 1.3 Avhandlingens syfte och mål 28
- 1.4 Avgränsningar 31
- 1.5 Angreppssätt, metod och material 33
- 1.6 Språk och terminologi 34
- 1.7 Disposition 36

2. Folkrättens natur – några utgångspunkter 38
- 2.1 Introduktion 38
- 2.2 Naturrätten 40
- 2.3 Rättspositivismen 43
- 2.4 Den sociologiska inriktningen 49
- 2.5 Positivismens medelväg 56
- 2.6 Harts sekundära rättsregler? 56
- 2.7 Folkrättens källor 65
  - 2.7.1 Begreppet "källa" 66
  - 2.7.2 Formella, materiella, legala och historiska källor 69
    - 2.7.2.1 Salomond 69
    - 2.7.2.2 Hart 70
    - 2.7.2.3 Brownlie m.fl. 71
- 2.8 Slutsatser 76

3. Artikel 38 i Internationella domstolens stadga. Tillkomst, lydelse och kritik 77
- 3.1 Introduktion 77

3.2 Allmänt 78
3.3 Artikel 38 i Internationella domstolens stadga 80
3.4 Traktater – Artikel 38(1)a 83
3.5 Sedvanerätten – Artikel 38(1)b 90
3.5.1 Historisk tillbakablick 90
3.5.2 Tillkomsten av artikel 38 91
3.5.3 Ordalydelse och kritik 94
3.5.4 ILA:s diskussion 1950 98
3.6 Allmänna rättsgrundsatser – Artikel 38(1)c 100
3.7 Subsidiära rättsregler – Artikel 38(1)d 106
3.7.1 Rättsliga avgöranden 107
3.7.2 Sakkunniga författares lärosatser 108
3.8 Skälighet – *"equity"* och *ex aequo et bona* – Artikel 38(2) 109
3.9 Källornas normativa likställdhet 112
3.10 Kollision mellan källorna 114
3.11 *Jus cogens* 116
3.12 Slutsatser 118

4. Sedvanerättens egenskaper och särdrag 120
4.1 Introduktion 120
4.2 Allmänt 121
4.3 Hur uppstår internationell sedvanerätt 122
4.3.1 Statspraxis 123
4.3.2 Opinio juris 124
4.3.3 Passivitet och "acquiescence" 125
4.4 Avvikande staters praxis 130
4.4.1 "Persistent objector" 130
4.4.1.1 Inkonsekvent handlande 132
4.4.1.2 Kritik – "persistent objector" 134
4.4.2 "Subsequent objector" 135
4.5 Nya stater och folkrätt 136
4.6 Allmän folkrätt 140
4.7 Partikulär sedvanerätt 144
4.7.1 Allmänt 144
4.7.2 Partikulär sedvanerätt som utvecklas inom en traktatregim? 146
4.7.3 Lokal sedvanerätt 147
4.8 Universell sedvanerätt 148
4.9 Slutsatser 149

Del II – SÄRSKILD DEL 151

5. Sedvanerättens objektiva element 153
5.1 Introduktion 153

5.2 Allmänt 154
5.3 Vad konstituerar statspraxis 155
5.4 Nationell lagstiftning 156
5.5 Hur bevisas internationell sedvanerätt? 157
5.6 Staters storlek och politiska betydelse 158
5.7 Problemet konkreta mindre konkreta akter 159
5.7.1 Restriktiv uppfattning – konkreta handlingar 159
5.7.2 Extensiv uppfattning – icke konkreta handlingar 160
5.7.2.1 Uttalanden – verbala akter 160
5.7.2.2 Offentliggörande av uttalanden 163
5.7.2.3 Omröstning 164
5.7.2.4 Konsensusantagna texter 165
5.7.2.5 Paketlösningen som beslutsmetod 165
5.7.2.6 Kollektiva ställningstaganden 166
5.7.2.7 Underlåtenhet att handla 167
5.8 Traktater, konventioner m.m. – som statspraxis 168
Ratifikation av traktater 169
5.9 Praxisframkallande FN-resolutioner 172
5.9.1 The Institute of International Law 174
5.9.2 The International Law Association (ILA) 179
5.10 "Double counting" 186
5.11 Det materiella elementets rekvisit 189
5.11.1 Praxis likformighet 189
5.11.2 Praxis konsistens 191
5.11.3 Praxis upprepning 192
5.12 Sedvänjans långvarighetskriterium – tidsfaktorn 192
5.12.1 Tidsfaktorns reducering 194
5.12.2 FN:s inverkan 195
5.13 "Instant customary international law"? 195
5.14 Slutsatser 197

6. Sedvanerättens subjektiva element 199
6.1 Introduktion 199
6.2 Allmänt 200
6.3 Ett eller två element? 202
6.4 Den voluntaristiska – kontra den universella – teorin 203
6.4.1 Sedvanerätten under den romerska rätten och framåt 204
6.4.2 Sedvanerätten under klassisk doktrin 206
6.4.3 Voluntaristiska tankegångar under 1900-talet 209
6.4.4 Det tysta avtalets teori och dess kritik 213
6.5 Från *usus* till *opinio juris* 215
6.6 *Opinio juris* 216

6.6.1 *Opinio juris* – dess ursprung 218
6.6.2 Olika teorier om *opinio juris* 220
6.6.3 Den kronologiska paradoxens dilemma 222
6.6.4 Det kronologiska dilemmats kringgående 225
6.6.5 Opinio juris – *etappteorier* 228
6.6.6 En positivistisk infallsvinkel på dilemmats lösning 232
6.7 Domstolspraxis – "will" eller "belief"? 232
6.8 Mendelsons formel – "A synthes or an alternative hypothesis?" 236
6.9 Slutsatser 239

7. Förhållandet mellan sedvanerätt och traktater 241
7.1 Introduktion 241
7.2 Allmänt 242
7.3 Sedvanerätt och traktater, två jämbördiga källor 243
7.4 *Lex posterior* kontra *lex specialis* 245
7.5 Ändring i allmänhet 246
7.6 Informell modifikation av traktater 247
7.6.1 Informell modifikation som begrepp 247
7.6.2 Modifikation genom tolkning? 249
7.6.3 Domstolspraxis avseende tolkning 252
7.7 Informell modifikation som process 254
7.7.1 Informell modifikation – en progressiv process 256
7.7.1.1 *Desuetudo* 256
7.7.1.2 Domstolspraxis – avseende *desuetudo* 258
7.8 Ny sedvanerätt och *desuetudo* av traktater 260
Domstolspraxis – avseende *desuetudo*/modifikation till följd av efterföljande sedvanerätt 261
7.9 Medför modifikation automatiskt *desuetudo* av en bestämmelse i en traktat? 264
7.10 Informell modifikation av traktater till följd av ny praxis 265
7.11 Wienkonventionen om traktaträtten och informell modifikation 2678
7.11.1 ILC:s konventionsutkast till Wienkonventionen angående traktaträtten 268
7.11.2 Artikel 68 – ILC:s artikelförslag 269
7.11.3 Artikel 38 – ILC:s artikelförslag 271
7.11.4 Artiklarna 42 och 54 i VCLT 274
7.11.5 Traktaträttskonferensen 275
7.12 *Rebus sic stantibus* – fundamental förändring av omständigheter 277
7.13 Artikel 30 i VCLT – Successiva traktater 278
7.14 Slutsatser 281

8. Informell modifikation av FN-stadgan 284
8.1 Introduktion 284
8.2 Allmänt 285
8.3 Tolkning av FN-stadgan 287
8.3.1 FN-stadgans konstitutionella status 288
8.3.2 FN:s implicita befogenheter 290
8.3.3 Wienkonventionens tolkningsregler och FN-stadgan 292
8.3.4 Om tolkning, tolkningsutrymme och modifikation 295
8.3.5 Hur möjliggörs informell modifikation av FN-stadgan? 297
8.4 Informell modifikation – tolkning *contra legem* 299
8.4.1 Röstnedläggelse, artikel 27(3) i FN-stadgan 299
8.4.1.1 En textanalys av artikel 27 m.m. 299
8.4.1.2 En granskning av förarbetena 300
8.4.1.3 En granskning av praxis och doktrin 301
8.4.1.4 Sammanfattning 306
8.4.2 Frånvarande rådsmedlemmars röster 307
Sammanfattning 309
8.4.3 Generalförsamlingens utvidgade befogenheter för främjandet av internationell fred och säkerhet – "Uniting for Peace" 310
8.4.3.1 En textanalys av relevanta artiklar 310
8.4.3.2 En genomgång av förarbetena 313
8.4.3.3 En granskning av praxis och doktrin 314
8.4.3.4 Sammanfattning 317
8.4.4 Inrättandet av *ad hoc*-tribunaler för krigsförbrytelser 318
8.4.4.1 En textanalys av artikel 41 318
8.4.4.2 En granskning av praxis och doktrin 319
8.4.4.3 Sammanfattning 322
8.4.5 Terroristresolutionerna – FN-rättslig "innovation"? 322
8.4.5.1 En textanalys av relevanta artiklar 322
8.4.5.2 En genomgång av förarbetena 324
8.4.5.3 En genomgång av praxis och doktrin 325
8.4.5.4 Sammanfattning 328
8.5 Informell modifikation genom *desuetudo* 330
8.5.1 En textanalys av relevanta artiklar (artikel 43 m.fl.) 330
8.5.2 En granskning av förarbetena 331
8.5.3 En granskning av praxis och doktrin 332
8.5.4 Sammanfattning 334
8.6 Tolkning eller modifikation genom slutandet av supplementära avtal? 335
8.6.1 "Peace-keeping" – allmän presentation 335

8.6.2 En granskning av praxis och doktrin 335
8.6.3 Sammanfattning 338
8.7 Informell modifikation som ett resultat av ny sedvanerätt? 339
8.7.1 En textuell genomgång av artikel 2(4) 339
8.7.2 En granskning av förarbetena 340
8.7.3 En granskning av praxis och doktrin 342
8.7.4 En ny sedvanerättslig utveckling? 343
8.7.5 Tidigare precedensfall 351
8.7.6 Sammanfattning 354
8.8 Modifikation genom praxis 355
8.9 Allmänt samtycke – "common consent" 358
8.10 Slutsatser 359

DEL III – UTVÄRDERING 365

9. Avslutande och sammanfattande anmärkningar 367
9.1 Introduktion 367
9.2 Det sedvanerättsliga perspektivet och dess influens på traktater 368
9.3 En summering av begreppen 372
9.4 FN-stadgans innovationer och den hitillsvarande missuppfattningen 373

10. Summary in English 379
Informal modification of treaties in the light of subsequent customary international law and practice. An assessment of the 'innovative' evolution of the UN Charter 379
10.1 Introduction 379
10.2 The customary perspective and its influence on treaty law 380
10.3 Summing up the terminology 384
10.4 Un Charter 'innovations' and the present missconception 385

Källförteckning 391
I arbetet citerade rättsfall 391
Citerade dokument och rapporter 411
Tidningsartiklar 412

Person- och sakregister 413

Förkortningar

AFDI	Annuaire Francais de Droit International
AJCIL	African Journal of Comparative and International Law
AJIL	American Journal of International Law
ASDI	Annuaire Suisse de Droit International
ASIL	American Society of International Law
BYBIL	British Yearbook of International Law
Can YIL	Canadian Yearbook of International Law
CLS	Critical Legal Studies
CWILJ	California Western International Law Journal
EJIL	European Journal of International Law
EPIL	Encyclopedia of Public International Law
GAOR	General Assembly Official Records
GYIL	German Yearbook of International Law
Harvard ILJ	Harvard International Law Journal
Harvard LR	Harvard Law Review
ICJ	International Court of Justice
ICLQ	The International and Comparative Law Quarterly
IIL	Institute of International Law
IJIL	Indian Journal of International Law
ILC	International Law Commission
ILM	International Legal Materials
ILR	International Law Report
ItalYBIL	Italian Yearbook of International Law
JT	Juridisk Tidskrift
MJIL	Michigan Journal of International Law
MLR	Modern Law review
MPYBUNL	Max Planck Yearbook of United Nations Law
NF	Nationernas Förbund
NILR	Netherlands International Law Review
NJIL	Nordic Journal of International Law
NTIR	Nordisk Tidskrift för Internationell Rätt
NYBIL	The Netherlands Yearbook of International Law

NYIL	Netherland Yearbook of International Law
PASIL	Proceedings of the American Society of International Law
PCIJ	Permanent Court of International Justice
PCIJ, series B	Permanent Court of International Justice, Collection of Advisory Opinions
PYL	Polish Yearbook of International Law
RdC	Recueil des Cours
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public
RITD	Revue Internationale de la Théorie du Droit
SCOR	Security Council Official Records
SJIR	Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TFYIL	The Finnish Yearbook of International Law
UCLALR	University of California Law Review
UILF	University of Illinois Law Forum
UN	United Nations
UNCIO	United Nations Conference on International Organization
UNTS	United Nations Treaty Series
VA.J.INT'LL	Virginia Journal of International Law
VCLT	Vienna Convention on the Law of Treaties
VJIL	Vanderbilt Journal of International Law
YBILC	Yearbook of the International Law Commission
ZaöRV	Zeitschrift für ausländiches öffentliches Recht und Völkerrecht

DEL I – ALLMÄN DEL

Kapitel 1 – Introduktion

Les idées des juristes sur le caractère de la coutume n'ont attient ni à l'unité ni à la clarté.[1]

1.1 Bakgrund

1.1.1 Allmänt

Folkrätten befinner sig i ett ständigt skede av utveckling eller förändring. En truism i sammanhanget är att världen inte ser ut som den gjorde för femtio eller hundra år sedan. Världen har förändrats och folkrättens normer har sakta utvecklats under århundradenas lopp. Staternas agerande – statspraxis – är en väsentlig komponent i denna utvecklingsprocess som när den väl får internationell förankring utvecklar folkrätten. Världssamfundet består av ett antal stater och internationella organisationer som kan ses som de främsta aktörerna som utvecklar folkrätten. I dag finns även andra folkrättssubjekt som bidrar till denna utvecklingsprocess.

Folkrättens övergripande potential märks främst genom att den t.ex. på ett tydligare sätt än tidigare möjliggör aktioner till skydd för förföljda och hotade folkgrupper. Detta görs genom ett visst åsidosättande av den nationella statens oberoende.[2] För bara några decennier sedan var staternas oberoende ett okränkbart koncept där t.ex. mänskliga rättigheter tillhörde staternas interna angelägenheter utom räckhåll för andra staters intervention. Förändringen inom detta område har möjliggjorts genom att stats-

1. Basdevant, Régles générales du droit de la paix, 58 RdC, 1936-II, s. 508, drygt sextio år efter Basdevents uttalande kan man konstatera att det fortfarande är lika aktuellt nu. Dessa rader har tidigare citerats av bl.a. Kunz, i The Nature of Customary International Law, 47 AJIL 1953, s. 663 och av Thirlway, i International Customary Law and Codification, Leiden 1972, s. 46, och van Hoof, Rethinking the Sources of International Law, Deventer 1983, s. 85 not 307.

2. Cassese, A Follow-Up: Forcible Humanitarian Countermeasures and Opinio Necessitatis, 10 EJIL 1999, No. 4, s. 795.

praxis på området förändrats.[3] Detta gäller även den praxis som håller på att utvecklas för att bekämpa internationell terrorism. Denna praxisutveckling iscensattes genom två på varandra enhälligt antagna resolutioner i FN:s säkerhetsråd.[4] Praxisutvecklingen kännetecknas av att resolutionerna tillkännager en ny mellanstatlig rättsuppfattning som måhända är i färd att förankras i det internationella samfundet. I dessa resolutioner görs för första gången en koppling mellan terrorism och rätten till självförsvar. Folkrätten kan efter terroristattackerna mot World Trade Center och Pentagon sägas vara inne i en ny och mycket dynamisk fas av sin utveckling.

Internationell praxis som accepteras av statssamfundet, utgör den enklaste formen av rättsregel som binder staterna. De regler som i statspraxis godtas som gällande rätt – sedvanerätt – betecknas även som allmän folkrätt eftersom de anses binda alla stater. Det är, kan man säga, det internationella samfundets oskrivna viljeyttring. För att underlätta relationerna mellan staterna nedtecknades dessa sedvanerättsregler successivt i bilaterala eller multilaterala överenskommelser. Stora delar av den oskrivna sedvanerätten finns numera kodifierad i traktater.

En av den allmänna folkrättens grundsatser, *pacta sunt servanda* utgör den grundval som återfinns i både sedvanerätten och traktater. Detta medför att sedvanerätt och traktater samverkar. Sedvanerätten kan påverka innehållet i en traktat likväl som det omvända förhållandet kan gälla. Det är främst genom sedvanerätt och traktater som det folkrättsliga innehållet utvecklas.

Sedvanerätt och traktater utgör folkrättens centralaste källor och finns upptagna i artikel 38 i Internationella domstolens stadga.[5] Denna artikel anses ge en *de facto* auktoritativ uppräkning av folkrättens källor. Folkrät-

3. Några exempel som här nämns har bidragit till denna förändring. Hit hör t.ex. situationen i Kongo som ansågs utgöra ett hot mot freden och S/Res/161 (21 febr. 1961) refererade till kränkningar av mänskliga rättigheter i landet. Sanktionerna mot Rhodesia 1965–1979 grundades på att Sydrodesias folk inte kunde hävda sin självbestämmanderatt så länge den rasistiska minoritetsregimen tillats behålla makten. Apartheidpolitiken konstaterades utgöra en sådan komponent i det hot mot freden som konstaterades 1977 i Sydafrika. Under 1990-talet finns det flera exempel på där säkerhetsrådet vid sin bedömning påverkades av mänskliga rättigheter. I S/Res 688 (5 april 1991) fördömdes Iraks förföljelse av kurderna. MR-intressen styrde också rådets agerande i S/Res 713 (25 sept. 1991). I Somalia S/Res 733 (23 jan. 1992) och Rwanda S/Res 929 (22 juni 1994) har det föreliggande hotet mot freden baserats på förluster av människoliv och det mänskliga lidande detta förorsakat. I Rwanda beaktade säkerhetsrådet rapporter om folkmord vid fastställandet av hot mot freden, S/Res/935 (1juli 1994) och S/Res/955 (8 nov. 1994) m.fl.

4. S/Res/1368 (12 sept. 2001), S/Res/1373 (29 sept. 2001). Terroristattackerna i New York och Washington sker då avhandlingen fått en slutgiltig form. En närmare analys följer dock i avsnitt 8.4.5.

5. Källorna delas upp i primära och sekundara eller formella/materiella. Till den första kategorin hör traktater, sedvanerätt och allmänna rättsgrundsatser. Till den senare kategorin hor rättsliga avgöranden och sakkunniga författares lärosatser. Se mer om källorna i avsnitt 2.7 och kap. 3.

tens källor karakteriseras av en abstrakt formaliserad konstruktion. De har inte samma potential som den nationella rättens källor eftersom den nationella rättsordningen grundas på en konstitutionell normhierarki. Det som kan sägas om den abstrakta och starkt formaliserade folkrättsliga rättskälleläran är att de grundas på tesen om staternas allmänna samtycke och legitima förväntningar.[6] I det nationella rättssystemets *vertikala* struktur finns i regel en skriven författning – eller konstitution. Normbildningen sker i detta fall uppifrån och ned dvs. från de högst styrande organen neråt över medborgarna. Till skillnad mot den internationella rättsordningen som beskrivs som en *horisontell* rättsordning – mellan formellt sett jämställda stater – finns det också lagstiftande, dömande och verkställande myndigheter. I den nationella rätten är därför klassificeringen av källorna inget större problem. Lagar, förordningar, rättspraxis m.m. som kan sägas lämna uppgift om gällande rätt räknas i regel hit. Inom folkrätten är däremot denna indelning inte lika självklar. Staterna är självständiga och oberoende aktörer i det mellanstatliga umgänget som kan agera både som subjekt och objekt. Detta innebär att staterna skapar normer som de antingen bestämmer sig för att följa eller överträda. Folkrättens struktur medför att den nationella rättens mekanismer för rättsändring, främst genom ett formreglerat lagstiftningsförfarande inte återfinns i folkrätten. Det finns inte heller något liknande formkrav om rättsändring i 1969 års antagna Wienkonvention om traktaträtten som var avsedd att kodifiera den allmänna folkrätten på området.

Internationella traktater som återspeglar gällande sedvanerätt kan emellertid sägas vara det närmaste folkrätten kommer den nationella rättens lagstiftning. 1969 års Wienkonvention om traktaträtten uppställer formregler om ingående, ikraftträdande, angående efterlevnad, upphörande ändring och modifikation m.m.[7] Wienkonventionen har ett vitt omfattande innehåll. Allt är emellertid inte reglerat. Ett så viktigt område som modifikation av traktater finns reglerat i Wienkonventionen men inget nämns dock om informell modifikation av traktater. Ett informellt tillvägagångssätt är en ofta förekommande metod på vilket traktater kan ändras och anses numera även vara en sedvanerättsligt accepterad företeelse.

Rent allmänt kan följande sägas om modifikation och praxis inverkan på denna process. Parterna till en multilateral traktat kan modifiera en traktat formellt i enlighet med de bestämmelser som traktaten föreskriver vid en konferens. Detta skapar i regel inga problem. En traktat kan emel-

6. Se avsnitt 6.8.

7. Wienkonventionen betecknas i detta arbete som VCLT efter den engelska konventionstextens titel "Vienna Convention on the Law of Treaties".

lertid också modifieras informellt till följd av att en ny praxisutveckling vinner allmän acceptans. Denna process är oreglerad och skapar problem både i teorin och i praktiken. Modifikation av traktater möjliggörs genom att fördragsparterna disponerar över avtalets innehåll. En traktat sluts genom att parterna uttrycker samtycke till att vara bundna av traktaten i enlighet med de bestämmelser som traktaten föreskriver. Modifikation av en traktat till följd av efterföljande praxis påminner om den sedvanerättsliga processen men är distinkt från denna.

Sedvanerätten kan i sin tur påverka innehållet i en traktatregim. Detta kan också resultera i en modifikation av traktaten. Sedvanerätten bildas genom att praxis inom ett område kombineras med en rättsövertygelse från staternas sida om att den praxis det gäller är eller håller på att bli gällande rätt, *opinio juris sive necessitatis* (förkortas *opinio juris*). I de fall ett uttryckligt samtycke föreligger utgör detta en tillräcklig anledning för att binda staten i fråga men inte en nödvändig förutsättning att binda övriga stater som inte samtyckt. Detta innebär att de stater som opponerar sig mot en sedvanerättslig praxisutveckling inte blir bundna förutsatt att oppositionen påbörjats innan regeln i fråga hunnit etableras.

För att bättre kunna förstå det samspel som råder mellan sedvanerätten och traktater måste deras gemensamma komponent studeras grundligt. Vad är det för mekanismer som styr sedvanerätten och vad är det för kraft som sedvanerätten har som kan modifiera en redan ingången multilateral traktat? Dessa grundläggande frågor utgör det centrala temat som denna studie grundas på.

1.1.2 Sedvanerättens föränderliga struktur

Den internationella sedvanerätten inbegriper några av folkrättens äldsta och mest komplicerade frågeställningar.[8] Problemidentifieringen ligger i ämnets höga abstraktionsnivå, eftersom det är fråga om en oskriven rätt. Förutom detta kombineras sedvanerätten med ett antal svårlösta definitionsfrågor som ger ytterligare upphov till bristande stringens. Den internationella rätten utgörs dessutom av ett regelsystem som är under ständig förändring.[9] Detta försvårar naturligtvis varje behandling av ämnet. Många olika uppfattningar har därför sedan århundraden funnits i den folkrättsliga doktrinen och fortfarande råder oenighet om många av de

8. Tunkin, Theory of International Law, translated by Butler, London 1974, s. 113–114; Henkin, International Law: Politics and Values, Dordrecht 1995, s. 26–28.

9. Barcelona Tractation Case (second phase), ICJ Reports 1970, s. 3, domstolen påpekar att den internationella rätten är under "continuous evolution".

centrala begreppens definitioner och innebörd. Det faktum att den internationella sedvanerätten konfronteras med så många oklara begrepp i kombination med att folkrätten för närvarande är inne i en dynamisk fas gör att ämnet fortfarande spelar en mycket central roll i folkrätten.[10] Spörsmål som rör sedvanerätten är väldokumenterade i den folkrättsliga doktrinen. Artikel 38 i Internationella domstolens stadga anses ge en auktoritativ definition av begreppet internationell sedvanerätt.[11] Ett närmare studium av denna ger vid handen att inte ens stadgefäderna till artikeln hade någon klar uppfattning om vad som egentligen konstituerade internationell sedvanerätt.[12]

Från att ursprungligen ha spelat en ganska central roll inom den nationella rätten kom sedvanerätten i skymundan i samband med att den nationella rätten kodifierades.[13] Den kom därigenom att spela en ganska underordnad roll i den nationella rätten. Däremot kom den internationella sedvanerätten alltjämt att spela en viktig roll i den folkrättsliga rättsbildningen. Trots att traktater sedan några årtionden ersatt den svåridentifierade sedvanerätten – genom att sedvanerätten kodifierats till multilaterala konventioner[14] – finns det fortfarande områden som regleras av sedvanerätten och som med dess hjälp skapar innovativa utrymmen för rättsbildning och rättsändring. Ett av dessa är informell modifikation av traktater. Detta är ett centralt tema för avhandlingen.

Folkrätten i likhet med övriga rättsordningar utvecklas progressivt. Den skrivna rätten kan därför kontinuerligt kompletteras med nya rättsuppfattningar i kombination med att ny praxis utvecklas och accepteras av staterna. Uppfattningen om att sedvanerättens betydelse avtagit på grund av de snabba förändringarna i det internationella samfundet och att sedvanerätten därför successivt kodifierats förefaller därför ogrundad.[15] Däremot kan man konstatera att den internationella sedvanerätten på grund av dess oklara struktur i förhållande till traktater är ett trubbigt instrument som i vissa avseenden saknar juridisk precision. Den stora svårigheten uppstår

10. Cassese, International Law, New York 2001, s. 124–126.

11. Brownlie, Principles of Public International Law, fifth edition, Oxford 1998, s. 4 f.

12. YBILC 1950-I, s. 6; Wolfke, Custom in Present International Law, second revised edition, Dordrecht, 1993, s. 5–6.

13. Dias, Jurisprudence, fourth edition, London 1976, s. 246 ff.

14. ILC har påpekat att "many rules of international customary law have now been codified by multilateral treaties so that the same obligation is sometimes covered by a customary rule and by a rule codified conventionally", YBILC 1976-II, s. 85.

15. de Vissher, Cours général de principes de droit international public, 86 RdC, 1956-II, s. 475; Jennings, The Identification of International Law, in International Law: Teaching and Practice (Bin Cheng ed.), London 1982, s. 6; se även van Hoof, Rethinking the Sources of International, Deventer, 1983, s. 113–116; Reisman, The Cult of Custom in the Late 20th Century, 17 CWILJ 1987, s. 133–145.

när man behöver identifiera en rättsändring, konkretisera en rättsbildning eller när man behöver fastställa gällande rätt. Resultatet av att sedvanerätten är "formlös" har medfört en nästan kaleidioskopisk effekt i doktrinen som inte alltid styrts av en verklighetsanpassad rättsuppfattning. Fiktion och metafysik har därför genomsyrat doktrinen och fortfarande blottläggs ibland dessa rättsuppfattningar i den folkrättsliga argumentationen. Dessa uppfattningar har sin grund i det mänskliga förnuftet och i det historiska händelseförloppet.

Däremot kan man säga att det är just sedvanerättens diffusa och/eller formlösa karaktär och brist på stringens, som ger den dess kraft och incitament att formas i nya situationer och expandera i takt med att ny praxis etableras och vinner allmän acceptans. Sedvanerätten förefaller ibland rent av obegriplig men dess potential är oumbärlig.[16] För att bättre förstå sedvanerätten har man därför, nästan med matematisk precision, introducerat parametrar som med juridisk metod och terminologi resulterat i en fast begreppsapparat. Sedvanerätten är dock svår att stävja och därmed omöjlig att formalisera.[17] Inga riktiga försök har heller gjorts för att reellt reglera sedvanerätten.[18]

Ett steg i den riktningen togs emellertid vid konferensen i Wien 1968/1969. Syftet med konferensen var att utarbeta en konvention om traktaträtten. Vid konferensen behandlades dock bara delvis samspelet mellan sedvanerätten och traktater där sedvanerätten kom att utgöra det grundläggande regelkomplexet till traktaträtten. Frågan om sedvanerättens möjlighet att informellt modifiera en traktat togs inte med i traktaträttskonventionen även om vissa aspekter av frågan behandlas i konventionen.[19] Wienkonventionens preambel gör bl.a. klart att den internationella sedvanerättens regler förblir gällande i frågor som inte reglerats genom bestämmelser i konventionen.[20] Det förhållandet att informell modifikation av traktater inte uttryckligen nämns i Wienkonventionen (och att det inte heller i ILC:s förarbete framgår att tanken var att utesluta denna möjlighet)

16. Fidler, Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law, 39 GYBIL 1996, s. 198; se även Akehurst som allegoriskt citerar St Augustin av Hippo, som skriver; *"What, then, is time? If no one asks of me, I know; If I wish to explain to him who asks, I know not"*. Citatets analogi till folkrätten är att folkrättsjurister tilllampar sedvanerätt dagligen men har svårigheter att komma överens om en gemensam definition av begreppet. Citatet återfinns i Akehurst inledning till artikeln Custom as a Source of International law, 47 BYBIL 1974/75.

17. Mendelson, The Subjective element in customary international law, 66 BYBIL 1995, s. 178.

18. Villiger, Customary International Law and Treaties, The Hague, 1997, s. 291–292.

19. Angående generella bestämmelser om ändring och modifikation av traktater se Wienkonventionen om traktaträtten, artikel 39–41.

20. YBILC 1966-II, s. 177, para. 34.

utesluter inte möjligheten att det vid sidan av de allmänna reglerna om ändring och modifikation av traktater även finns ett utrymme för en informell modifikation som kan appliceras på multilaterala traktater såsom exempelvis FN-stadgan.[21]

Trots den digra behandlingen av ämnet i den folkrättsliga doktrinen har ingen tillfredsställande lösning på frågan om hur man identifierar en rättsändring, konkretiserar en rättsbildning eller fastställer *lex lata* formulerats. I början av det nya årtusendet kan man konstatera att sedvanerätten inte spelat ut sin roll. Den kommer även fortsättningsvis att spela en central roll i den folkrättsliga rättsbildningen och diskursen.

En närmare, schematiserad framställning av problemet visar klart vari svårigheterna består. Den allmänna folkrätten anses binda alla stater.[22] Undantagna från bundenhet är de så kallade "persistent objectors".[23] Den allmänna sedvanerätten/folkrätten tillåter således avvikelser genom att också särskild sedvanerätt kan etableras mellan vissa stater. Den allmänna folkrätten är med andra ord på ett sätt dispositiv men den kan också vara indispositiv därför att vissa regler i folkrätten är så grundläggande – *jus cogens* – att de endast kan ändras genom att en senare allmän folkrättsnorm av samma karaktär antas.[24] Staterna kan således genom folkrättens dispositiva karaktär påverka och utforma sedvanerättens innehåll.

Ett antal frågor kan ställas i relation till denna framställning. En naturlig fråga är hur allmän en sedvänja eller praxis skall vara för att den skall binda alla stater. Statssamfundet består i dag av 200 stater. Hur görs en sedvanerättslig utvärdering av dessa stater? Räcker det kanske med att utvärdera de största och viktigaste staternas praxis? För att statspraxis skall bli sedvanerätt krävs också en övertygelse från staterna om att den är eller håller på att bli gällande rätt *opinio juris*. Frågor om vad som utgör rättsrelevant praxis (och vad som är) och hur man identifierar/fastställer *opinio juris* har av naturliga skäl förorsakat problem och därför också framkallat en omfattande diskussion i den folkrättsliga doktrinen. Behövs båda elementens närvaro för att konstituera sedvanerätt? Eller kan man ur det ena elementet utläsa det andra? Traktater kan påverkas av sedvanerätten och vice versa. Vilka mekanismer styr förhållandet mellan dessa regelsystem? Detta är bara några av de frågor som kan ställas i samband med den gjorda framställningen och som visar ämnets komplexitet.

21. Karl, Vertrag und spatere Praxis im Völkerrecht, Berlin, 1983, s. 393.
22. Eek, Folkrätten, fjärde upplagan, Stockholm, 1987, s. 1 ff.
23. Akehurst, Custom as a Source of International Law, 47 BYBIL 1974/75, s. 23–27.
24. Bernhardt, Customary International Law: New and Old Problems, 19 Thesaurus Acroasuum, 1992, s. 204. Se även artikel 53 i VCLT.

1.2 Problemformulering

Modifikation av en traktat till följd av efterföljande praxis tillhör utan tvekan en av de mest kontroversiella frågor som berör det inbördes förhållandet mellan traktater och sedvanerätt.[25] Genom att sedvanerätten binder staterna endast genom ett diffust konsensunsantagande, hävdar många stater och folkrättsförfattare att traktater inte kan modifieras eller upphävas av den diffusa sedvanerätten. Som framgår av introduktionen till detta kapitel ses folkrätten som en process under ständig förändring. Den oskrivna sedvanerätten kompletterar den skrivna rätten genom att nya rättsuppfattningar och praxis vinner allmän acceptans.

En multilateral traktat som FN-stadgan med nästan universell anslutning, är därför i praktiken under ständig förändring. Drivkraften i denna utvecklingsprocess är staternas egen praxis. Ändring av stadgan kan antingen göras formellt i enlighet med de regler stadgan föreskriver (artiklarna 108 och 109) eller på informell väg. På grund av stadgans politiskt känsliga karaktär har den inte gått att modifiera formellt mer än i de få fall stadgans förord anger.[26] Om informell modifikation står inget att finna i stadgan.

FN har därför i sin mer än femtioåriga praxis funnit nya vägar och procedurer som inte förutsågs då FN-stadgan antogs. Ett exempel är när generalförsamlingen genom Achesonplanen (den s.k. "Uniting for Peace"-resolutionen) under Koreakriget utvidgade församlingens befogenheter till synes i strid med stadgans artiklar 11 och 12. Generalförsamlingens agerande kan i detta fall kanske ses som en informell modifiering av stadgan? Ett annat exempel är att stadgan inte nämner något om fredsbevarande operationer – "Peace-Keeping Operations" – som 1956 kom att betecknas som en "utpräglad innovation".[27] Den ansågs svårplacerad och fick därför sin rättsliga bas i stadgan mellan kapitlen VI och VII. Efterföljande "peacekeeping"-operationer har därför fått den något vilseledande beteckningen det oskrivna kapitlet VI ½.[28] Inte heller kan man finna uttryckligt stöd i stadgan för säkerhetsrådets inrättande av krigsförbrytartribunaler i Jugo-

25. Danielenko, Law-making in the International Community, Dordrecht, 1993, s. 162.

26. Schröder, Amendment to and Review of the UN Charter: Documents on Reform of the United Nations, (Taylor et. al. Eds.), Dartmouth, 1997, s. 493 ff.

27. Urquhart, The United Nations, Collective Security, and International Peacekeeping, in Negotiating World Order: The Artisanship and Architecture of Global Diplomacy (Alan K. Henrikson ed., 1986), s. 62.

28. Akehurst, Modern Introduction to International Law, seventh edition (Malanczuk, ed.), London 1997, s. 385, och s. 416–25; se även Bring, FN-stadgan och världspolitiken, andra upplagan, Stockholm 1997, s. 15.

slavien och Rwanda. Även dessa kan måhända ses som innovationer av säkerhetsrådets praxis.

Det handlar alltså inte om formella modifikationer när vi talar om "innovationer" utan snarare om informell modifikation dvs. en internationell praxisutveckling som vinner allmän accept. Om ett allmänt samtycke inte kan etableras gällande denna praxisutveckling, uppstår ingen modifikation av stadgan.

Den kraft som statspraxis har i kombination med en extensiv tolkning av stadgan har skapat ett utrymme för säkerhetsrådet att dels kunna agera innovativt, dels motivera sitt agerande med stöd i stadgan. När rådets handlande i ett specifikt fall ifrågasatts på den grund att det inte klart framgått att det har ett stöd i rådets stadgereglerade särskilda befogenheter har ett resonemang istället förts om säkerhetsrådets icke stadgereglerade allmänna befogenheter. Denna lära kan sägas ha sin grund i dels föreställningen om FN-stadgan som en dynamisk traktatregim, dels föreställningen om FN-stadgan som en levande konstitution[29] och dels i ett resonemang som rör säkerhetsrådets rätt att utläsa sina egna befogenheter.[30] Den fråga man kan ställa sig är om man i den praxis som utgår från FN:s generalförsamling och säkerhetsråd kan identifiera de sedvanerättsliga elementen – i form konstant och enhetlig praxis *usus* i kombination med en rättsövertygelse *opinio juris* – som är nödvändiga[31] för att etablera ny sedvanerätt? Om så är fallet är det då en typisk/traditionell sedvanerätt som etableras? Den brittiske folkrättsjuristen (och tidigare ICJ-domaren) Robert Jennings hävdar 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".[32] Om inte, betyder detta att säkerhetsrådet kan driva igenom en praxis som kan komma att vinna allmän acceptans trots avsaknad av det karakteristiska sedvanerättsliga igenkänningsmönstret? Michael Byers har i en nyligen publicerad avhandling noterat att:

> Although most States are unlikely to desire a role for Security Council resolutions in the customary process, some powerful States, and especially permanent members of the Council, may well have an interest in such a role being ascribed.[33]

Drygt femtio år efter det att FN-stadgan antogs kan man konstatera att stadgan i nästan oförändrat skick är lika aktuell nu som när den antogs.

29. Säkerhetsrådets befogenheter diskuteras i kapitel 8.

30. Tanzi, Prospect of the Revision of the UN Charter (Extract), i Documents on Reform of the United Nations, (Taylor et. al. Eds.), Dartmouth, 1997, s. 482.

31. Därav *sive necessitatis*.

32. Citatet hämtat från Bodansky, Customary and not so Customarly International Environmental Law, 3 Indiana Journal of Global Legal Studies 1995, s. 11–12.

33. Byers, Custom, Power and the Power of Rules, Cambridge, 1999, s. 42.

Historiskt och folkrättsligt har stadgan genomlevt en dramatisk period med uppgångar och fall som kännetecknas av det kalla krigets lamslagna låsningar av vetot i säkerhetsrådet, det kalla krigets slut, upplösningen av Sovjetunionen och i samband därmed upplösningen av en politisk maktkonstellation som delade världen i tre block, öst, väst och syd. Kuwaitkriget som många folkrättsjurister såg som en revitalisering av säkerhetsrådets position och FN:s misslyckanden i Rwanda och Somalia ger perspektiv på hela denna tidsperiod. Under denna epok reviderades stadgan endast formellt vid några enstaka tillfällen.[34] Däremot reviderades stadgan under motsvarande tidsperiod informellt vid åtskilliga tillfällen. Det informella agerandet fick stadgan att bli ett flexibelt och levande instrument.

1.3 Avhandlingens syfte och mål

Avhandlingen kan sägas ha två *syften*. Det första är att undersöka hur sedvanerätten påverkar traktater och vilka mekanismer i sedvanerätten som möjliggör detta. Det *andra* är att undersöka hur de s.k. innovationerna av FN-stadgan skall klassificeras. Avhandlingens *slutgiltiga mål* är att besvara frågan om det går att fastställa sedvanerättens objektiva och subjektiva rekvisit vid modifikation av FN-stadgan till följd av efterföljande praxis och om resultatet över huvud taget kan klassificeras som modifikation.

För att kunna uppnå de uppställda syftena har därtill *två underliggande syften* formulerats.

1.3.1 Det första underliggande syftet

Det *första* underliggande syftet är att förklara den informella modifikationens folkrättsliga status sett ur ett sedvanerättsligt perspektiv. Ett antal frågor uppställs. Frågorna fungerar som vägvisare och kan sägas leda till att koncentration med fokus på syftet etableras.

Den *första frågan* handlar om vilka de mekanismer är som styr informell modifikation och den *andra* om hur denna process kan förklaras folkrättsligt. Den *tredje* frågan, är om man under denna process kan skönja sedvanerättens karakteristiska element. Internationella domstolen har vid upprepade tillfällen påtalat att sedvanerättens båda element måste finnas närvarande för att sedvanerätt skall konstitueras. Den *fjärde* frågan handlar om hur den sedvanerättsliga praxisutvecklingen som går stick i stäv mot en gällande norm i en traktat uppstår och hur i så fall *opinio juris* ma-

34. Se avsnitt 8.2 not 3.

nifesteras? Man bör i den informella modifikationens spår kunna skönja sedvanerättens objektiva rekvisit i form av en upprepad och enhetlig praxis i kombination med att *opinio juris* etableras. Den *femte* frågan handlar om hur de opponerade staterna påverkar den framväxande praxisutvecklingen. En viss tid måste också ha förflutit, må vara kort, innan den sedvanerättsliga praxisutvecklingen etableras. Om sedvanerättens element inte går att skönja ställs frågan, den *sjätte*, vad det då är för "sedvanerätt" som bildats. En närliggande fråga som också ställs, den *sjunde*, är om det möjligen kan vara fråga om något slags "instant customary law". Trots benämningens motsägelsefulla rubricering kan det kanske vara tal om en sedvanerätt som bildas där tidsrekvisitet i det närmaste reducerats till noll? Om inte sedvanerättens karakteristika går att identifiera kan man ställa frågan, den *åttonde*, om det är sedvanerätten som överhuvudtaget är den bidragande orsaken till modifikation. Om det inte är tal om sedvanerätt, vad är det då som orsakar modifikation och går processen över huvud taget att identifiera, är den *nionde* frågan som ställs. Den *tionde* och sista frågan behandlar innebörden av det diffusa begreppet "allmän acceptans". Vad är allmän acceptans och hur fastställs denna?

1.3.2 Det andra underliggande syftet

Det *andra* underliggande syftet är att undersöka på vilken grund sedvanerätten kan modifiera en multilateral traktat. Även i detta fall uppställs ett antal frågor. Den *första* berör frågan om det är modifikation till följd av efterföljande praxis som möjliggör modifikation av traktater eller om också tolkning av traktater kan framkalla modifikation? Den *andra* frågan som ställs är vad det är för skillnad mellan modifikation och tolkning? Om modifikation ryms inom en tolkning av en text är det då fråga om modifikation eller tolkning? Som en följd av dessa frågor måste den rättsliga basen för modifikation verifieras. 1969 års Wienkonvention om traktaträtten är behjälplig i båda fallen. Artikel 31 berör tolkningen av traktater och nämner efterföljande överenskommelser jämte efterföljande praxis rörande traktaters tolkning. Modifikation av traktater till följd av efterföljande praxis diskuterades av ILC under konferensen i Wien 1968/1969 men togs inte med i Wienkonventionen. Den *tredje* frågan som ställs i detta sammanhang är varför artikelutkastet inte togs med i konventionen och om man kan skönja något bakomliggande syfte till att inte vilja reglera denna komplicerade fråga inom denna konventions ram. Skulle man inte ha vunnit mycket på att reglera detta?

I studien görs också en genomgång av den praxis som finns på området.

Internationella domstolars praxis studeras för att om möjligt fastställa om det finns någon enhetlig praxis på området och om det i så fall med säkerhet går att fastställa ett sedvanerättsligt mönster som underlag för modifikation av traktater. Traktater som varit föremål för informell modifikation undersöks i detta sammanhang. Kan det rent av vara så att domstolarna mekaniskt upprepar de sedvanerättsliga elementen utan att egentligen ha ett empiriskt underlag som verifierar den ifrågavarande praxisens karaktär? Det går kanske inte att fastställa sedvanerättens objektiva rekvisit vid fastställandet av informell modifikation av en traktat och hur fastställs egentligen det subjektiva rekvisitet när staterna i en praxisutveckling agerar konkludent för att modifiera en multilateral traktat. Det kanske är en presumtion som måste ligga till grund för domstolarnas antagande om modifikation till följd av efterföljande praxis skall kunna göras?

Arbetet koncentreras sedan på FN-stadgan. En genomgång av de fall i vilka stadgan kan antas ha "modifierats" till följd av en efterföljande praxis görs. Frågorna som ställts här och som rör FN-stadgans praxis genomsyrar direkt eller indirekt denna del. Resultatet från de ovan ställda frågorna används sedan för att förklara hur en internationell praxisutveckling kan motivera modifikation av en multilateral traktat som FN-stadgan.

För att förklara sedvanerättens natur och ge de grundläggande förutsättningarna för den diskussion som skall föras, inleds studien med en genomgång av de olika folkrättsliga teorier som finns representerade i doktrinen och som påverkat den sedvanerättsliga diskursen. Lika viktigt är i det sammanhanget den diskussion som följer avseende sedvanerätten i relation till det folkrättsliga rättskällebegreppet. Frågor som berör folkrättens källor i allmänhet och sedvanerättens element i synnerhet diskuteras ingående i avhandlingen. *Opinio juris*-begreppets uppkomst diskuteras. I detta sammanhang diskuteras även den *voluntaristiska* skolans syn på sedvanerättslig bundenhet i förhållande till den *opinio juris*-baserade uppfattningen. Kollision mellan källorna och företräde vid kollision diskuteras därför också i arbetet.

Studien ger en historisk bakgrund till artikel 38 i Internationella domstolens stadga. Den doktrinära motsättningen som förelåg då den arbetsgrupp som på Nationernas Förbunds uppdrag tillsattes för att utarbeta stadgan diskuteras vidare. Sedvanerätten och traktater intar en central ställning i form av formella källor i artikel 38 som på ett auktoritativt sätt anses definiera folkrättens källor. Övriga källor, allmänna rättsgrundsatser, rättsliga avgöranden och författares lärosatser i artikeln refereras som materiella källor. Avhandlingen koncentrerar sig dock till övervägande del på de formella källorna.

1.4 Avgränsningar

Den internationella sedvanerätten är folkrättens äldsta källa. Den är också folkrättens mest centrala källa. Detta bekräftas av den bibliografi som finns på området. Den är omfångsrik och i det närmaste omöjlig att överskåda. Sedvanerättens centrala ställning medför att de flesta intilliggande områden inom folkrätten som exempelvis mänskliga rättigheter, rymdrätt, havsrätt och krigets lagar influerats av densamma. Ämnet kan därför förefalla svåravgränsat. Avhandlingen har emellertid fått en ganska naturlig avgränsning.

Studien avser att behandla en rad olika spörsmål som uppkommer i relationen mellan sedvanerätten och traktater. Centralt i denna relation är att undersöka hur internationell sedvanerätt kan modifiera traktater. Sedvanerätten och traktater utgör i det sammanhanget avhandlingens första avgränsning. Sedvanerättens dualistiska sammansättning bestående av de objektiva och de subjektiva elementen förs in inom ramen för denna avgränsning. Båda elementen studeras ingående eftersom de anses vara centrala beståndsdelar i den process som kan leda till informell modifikation av traktater. Sedvanerätten som källa diskuteras vidare. Detta görs i ett tidigt skede i bokens allmänna del, där också det folkrättsliga rättskällebegreppet diskuteras.

Artikel 38 i Internationella domstolens stadga är också en utgångspunkt för ämnets vidare inramning. Sedvanerätt och traktater uppräknas som centrala källor i artikeln. Förarbetena (*travaux préparatoires*) till artikeln studeras ganska ingående. De subsidiära rättskällorna som uppräknas i artikeln får däremot en underordnad ställning i denna framställning. De måste anses vara perifera i förhållande till arbetets uppställda syfte och mål men är, trots detta av sådan vikt att de tas med för att visa på sedvanerättens vittomspännande karaktär.

Det enda dokument som finns och som kan ge en viss vägledning när det gäller informell modifikation av traktater är 1969 års traktaträttskonvention. Som påpekats ovan togs emellertid frågan om sedvanerättens möjlighet att informellt modifiera en traktat inte med i Wienkonventionen. I förarbetena diskuterades emellertid frågan. ILC:s utarbetade konventionsutkast från 1964 och 1966 som berör informell modifikation av traktater ses därför också som ett viktigt material som måste analyseras i detta arbete.

Av bokens uppställda syfte framgår att studien undersöker om det är traditionell sedvanerätt som möjliggör informell modifikation av FN-stadgan eller om det är något annat. FN-stadgan har valts med tanke på stad-

gans föreskrivna "supremacy clause" (artikel 103) som på ett sätt kan sägas ge den konstitutionell status.[35] Informell modifikation av FN-stadgan gäller även för alla andra traktater som kan modifieras till följd av efterföljande praxis såvida dessa inte uttryckligen reglerar frågan. Artikeln 103 i stadgan gör klart att i händelse av konflikt mellan stadgan och någon annan internationell överenskommelse gäller stadgans förpliktelser. Hur andra traktater informellt modifierats av sedvanerätten undersöks också i detta arbete. Här har studien främst granskat informell modifikation av traktater som uppkommit i samband med havsrättens utveckling. Denna undersökning görs emellertid på en *ad hoc*-mässig basis. Undersökningen görs för att kunna erhålla ett empiriskt underlag som senare läggs till grund för den slutgiltiga bedömning som görs mot bakgrund av FN-stadgan. Studien begränsar sig också till att endast studera informell modifikation. Sålunda studeras i mindre utsträckning fall där uppkomsten av en tvingande folkrättsnorm får en traktat att upphöra att gälla eller där *rebus sic statibus* åberopas som grund för en revision av en traktat eller upphörande av densamma.

Däremot har den tidsmässiga avgränsningen inte varit lika självklar. Då folkrätten är en tämligen gammal rättsordning skulle en rättshistoriskt präglad genomgång av sedvanerätten avvika från avhandlingens uppställda syfte och mål. Sedvanerätten gavs emellertid en viss auktoritet i samband med den av Nationernas Förbund 1920 antagna statuten för Fasta mellanfolkliga domstolen. Diskussionen om sedvanerätten har därför begränsats till förra seklets början, mitt och slut. I vissa delar av studien görs emellertid en historisk tillbakablick som sträcker sig längre tillbaka i tiden än vad som ovan angivits. Detta gäller bland annat avsnittet om den voluntaristiska tankegångens vardande.

Avslutningsvis bör också följande tydliggöras. Sedvanerätten som ett rättsbildande koncept används på ett genomgående traditionellt vis i arbetet. Sedvanerätten kritiseras ofta för att vara ofullkomlig och ibland också för att vara ett mystiskt fenomen.[36] Detta innebär att den kritik som i doktrinen riktas mot sedvanerätten, främst förmedlad av den uppfattning som CLS representerar betraktas på ett genomgående deskriptivt sätt. Ett inslag av Koskenniemis och Kennedys sedvanerättsliga skeptisism och retorik skulle antagligen ge avhandligen en i större utsträckning realistisk infalls-

35. Suy, The Constitutional Character of Constituent Treaties of International Organizations and the Hierarchy of Norms, i Recht Zwischen Umbruch und Bewahrung, Festschrift für Rudolf Bernhardt, Berlin 1995, s. 297.

36. Schachter, "Penal of the Revised Draft Restatement of the Foreign Relations Law of the United States and Customary International Law" PASIL, vol. 73, s. 1; se även Chigara, Legitimacy Deficit in Custom: A Deconstructionist Critique, Ashgate, 2001, s. 319.

vinkel. Ansatsen har emellertid inte varit att beskriva sedvanerättens svagheter och brister. Om den ansatsen hade varit vägledande för arbetet skulle arbetets syfte varit ett helt annat än det som uppställts här. Kritik riktas emellertid mot sedvanerätten med bibehållet fokus på avhandlingens uppställda syfte och mål.

1.5 Angreppssätt, metod och material

Studien utgår från ett traditionellt angreppssätt på sedvanerätten. Domstolspraxis, främst från internationella domstolen, doktrin, konventioner, förarbeten och ett antal FN-resolutioner utgör det grundläggande forskningsmaterialet. Detta gör att den valda metoden dels är empirisk i sin form dels också av doktrinhistorisk karaktär.

D'Amato riktar kritik mot denna metod som han hävdar bygger på ett rationaliserat önsketänkande som styr de författare som skriver om sedvanerätten.[37] D'Amato menar att forskningsinsatsen kan understödja en redan på förhand intagen ståndpunkt om denna metod följs. D'Amatos kritik är i viss mån befogad. Men en folkrättslig studie som berör sedvanerätten kräver en noggrann genomgång av domstolspraxis, doktrin, förarbeten m.m. En redogörelse av doktrin i kombination med viss nytolkning i samband med att ny praxis uppstår och tolkas i ljuset av gammal ger upphov till att nya slutsatser kan dras. Ingen artikel eller monografi i ämnet– inte ens D'Amato – har heller lyckats undgå detta.

En doktrinhistorisk genomgång görs i avhandlingsarbetet. I den mån det varit möjligt kompletteras den doktrinhistoriska metoden med vad i Schwarzenbergers terminologi benämns för ett *induktivt* tillvägagångssätt.[38] Detta innebär att den sedvanerättsliga bedömningen utgår i staternas praxis. Som exempel kan nämnas att i de fall en undersökning av staters kontinuerliga opposition görs, sker detta med utgångspunkt från den

37. D'Amato, (ed.), International Law Anthology, Anderson Publishing Company 1994, s. 108, not 161. "it is amazing to me how many articles I read in the journals that boil down to highly rationalized wishful thinking. The authors of these articles usually begin by repeting some random, disjointed platitudes about custom, then go to address the merits of a particular dispute (conclusively proving that right, reason and justice are all loged on one side of the question), then compile some superficial linguistic support for their position ... and then conclude that *customary international law* favors the position they have been advocating! The idea that wishful thinking and lots of footnotes can give rise to a new rule of international law is one of the notions that lead outsiders to disparge international law."

38. Schwarzenberger, The Inductive Approach to International Law, 60 Harvard LR, 1946–47.

praxis som finns på området och inte på en på förhand antagen uppfattning som vilar på ett teoretiskt antagande eller resonemang.[39]

Utöver det som hittills sagts om metodval har också en metodologisk grundprincip som genomsyrar all vetenskaplig forskning även genomsyrat föreliggande studie, detta för att i viss mån också tillmötesgå D'Amatos kritik. Denna går under beteckningen *Ockhams rakkniv* (Rasor Ockhami) och innebär att man vid en bevisning inte skall använda fler argument än vad som är nödvändigt (*Fustra fit per plura, quod potest fiere per pauciora*).[40]

1.6 Språk och terminologi

Språkfrågan måste också inledningsvis beröras.[41] För att kunna författa en akademisk avhandling inom ämnet folkrätt förväntas man ha goda kunskaper i främmande språk. Det är annars svårt, för att inte säga omöjligt att delta i den folkrättsliga debatten. Engelska, franska, tyska och även spanska torde vara särskilt viktiga. Med tanke på att nästan all central litteratur i ämnet folkrätt är författad på ett av dessa språk (och den debatt som berör förhållandet mellan sedvanerätt och traktater i synnerhet) ligger det naturligtvis nära till hands att även författa ett akademiskt arbete på något av dessa språk. Detta var för övrigt intill 1970-talet en regel inom ämnet folkrätt. Valet att författa avhandlingen på svenska har bl.a. styrts av det faktum att all litteratur inom området är skriven på ett främmande språk. Det är därför viktigt att den svenska folkrättsdoktrinen kompletteras på svenska. Föreliggande arbete kan därför eventuellt tänkas bidra till att detta syfte uppfylls.[42] Dessutom har valet också styrts av att det i t.ex. ledande internationella juridiska tidskrifter som *the American Journal of International Law, the British Yearbook of International Law, Haag-*

39. ILA:s London konferens 2000, Committee on Formation of Customary General International Law, s. 715, i Schwarzenbergers terminologi benämns detta tillvägagångssätt för "deduktivt".

40. Mendelson, The Subjective Element in Customary International Law, 66 BYBIL 1995, s. 178; Anners, Den europeiska rättens historia 1, Stockholm 1980, s. 122.

41. Lindholm, Folkrätten och utrikespolitiken, SvJT 1993 s. 590; se även Rosenne, Practice and Methods of International Law, London 1984, s. 12 § 7 The Language of International Law.

42. Den svenska doktrinen är begränsad när det gäller arbeten som behandlar detta ämnesområde. Det finns ingen monografi eller akademisk avhandling på området som författats på svenska. Daremot kan man hitta enstaka kapitel författade i diverse folkrättsliga verk. Se t.ex. Gihl, Internationell Lagstiftning, Uppsala 1938, av samma förf., Huvuddragen av den allmänna folkrätten, Stockholm 1956; Jonsson, Suveranitet i havet och luftrummet, Stockholm 1972; Eek i Folkrätten, fjärde upplagan, Stockholm, 1987; Bring, Det folkrättsliga investeringsskyddet, Stockholm 1979, av samme förf., FN-stadgans Folkratt, andra upplagan, Stockholm 1997; och Bring & Mahmoudi, Sverige och folkrätten, Stockholm 1998; Strömberg och Melander, Folkrätt, fjärde upplagan, Malmö 1983.

akademins skriftserie, i the Revue de Droit International, the German Yearbook och the Netherlands Yearbook of International Law, the Indian Journal of International Law, m.fl. juridiska tidsskrifter intar frågor rörande sedvanerätt och traktater en central ställning. Det är därför en förhoppning att ämnet eventuellt kan tänkas väcka debatt på svenska. Detta och ovan angivna skäl kan därför sägas vara den huvudsakliga anledningen till att föreliggande studie författas på svenska.

Något måste också nämnas om den folkrättsliga terminologin. Vissa centrala utländska begrepp och specifik terminologi har svårligen kunnat översättas till svenska. Ett exempel är bl.a. det engelska ordet "acquiescence" som används flitigt i den folkrättsliga litteraturen. Begreppet är centralt för folkrätten, då passivitet från en stats sida kan framkalla sedvanerättslig bundenhet. Stater behöver alltså över huvud taget inte agera aktivt för att bindas folkrättsligt utan binds genom "acquiescence". Begreppet finns inte med i Blacks Law Dictionary. I den stora engelsk-svenska ordboken översätts begreppet däremot med "ge sitt tysta medgivande, samtycke, foga sig, finna sig, låta sig nöja". I den folkrättsliga översättningen finns allt ifrån "tysta överenskommelser", "konkludent handlande", "passivitet", "tyst samtycke" "tyst medgivande" och *opinio juris* m.m. Problemet underlättas inte heller av att vissa författare kan använda sig av olika synonymer samtidigt för att beskriva samma sak.

För att inte ytterligare ge upphov till det som inledningsvis konstaterats som en av sedvanerättens problem, nämligen att sedvanerätten innehåller ett antal svårlösta definitionsfrågor har därför i ganska stor utsträckning originalspråkets terminologi bibehållits.

Här bör också nämnas att de centrala sedvanerättsliga begreppen av vissa författare används på ett inkonsekvent sätt. Sedvänja och sedvanerätt hör hit. Begreppen är distinkta. Ändå blandas begreppen ihop – ofta av samme författare i samma avsnitt. Inte nog med att det råder oklarhet kring många av de centrala begreppens innebörd som sedvanerätt och "källor". Många av de centrala begreppen – *usus*, *opinio juris sive necessitatis*, *jus cogens*, *erga omnes* m.fl. är också författade på latin. Detta kan försvåra begreppens behandling om en rättshistorisk koppling inte kan spåras till den romerska rätten. Detta är t.ex. fallet med begreppet *opinio juris* som inte alls härstammar från latinet. Det är snarare en sent påkommen konstruktion som givits en latinsk benämning för att ge begreppet en viss auktoritet.[43]

43. Mendelson, The Subjective Element in Customary International Law, 66 BYBIL 1995, s. 194.

En folkrättslig avhandling författad på svenska innehåller ofta citat på främmande språk. Föreliggande studie är inget undantag utan innehåller också en mängd citat, främst engelska och franska som inte alltid harmonierar med det svenska språket. I de fall där texten lämnas i originalskick har detta gjorts för att textens genuina karaktär skall bibehållas. Citat från FN-stadgan, Wienkonventionen om traktaträtten och Internationella domstolen eller skiljedomstolar är genomgående på originalspråket.

1.7 Disposition

Avhandlingen är uppdelad i tre delar; I – allmän del, II – särskild del och III – utvärderande del. Avhandlingen är sålunda strukturerad på följande sätt. Första kapitlet syftar till att introducera ämnet och fastställa avhandlingens topografi. Det ger en bakgrundsbeskrivning och innehåller också problemformulering, syfte, avgränsningar, angreppssätt, metod m.m.

Den första delen av avhandlingen innehåller utöver det introducerande kapitlet, ytterligare tre kapitel. Hela avhandlingens stomme fastställs i den första delen. För att till fullo kunna förstå framställningen och identifiera vissa problemområden är denna del central. Kapitel 2 behandlar folkrättens natur genom att fastställa några centrala utgångspunkter. Här studeras folkrätten ur ett mer historiskt och filosofiskt perspektiv. Rättspositivismen, den sociologiska inriktningen och positivismens medelväg diskuteras tillika rättskällebegreppets definition.

Kapitel 3 behandlar artikel 38 i Internationella domstolens stadga som fastställer folkrättens källor. Där diskuteras artikelns tillkomst, lydelse och kritik av den. Kapitlets tyngdpunkt läggs på sedvanerätten. Den första delen avslutas med kapitel 4 som beskriver sedvanerättens egenskaper och särdrag i allmänhet. Sedvanerättens karakteristika är avgörande för att förstå hur informell modifikation av traktater uppstår till följd av ny efterföljande sedvanerätt. Allmän, partikulär och universell sedvanerätt diskuteras därför i detta kapitel likväl avvikande och efterföljande staters praxis. Nya staters förhållande till allmän folkrätt/sedvanerätt diskuteras också i kapitlet.

Avhandlingens särskilda del II, består av kapitlen 5–8. Kapitel 5 beskriver sedvanerättens objektiva elementets karakteristik. Måste det objektiva elementet – *usus* – vara en konkret handling eller kan det vara fråga om en mindre konkret handling som kan ge upphov till rättsrelevant praxis? Elementet beskrivs ofta som en konkret handling som måste uppfylla vissa formalistiskt uppställda kriterier. Men om det uppfattas som en

mindre konkret handling övergår rekvisitet till att bli formlöst. I det fallet tangerar det objektiva rekvisitet sedvanerättens *opinio juris*-baserade element. Kapitel 6 diskuterar sedvanerättens subjektiva rekvisit. Kapitlet försöker bl.a. förklara orsakerna till den eventuella positionsförskjutningen från *usus* till *opinio juris*. Kapitel 7 tar upp förhållandet mellan sedvanerätten och traktater. Kapitlet behandlar vissa centrala områden som berör modifikation, *desuetudo* m.m. Förarbetena till Wienkonventionen om traktaträtten studeras. Detta görs för att klargöra om informell modifikation var tänkt att ingå i Wienkonventionen eller inte.[44] Avhandlingens andra del avslutas med kapitel 8 som ägnas åt att studera FN-stadgans innovativa praxis. Fokus läggs på informell modifikation men inleds med att studera den intilliggande frågan om tolkning av stadgan. Ett antal "innovationer" analyseras och utvärderas. Frågan om man kan identifiera sedvanerättens karakteristika i denna praxis är den avgörande frågan som diskuteras i kapitlet. Arbetets slutsatser presenteras i kapitel 9 som rubriceras "avslutande och sammanfattande anmärkningar". En summering på engelska, kapitel 10 avslutar avhandlingsarbetet.

44. Se kapitel 7.

Kapitel 2 – Folkrättens natur – några utgångspunkter

2.1 Introduktion

Innan en närmare analys görs av sedvanerätten som folkrättens främsta källa och dess relation till traktater diskuteras, kan det vara av intresse att närmare studera folkrätten ur ett mer historiskt och filosofiskt perspektiv. Detta är betydelsefullt främst för att kunna förstå resonemanget kring folkrättens bindande förmåga. Det är också viktigt för att kunna förstå hur resonemanget i doktrinen förs för att förklara folkrättens källor som i den meningen inte lämpar sig för jämförelse med den nationella rättens källor.

Frågan om folkrätten är en fullödig rättsordning har därför med jämna mellanrum diskuterats i doktrinen. Den engelske rättsfilosofen John Austin, som inspirerades av Hobbes och Pufendorf, hävdade t.ex. i början av 1800-talet att det inte fanns någon internationell rätt över huvud taget och inte heller någon överstatlig vilja som kunde implementera rätten. Austin försvarade sin tes med att hävda att det mellanstatliga umgänget reglerades av utomrättsliga regler – positiv moral.[1]

Kritiken framkallas av de särdrag som folkrättsreglerna och det folkrättsliga regelsystemet uppvisar. Ofta döms folkrätten därför ut för att den på ett felaktigt sätt jämförs med den nationella rättens överlägsna struktur med tanke på att den senare har lagstiftande, dömande och verkställande myndigheter. Men folkrätten bör inte jämföras med den nationella rättens *vertikala* struktur på annat sätt än att deras ändamål överensstämmer.

1. Austin, The Province of Jurisprudence Determined 1832, London, 1954 s. 201. "The duties which [international law] imposes ... are enforced by moral sanction".

En skolbildning som på senare tid åter vunnit gehör i doktrinen kallas för *Critical Legal Studies* (CLS).[2] CLS karakteriseras av att den har en kritisk syn på den traditionella rättens beskaffenhet. Skolans huvudsakliga uppgift kan sägas vara att påvisa att folkrätten "cannot be *both* theory and doctrine, idea and fact, art and science". Kort sagt kan juridiken inte både vara juridiskt vetenskaplig och politiskt relevant.[3] Rätten anses därför inte vara konsistent, rättstillämpningen anses inte vara förutsägbar och systemet är principiellt godtyckligt. CLS analys av folkrätten har varit nedbrytande och söndersmulande.[4] CLS har däremot på ett klargörande sätt lyckats visa att sedvanerättens bindande verkan har pendlat mellan de två polerna naturrätt och positivism. För att kunna förklara den internationella sedvanerättens natur och skapa den grundläggande stommen för den fortsatta diskussionen i detta arbete är det berättigat att börja studien med att belysa de olika folkrättsliga teorier och skolbildningar som finns representerade i doktrinen. För att visa att pendlingen mellan polerna fortfarande är aktuellt kan en hänvisning till en av skolans företrädare, Martti Koskenniemis rader vara belysande då han hävdar att "[a] remarcable fact about custom is that it is constantly in danger of collapsing either into tacit agreement or a naturalistic principle".[5] Dessa teorier har påverkat synen på sedvanerätten som folkrättens centralaste källa.

Som en introduktion till den genomgång som följer om naturrätten kan därför följande sägas. Naturrätten har haft ett fast grepp om folkrätten. Detta har bidragit till att man länge, som Brierly uttryckt det, slog bort

2. Generellt om CLS, se Purvis, Critical Legal Studies in Public International Law, 32 HILJ, 1991; Koskenniemi, From Apology to Utopia, The Structure of International Legal Argument, Helsingfors 1989; Kennedy, International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion, 65 NJIL 1996; Se även Bring & Mahmoudi, Sverige och folkrätten, Stockholm, 1998, s. 36 f; Wrange, Critical Legal Studies och folkrätten, JT 1990–1991. Kritik mot CLS har riktats från olika författare. Målande kritik riktas av Chayes som säger: "We have a movement up at Harvard called 'critical legal studies', and one of the basic tenets of that movement is that the text has no independent meaning, but rather the meaning of the text is in the eye of the interpreter. It is a scholarly or academic version of Humty Dumpty, who in Alice in Wonderland said: 'When I use a word it means exactly what I want it to mean, it's just a question of who's asking.' I had thought that this was a rather marginal, unimportant, sectarian movement up in Cambridge, but I am going to be glad to report to my colleagues when I get back how far and decisively their influence has penetrated the councels of an administration which I am sure otherwise does not share many of their views", citatet är hämtat från ett inlägg av Chayes vid ett anförande vid 80 PASIL, 1986, s. 78.

3. Bederman, Book Review: From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument (Koskenniemi), 23 New York University Journal of International Law and Politics, 1990, s. 219.

4. Bring & Mahmoudi, Sverige och folkrätten, Stockholm, 1998, s. 36; Higgins, Problems & Process, Oxford, 1994, s. 8–16.

5. Koskenniemi, From Apology to Utopia, Helsingfors 1989, s. 350.

tanken på att folkrätten över huvud taget kunde vara i behov av revision.[6] Detta förklaras bäst genom att den klassiska naturrättsläran hade en dualistisk rättssyn. Rätten hade två fullkomligt motsatta uppenbarelseformer. Å ena sidan den statiska, över tid och rum härskande naturrätten – ett slags eviga rättssanningar som inte kunde verifieras vetenskapligt – å andra sidan den tillfälliga, historiskt föränderliga positiva rätten. Naturrättens giltighet var beroende av att en förmedling mellan naturrätt och positiv rätt kunde etableras, dvs. att en följdrelation dem emellan gick att upprätthålla. Det statiska momentet i naturrätten finner sin grund i att den erhåller sina postulat från naturen eller Gud oberoende den positiva rättens influens.

Ett uttryck för denna bristande förmedling mellan teori och praxis var att naturrätten kom att betraktas som enbart en subsidiär rättskälla som närmast kan sägas ha haft rollen att bekräfta den positiva rätten. Sedvanerätten, som folkrättslig källa, påverkades naturligtvis också av dessa uppfattningar vilket behandlas i ett separat avhandlingsavsnitt om folkrättens källor (se avsnitt 2.7).

Begreppen naturrätt och positivism innehåller en otalig mängd materia och en komplexitet som i fördjupad form skulle gå utöver avhandlingens ändamål och syfte. Genomgången som följer är därför ganska schematisk. Endast de författare och infallsvinklar som anses vara av intresse för studiens syfte presenteras i nästa avsnitt.

2.2 Naturrätten

I sin bok *Legal Theory* inleder Friedmann kapitlet *Natural Law and the Search for Absolute Values* med att konstatera att "[t]he history of natural law is a tale of the search of mankind for absolute justice and of its failure".[7] Den naturrättsliga läran som är abstrakt till formen innefattar alla de teorier som försöker identifiera de värdebaserade omdömen och de ideal som utgör rättssystemets fundamentala stomme. Någon enhetlig naturrättslig uppfattning eller skola finns inte i den folkrättsliga doktrinen.

Däremot finner man ett stort antal naturrättsliga strömningar i doktrinen. De allra flesta folkrättsliga teorierna skulle i princip kunna inordnas under ett naturrättsligt paraply eftersom de flesta mer eller mindre har naturrättsliga förtecken. Detta är t.ex. fallet med den sofistikerade och så sent som på 1950-talet introducerade positivistiska policy-inriktade New Haven-skolan. Den ansågs vid en första betraktelse vara banbrytande, po-

6. Brierly, The Law of Nations, third edition, Oxford 1942, s. 9–33. Vattel, The Law of Nations or the Principles of Natural Law, vol. III, translated by Fenwick, Washington 1916, s. 4.
7. Friedmann, Legal Theory, fifth edition, London 1967, s. 95 f.

sitivistisk. Men New Haven-skolan bibehåller, till syvende och sist ett naturrättsligt synsätt på rätten eftersom den talar om "basic values of human dignity or of a free society" som ett diffust uppställt mål. Enligt Mendelson tangerar detta ett naturrättsligt tänkande utan spår av övernaturliga element. Skolan står enligt honom någonstans mitt emellan naturrätt och positivism.[8] Att de naturrättsliga tankegångarna så starkt influerat rättsuppfattningarna i doktrinen är naturligt med tanke på att naturrätten påverkat rättstänkandet i mer än 2500 år.[9] Således har naturrätten återuppstått med varierad intensitet och grad vid olika tidsperioder "trots att den gång på gång dödförklarats av rättsfilosoferna".[10] Greppet om rätten har varit solitt. Friedmann skriver följande om hur de mänskliga rättigheterna (MR) påverkats av naturrätten:

> Natural Law terminology thus adopted by some modern legal philisophers, but not by others, may disguise the fundamental affinity between all those legal theories which, in opposition to positivism, stress the need of legal idealism.[11]

Friedmann ger sedan ett antal exempel på rättsfilosofiska strömningar som influerats av den naturrättsliga uppfattningen. Leon Duguits sociala solidaritet –"solidarité sociale", Kohlers utveckling av rätten som en kultur – "culture", Roscoe Pounds sociologiska perspektiv på rätten som en sorts "social ingenjörskonst" – "social engineering" – och Riperts syn på rätten som en sorts moraliska regler –"règle morales". Dessa och en mängd andra uppfattningar är enligt Friedmann grundade på naturrättsliga ideal och "in the modern relativist and evolutionary sense, whether they choose to adopt the term or not".[12]

Den naturrättsliga förankringen inom folkrätten är välgrundad. Det är inte endast de s.k. folkrättsliga fäderna Grotius, Pufendorf och Vattel som i doktrinen influerades av den naturrättsliga uppfattningen. Centrala delar av folkrättens olika delområden, som de mänskliga fri- och rättigheterna, har i stor utsträckning inspirerats av det naturrättsliga tänkandet ända in i modern tid.[13] Hit hör begreppet "common heritage" som varit ett rikt-

8. Mendelson, The Formation of Customary International Law, 272 RdC 1998, s. 179, not 31. Se även McDougal, (et al.), Theories about International Law: Prologue to a Configurative Jurisprudence i 8 VJIL 1967, s. 199–200 och s. 206; van Hoof, Rethinking the Sources of International Law, Deveneter, 1983, s. 31.

9. Friedmann, Legal Theory, fifth edition, London 1967, s. 95 f; se även Finch, Introduction to Legal Theory, London 1970, s. 11 ff., s. 18, "The first real expression of natural law theory in philosophical terms derives from the sixth century B.C ... ."

10. Peczenik, Vad Är Ratt?, Stockholm, 1995, s. 133.

11. Friedmann, Legal Theory, fifth edition, London 1967, s. 154.

12. A a s. 154.

13. Watson, Legal Theory, Efficacy and Validity in the Development of Human Rights Norms in International Law, 3 UILF 1979, s. 637.

märke för den nya havsrättens utveckling. Naturligtvis har sedvanerätten – som diskuteras längre fram – mycket starkt influerats av det naturrättsliga tänkandet. Det naturrättsliga tänkandet har i så stor utsträckning genomsyrat den västliga synen på rätten att den emellanåt till och med likställts med denna.[14] Watson skriver om den naturrättsliga influensen på området mänskliga rättigheter att:

> [s]ince natural law is the only legal system with any clear claim to authority over the state it is not at all surprising that those concerned with Human Rights should find themselves attracted to the natural law philosophy.[15]

Fastän naturrätten under 1800-talet alltmer bleknade i den folkrättsliga debatten förblev MR-området cementerat i det naturrättsliga tänkandet. Svängningarna från naturrätt till positivism har, som tidigare nämnts, med jämna mellanrum under historiens gång påverkat folkrätten. Således karakteriserades efterkrigstiden, 1945 och framåt, av en naturrättslig uppryckning särskilt i Tyskland. För att tillförsäkra individerna ett rättsskydd som under nazi-regimens fasor omintetgjorts, försökte man med hjälp av naturrättsliga ideal åter tillförsäkra individen ett rättsskydd gentemot det godtycke som statsmakten utövat på dess medborgare under krigsåren. Det som naturrätten eftersökte var ett från ovan hämtat, högre oantastligt ideal eller en norm som antingen kunde ses som ett riktmärke eller fungera som en vägvisare för den positiva rättens uppbyggnad.[16] Detta synsätt influerade den i Nürnberg 1945 inledda processen mot nazistiska krigsförbrytare, folkmordskonventionen 1948 och FN:s universella deklaration om mänskliga rättigheter från samma år.

Denna överordnade, yttersta norm har alltsedan naturrättens begynnelse haft olika skepnader. Friedmann identifierar fyra olika källor varur rättens absoluta ideal härrör. Den första kallar han för den *teologiska* eftersom den grundas på en teologisk – gudsbaserad – grundval. Den andra kallas för *religiös* och är ytterst knuten till den första. Den tredje benämns den *metafysiska* och den kallas, med van Hoofs terminologi för den *sekulariserade*.[17] Oaktat nyansskillnaderna mellan de olika inriktningarna kan man enligt New Haven-skolans förespråkare skönja ett gemensamt drag (eller brist) som de benämner *transempiricalism* och som definieras med

14. Naturrättens föregångare finns enligt McDougal, Lasswell och Reisman i det antika Indien och Kina. Se även McDougal (et al.), Theories About International Law: Prologue to a Configurative Jurisprudence, 8 VJIL 1967, s. 227–243.

15. Watson, Legal Theory, Efficacy and Validity in the Developments of Human Rights Norms in International Law, 3 UILF 1979 s. 613.

16. van Hoof, Rethinking the Sources of International law, Deventer, 1983, s. 32.

17. A a s. 32; se även Friedmann, Legal Theory, fifth edition, London 1967, s. 345–346.

> a statement presented as a scientific verity, which, because of its formulation or its content, is not suspectibles to scientific investigation.[18]

De naturrättsliga strömningarna genomsyrade också synen på artikel 38 i Internationella domstolens stadga, dels avseende sedvanerätten som under lång tid inte ansågs vara konstitutiv utan endast deklaratorisk, dels avseende de allmänna rättsgrundsatserna som Verdross hävdade var "erkända av de civiliserade folken" och därför inte behövde lagstadgas eftersom det fann sin giltighet i något så vagt som "det allmänna rättsmedvetandet".[19]

Detta avsnitt om naturrättsläran avslutas med att hänvisa till Friedmann som pekar på ett slags återkommande "cyklisk rörelse" när det gäller rörelseschemat mellan naturrätt och positivism. Friedmann förklarar detta med att säga att:

> When a disapointed generation, dissatisfied with the self-complacency of Positivism, becomes douptful about the power of reason, instinct and intuition come again to the fore.[20]

2.3 Rättspositivismen

Under 1800-talet fick folkrätten en mer verklighetsanpassad inriktning då den metafysiska naturrätten successivt undanträngdes för att ge plats åt den positivistiska rättsuppfattningen.[21] Positivismen kom som en reaktion på de naturrättsliga lärorna som tidigare varit förhärskande men som på 1700-talet alltmer började undergrävas. Positivismen erkände inte någon annan kunskapskälla än erfarenheten och ansåg att all vetenskap borde vara empiriskt grundad.

Rättspositivismen karakteriseras av att den inte ägnar sig åt några värdebaserade omdömen. Den har som mål att försöka fastställa en juridisk teknik som på ett deskriptivt sätt med hjälp av vetenskaplig, empirisk fakta kan klargöra och strukturera det juridiska normsystemet.[22] Positivismens bredd och omfång gör att ämnet, likt naturrätten, är svårt att överblicka. Detta i sin tur gör att det är ganska svårt att fastställa några typiska drag för denna inriktning. Inledningsvis kan man dock utesluta en förgrening av

18. McDougal (et al.), Theories about International Law: Prologues to a Configurative Jurisprudence, 8 VJIL 1967, s. 226.
19. Bring & Mahmoudi, Sverige och folkrätten, Stockholm, 1997, s. 27.
20. Friedmann, Legal Theory, fifth edition, London 1967, s. 85.
21. Nussbaum, A Concise History of the Law of Nations, New York 1954, s. 134 ff.
22. Friedmann, Legal Theory, fifth edition, London 1967, s. 252.

positivismen som utvecklades i USA och som rubricerades "pragmatic positivism" eller rättsrealism.

I USA, som är rättsrealismens ursprungsland, representerades denna skola främst av två företrädare, John Chipman Gray och den berömde domaren Oliver Wendell Holmes Jr. Skolan skiljer sig från den traditionella positivismen såtillvida att ett visst eftertryck lades på rättens sociala effekter. Detta uppnåddes "by relegating statutory legislation from the centre of the law to one of several sources and placing the judge in the centre instead",[23] samtidigt som rättens logiska härledning förringades. Det senare exemplifieras bäst genom att citera Holmes som helt frankt förklarar att "[t]he life of the law has been experience rather than logic".[24] Detta är representativt för den rättsrealistiska uppfattningen som alltså lägger större vikt på rättens sociala effekter än på logiskt tänkande och förnuft.

Innebörden av begreppet positivism är som redan nämnts omfattande, även om rättsrealismen plockas bort från dess begreppssfär. Anledningen till denna komplexitet och mångfald beror i huvudsak på begreppets vaga definition. Det illustreras bäst med Harts hänvisning till hur "positivism" används i samtida angloamerikansk doktrin för att beteckna en eller flera åsikter.[25] Hart identifierar fem olika innebörder som begreppet rättspositivism kan tänkas ha:

> (1) that laws are commands of human beings; (2) that there is no necessary connexion between law and morals, or law as it is and law as it ought to be; (3) that the analysis or study of meanings of legal concepts is an important study to be distinguished from (though in no way hostile to) historical inquires, sociological inquires, and the critical appraisal of law in terms of morals, social aims, functions, & c; (4) that a legal system is a 'closed logical system' in which correct decisions can be deduced from predetermined legal rules by logical means alone; (5) that moral judgements cannot be established, as statements of fact can, by rational argument, evidence or proof.[26]

Begreppets definition är svårtolkad eftersom det innefattar olika teorier och aspekter av rätten. Trots detta går det att urskilja vissa gemensamma drag, t.ex. att positivister inte befattar sig med värdeomdömen eller ideal och att moraliska omdömen inte behöver fällas för att fastställa *lex lata*. För positivister är värdeomdömen och ideal, antingen de är baserade på

23. A a s. 293.

24. Citatet är hämtat från Fletcher, Basic Concepts of Legal Thinking, Oxford University Press, 1996, s. 192 där en hänvisning i not 13 görs till Oliver Wendell Holmes, Jr., The Common Law 1, 1881.

25. Hart, The Concept of Law, Oxford 1961, s. 253.

26. A a s. 253 som gör en referens till s. 181 kap. IX, Law and Morals, 1. Natural Law and Legal Positivism. Se även Friedmann, Legal Theory, fifth edition, London 1967, s. 256., och Finch, Introduction to Legal Theory, London 1970, s. 137.

politiska, etiska, sociologiska eller historiska grunder, skilda från rättens domän.[27] Separationen mellan *lex lata* och *lex ferenda* är en grundläggande förutsättning för rättspositivismen. Här, till skillnad från den ödestyrda naturrättsliga uppfattningen är positivismen som rättsuppfattningen baserad på struktur och transparens. Folkrätten ses som isolerad från sociala och strukturella förändringar i statssamfundet.

Den ovan givna beskrivningen av rättens identitet gäller i stor utsträckning också dess påverkan av och synen på rättskällorna. Den positivistiska uppfattningen avseende rättskällorna förklaras kanske bäst genom Dworkins rättspositivistiska uppfattning. Dworkin, som blev Harts främste motståndare, beskriver synen på källorna på grundval av vad han kallar för det positivistiska systemets skelett. Dworkin nämner tre s.k. organisationsförslag – "organizing propositions" – varav det första benämns "the test of pedigree". Detta är enligt Dworkin att:

> (a) The law of a community is a set of special rules used by the community directly or indirectly for the purpose of determining which behaviour will be punished or coerced by the public power. These special rules can be identified and distinguished by specific criteria, by tests having to do not with their content but with their *pedigree* or the manner in which they were adopted or developed. These tests of pedigree can be used to distinguish valid legal rules from spurious legal rules (rules which lawyers and litigants wrongly argue are rules of law) and also from other sorts of social rules (generally lumped together as 'moral rules') that the community follows but does not enforce through public power."[28]

Detta s.k. "pedigree"-test är karakteristiskt för den föreställning om rätten som oftast förknippas med den positivistiska skolan. Hos t.ex. John Austin som anses vara grundare av den positivistiska skolan, passar Dworkins tes in. All positiv rätt härstammar enligt Austin från statsmakten där rätten är ett uttryck för "statsviljan" och där folkrätten är underordnad denna vilja. Varje positiv rättsregel skriver Austin "simply and strictly so-called, is set by a sovereign individual or a sovereign body of individuals, to a person or persons in a state of subjection to its authority".[29] Austin förklarar således att all rätt är positiv och liksom Hobbes definierar han rätten som en högsta

27. Friedmann, Legal Theory, fifth edition, London 1967, s. 256–257; Simmonds, Juridiska Principfrågor, Stockholm 1994, s. 84–85; Ago, Positive Law and International Law, 51 AJIL, 1957, s. 691–733; Fletcher, Basic Concepts of Legal Theory, Oxford, 1996, s. 32–33.

28. Dworkin, Taking Rights Seriously, Cambridge, Mass., 1979, s. 17. De andra två är "(b) The set of these valid legal rules is exhausive of 'the law', so that in someone's case is not clearly covered by such a rule ... then that case cannot be decided by 'applying the law'. It must be decided by some official, like a judge, exercising his discretion,' ...; (c) To say that someone has a 'legal obligation' is to say that this case falls under a valid legal rule that requires him to do or to forbid him from doing something".

29. Austin, Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law, fifth edition, Campbell 1876, s. 34.

myndighets befallning till sina underlydande. Austin hävdade, som tidigare nämnts, att det inte finns någon internationell rätt överhuvudtaget och därför inte heller någon överstatlig vilja. Han försvarar sin tes med att det mellanstatliga umgänget reglerades av utomrättsliga regler – "positiv moral".[30]

Ett parallellt Austin-inspirerat synsätt applicerades även på folkrätten. Eftersom det inte fanns någon i förhållande till staterna överordnad myndighet inom folkrätten utvecklades denna i riktning mot att se staternas gemensamma samtycke – "common consent" – som folkrättens grundval. Folkrätten kännetecknades av regler som staterna själva hade etablerat och ansågs vara en produkt av sedvanerätt och traktaträtt. Staternas egen praxis och staternas förmåga att själva kunna ingå fördrag med andra stater ansågs därför ge uttryck åt statsviljan. Statssuveräniteten kunde därför inte inskränkas genom folkrättsliga regler.[31] Folkrätten betraktades vidare som en isolerad företeelse som inte påverkades av världssamfundets sociala och strukturella förändringar.[32]

Den österrikisk-amerikanske rättsfilosofen Hans Kelsen är en annan ledande positivist och även grundare av den s.k. Wienskolan. Denna skola har haft ett stort inflytande på folkrätten. Kelsens *rena rättslära* bygger på ett rättspositivistiskt tänkande och grundas på ett antagande att alla rättsregler ingår i ett sammanhängande system – en *hierarkisk normlära*. Kelsen försökte besvara frågan vad rätten är och hur den ter sig, men inte frågan om hur den bör vara och hur den bör göras. Renheten i läran återfinns i att den försöker säkerställa en kunskap som endast inriktar sig på rätten. Från denna kunskap skiljer den sedan ut allt som inte tillhör det föremål som exakt skall bestämmas som rätt. Rättsvetenskapen måste med andra ord befrias från alla element som är främmande för dess föremål. Detta är Kelsens metodiska grundprincip.[33] Kelsens teori bygger även på ett antagande om en *rättslig normhierarki*. Dess yttersta syfte är att bringa ordning i den internationella rätten som ansågs befinna sig i ett kaotisk tillstånd och som därför också ansågs vara undermåligt strukturerad. Kelsen försöker renodla den juridiska argumentationen genom att skapa ett enhetligt system. Detta görs genom att basera alla rättssystems normer på en överordnad *grundnorm* som utgör källan till rättens bindande kraft. I den

30. Austin, The Province of Jurisprudence Determined, s. 201, London, Weidenfeld & Nicolson 1954 (First Published in 1832) s. 201.

31. Cassese, International Law in a Devided World, Oxford, 1986, s. 111; Bring & Mahmoudi, Sverige och folkrätten, Stockholm, 1998, s. 27.

32. Friedmann, The Changing Structure of International Law, fourth edition, London 1964, s. 76.

33. En överskådlig genomgång av Kelsens lära återfinns i Den Rena Rättsläran: dess metod och grundbegrepp, särtryck ur Statsvetenskaplig Tidskrift, häfte 3, 1933, Lund 1933.

rättsliga hierark n är grundnormen, som i själva verket var en folkrättslig norm, den högsta fundamentala normen.[34] Frågan om hur grundnormen uppstår inom rättssystemet kan inte rättsligt härledas i Kelsens modell, utan detta sker genom att man "postulerar en grundnorm".[35] Den rena rättsläran opererar med denna grundnorm utifrån en hypotetisk modell. Kelsen ger denna norm olika benämningar i sitt arbete. Med jämna mellanrum kallas den därför för "postulated ultimate rule",[36] "hypothetical basic norm"[37] och "indispensable assumption"[38] vilken han hävdar "... really exists in the juristic consciousness".[39] Grundnormen kunde således både appliceras inomstatligt och mellan stater. Vad gäller den nationella rättens inverkan menade Kelsen att grundnormen innefattades i regeln att konstitutionen eller stadgefäderna till den först avfattade konstitutionen borde åtlydas.[40] På den retoriskt ställda frågan varför den första konstitutionen borde åtlydas svarar Kelsen helt frankt "[t]he answer might be that the fathers of the first constitution were empowered by God".[41]

När det gäller den internationella rätten återspeglas grundnormens bindande kraft bäst i det att stater borde handla "as they have customarily behaved" dvs. att staterna skulle uppföra sig enligt hävdvunnen sedvana i enlighet med vad som är rimligt och skäligt.[42] Hart kritiserar Kelsens antagande i detta avseende och menar att det inte säger något annat än att de som accepterar vissa regler också måste beakta en regel eftersom den bör beaktas.

I själva verket säger Kelsens formel inget annat än att en rättsregel bör följas "vilket är en truism, eftersom i varje rättsregel implicit ligger att den skall följas".[43] Av samma uppfattning är Hart som säger "[t]his is a more useless reduplication of the fact that a set of rules are accepted by states as binding rules".[44]

34. Gihl, Huvuddragen av den allmänna folkrätten, Stockholm 1956, s. 10 ff. Se även Finch, Introduction to Legal Theory, London 1970, s. 75–98.

35. Gihl, Huvuddragen av den allmänna folkrätten, Stockholm 1956, s. 10.

36. Kelsen, General Theory of Law and State, translated by Anders Wedberg, Cambridge Mass., 1945, s. 113

37. A a s. 396.

38. A a s. 396.

39. A a s. 116.

40. A a s. 115–116, Se även Higgins, Problems and Process: International Law and How We Use It, Oxford 1994, s. 8.

41. Kelsen, General Theory of Law and State, translated by Anders Wedberg, Cambridge Mass., 1945, s. 116, se även Munzer, Legal Validity, The Hague, 1972, s. 45.

42. Kelsen, a a s. 115–116.

43. Gihl, Huvuddragen av den allmänna folkrätten, Stockholm 1956, s. 11.

44. Hart, The Concept of Law, Oxford 1961, s. 230.

Kelsen, likt många av hans företrädare (Anzilotti, Cavaglieri, Strupp m.fl.), hävdade till att börja med att grundnormens fundament återfanns i satsen *pacta sund servanda*. Kelsen övergav dock sedermera denna tanke och fastnade i stället för en formel som tar sikte på sedvanan som det faktum som gav upphov till de folkrättsliga reglerna.[45] Den fundamentala normens konkreta karaktär förefaller vara svår att fastställa. Detta hör enligt Kelsen inte heller till rättsvetenskapens huvudbry. Svaret på denna fråga och om den fundamentala normen är korrekt, dvs. bra eller dålig, är snarare en fråga om politik, etik och religion. Frågan om vad grundnormen egentligen är flyttas rätt och slätt över till andra intilliggande discipliner. Som en följd av detta kunde Kelsens rena rättslära föreställa sig flera möjliga förklaringar till grundnormens funktion. Wienskolans rättspositivistiska inställning kan därmed sägas förhålla sig likgiltig eller snarare neutral till grundnormens innehåll. Detta synsätt accepterades så länge det fanns en grundnorm som konstituerade hela rättssystemets uppbyggnad.

Den bakomliggande tanken med Kelsens rättspositivistiska ideologi är att den utvecklas som en reaktion mot den naturrättsliga uppfattningen.[46] Trots detta förefaller hela idén om den rena rättsläran och om grundnormens teoretiska existens vara nära knuten till fiktionens värld eller snarare vara en förklädd naturrättslig tanke som klätts med en positivistisk slöja.[47] Syftet med den rena rättsläran är att försöka ge juridiken en vetenskaplig skepnad och från denna skilja allt det som inte tillhör det föremål som exakt skall bestämmas som rätt. Trots att Kelsen tar avstånd från de naturrättsliga tankegångarna lyckas han ändå inte komma ifrån ett naturrättsligt resonemang. Detta förefaller vara Kelsens dilemma. Han har bland annat uttalat att grundnormen är "vorausgesezt" dvs. antagen, förutbestämd. Han skriver att grundnormen "is not created in a legal procedure by a law-creating organ. It is not – as a positive legal norm is – valid because it is created in a certain way by a legal act, but it is valid because it is presupposed to be valid; and it is presupposed to be valid because without this presupposition no human act could be interpreted as a legal, especially as a norm-creating act".[48]

45. Kelsen, General Theory of Law and State, translated by Anders Wedberg, Cambridge Mass., s. 328 ff., 369, se även Gihl, Huvuddragen av den allmänna folkrätten, Stockholm 1956, s. 11.

46. Friedmann, The Changing Structure of International Law, fourt edition, London, 1964, s. 76.

47. Finch, Introduction to legal theory, London 1970, s. 86–87.

48. Kelsen, General Theory of Law and State, translated by Anders Wedberg, Cambridge Mass., s. 116, se även Munzer, Legal Validity, The Hague, 1972, s. 45 ff.

Tanken om grundnormens existens förefaller alltså ha en rent hypotetisk karaktär och således sakna verklighetsanpassning. Detta bekräftas också av Kelsens uppfattning när grundnormen beskrivs "as a constitution in the transcedental-logical sense. The latter is the constitution posited by human acts of will, the validity of which is based on the assumed (*vorausgesezte*) basic norm".[49] Folkrättens karaktär som en reell rättsordning förblir med Kelsens teori inget annat än hypotetisk. En följeslagare till Kelsen, Lauterpacht, ställer också frågan om inte Kelsens normhierarki vilar på naturrättslig grund även om Kelsen själv, med eftertryck, kritiserat detta synsätt.[50]

2.4 Den sociologiska inriktningen

På samma sätt som rättspositivismen uppstod som en reaktion mot den naturrättsliga uppfattningen kännetecknas den rättssociologiska skolan av att den uppstår som ett komplement till positivismens statsviljeinriktade position. På samma sätt som rättspositivismen tog avstånd från mysticism och den ödestyrda naturrättsliga uppfattningen tar den rättssociologiska skolan avstånd från den rättspositivistiska skolans aviga inställning till den sociala verklighetens inverkan på rättsordningen. Den traditionella positivismen utvecklades mot en sociologiskt inriktad rättspositivism som inte låter sig låsas av förutbestämda kriterier utan förklarar rättsordningen som framvuxen ur den sociologiska verkligheten.

Den sociologiska skolan fokuserar just på den länk som finns mellan rätten och samhället och som enligt denna skolbildning utgör den verkliga sfär inom vilken rätten verkar. En mer exakt definition av den sociologiska skolans syfte och mening förefaller vara svår att göra. Det finns en lång rad inriktningar i doktrinen med olika uppfattningar om rätten som påstår sig anamma den sociologiska uppfattningen. Pound beskrev den sociologiska skolans gemensamma nämnare i något slags heltäckande ansats vars syfte var att "look more for the working of law than for its abstract content".[51] Mer än en ren indikation på en definition avseende den sociologiska inriktningen av rätten får man inte. Samtida rättssociologer förefaller därför vara mer ägnade åt att kartlägga och begränsa arbetsområden som måste

49. Citatet är hämtat från Friedmann, Legal Theory, London, 1967, s. 277, se även Finch avseende Kelsens bruk av begreppet konstitution s. 89 ff.

50. Lauterpacht, International Law; Collected Papers, Vol. I, The General Works, edited by E. Lauterpacht, Cambridge, 1970, s. 54–55.

51. Pound, The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence, 25 Harvard LR 1911, s. 489.

täckas in av rättssociologin än att försöka definiera dess innehåll. Av den anledningen är det inte heller förvånande att det inte har gått att komma fram till någon mer enhetlig lösning. I viss utsträckning kan detta också bero på att denna nya skola är relativt ung. Den tog sin början i slutet av 1800-talet och början av förra århundradet.

Inom doktrinen riktas viss kritik mot att rättssociologin ännu inte är någon fullödig vetenskap utan att det snarare är fråga om en rättssociologisk modeinriktning eller kommunikationsstil. New Haven-skolan tillhör denna kritikergrupp som bl.a. hävdar att:

> [t]he general conceptions and operational techniques of the contemporary sociologist have not as yet been applied with any degree of rigor by any 'sociological' jurist.[52]

Hur det än må vara med detta påstående och om rättssociologins existens och dess plats i rättsutvecklingen förefaller allt fler jurister närma sig de juridiska problemställningarna på ett sätt som skiljer sig från tidigare i doktrinen kända angreppssätt och metodval och som därför berättigar en insortering under benämningen rättssociologi. Durkheims,[53] Max Webers[54] och Eugen Ehrlichs[55] läror anses utgöra grogrunden för denna nya inriktning inom rättsutvecklingen. Domaren Huber har spelat en avgörande roll för folkrätten. Han konstaterade i början av 1900-talet att av alla rättsordningar var den internationella rätten närmast knuten till det som bildar underlaget för den samhälleliga strukturen. Den saknar nämligen mekanismer med dömande och verkställande myndigheter som oavhängigt kan verkställa beslut oavsett samtycke från dess rättssubjekt. Med andra ord konstruerades den internationella rätten i huvudsak för att framställa normer för staterna, som agerar både som rättssubjekt och adressater.[56]

Andra folkrättsjurister som t.ex. de Vissher[57] och Schwarzenberger[58] har också en stark sociologisk inriktning i sina folkrättsliga resonemang.

52. McDougal, (et al.), Theories about International Law: Prologue to a Configurative Jurisprudence, 8 VJIL 1967, s. 260.

53. Se Friedmanns hänvisning i Legal Theory, fifth edition, London 1967, s. 228–229, till Durkheims, De la Division du Travail Social, third edition, 1891.

54. Friedmann, Legal Theory, fifth edition, London 1967, s. 245–247.

55. "The centre of gravity of legal development lies not in legislation nor in juristic science, nor in judicial decisions, but in society itself". Citatet hämtat från Friedmann, Legal Theory, fifth edition, London, 1967, s. 248. "The Point that Ehrlich was seeking to make was that the "living law" of society has to be sought outside the confines of formal legal material, in other words, in society itself, i Dias, Jurisprudence, fourth edition, London, 1976, s. 588–594, se även Cotterrell, The Sociology of Law, second edition, London, 1992, s. 119 och 205.

56. Akehurst, Modern Introduction to International Law, seventh edition, (Malanczuk, ed.), London 1997, s. 35.

57. de Visscher, Theory and Reality in Public International Law, revised edition, translated by Corbett, Princeton 1968.

58. Schwarzenberger, The Frontiers of International Law, London 1962.

Den s.k. europeiska grenen av den rättssociologiska skolans inriktning förefaller mindre drivande i sin tes än dess förespråkare i USA. I USA har den sociologiska inriktningen till övervägande del dominerat det moderna rättsliga tänkandet genom att främst få draghjälp av den s.k. *amerikanska rättsrealismen*. Denna skola har inte bara påverkat det amerikanska rättssystemet utan även folkrätten. Professor McWhinney har noterat att:

> [t]he emphasis on Law-as-Fact approach with corresponding de-emphasis of juridical formalism and of the quest for an a priori category of legal sources into which a claimed legal rule can, somehow or other, be conigned, is part of the new Legal Realist conception of the international law-making process.[59]

New Haven-skolans s.k. *policy-orienterade* inriktning, med dess främste företrädare professor Myres McDougal vid Yale Universitetet i New Haven, Connecticut, har fått en stark ställning inom folkrätten. Detta kan sägas bero på dess sociologiska orientering och synes vara en biprodukt av den amerikanska rättsrealismens läror. Under 1950- och 1960-talet sågs New Haven-skolans bidrag till doktrinen som ett revolutionerande tillskott.[60] Precis som den amerikanska rättsrealismen sorterar in under den sociologiska sfären av rättsordningen bär den policy-orienterade inriktningen på starka sociologiska drag som låtit sig influeras av Pound.[61] Denne strävade i sitt juridiska tänkande efter att förena kravet på stabilitet med kravet på utveckling.[62] Företrädarna för den policy-orienterade inriktningen är välvilligt inställda till den sociologiska inriktningen. Ibland verkar de inte ens ha några invändningar mot att bli betraktade som en del av rättssociologin under förutsättning att vissa brister i den sociologiska inriktningen tonas ner. McDougal, och medarbetarna Lasswell och Reisman som gemensamt vidareutvecklat New Haven-skolan, ger en sammanfattande bedömning av den sociologiska inriktningen på följande sätt:

> The division and sovereigntization of the many foci within the social sciences have encouraged specialization; however a comulative cost of specialization is an aggregate of disjointed perspectives upon social process. We shall suggest that the optimum approach, and the probable trend of future development, is an inclusive social scientific approach, that incorporates the several foci of specialization upon the environmental habit, and variable psycho-cultural characteristics of man. The challenge to sociological jurisprudence then, is to become genuinly 'sociological' by pro-

59. McWhinny, The World Court and the Contemporary International Law-Making Process, The Hague 1979, s. 3.

60. Byers, Custom, Power and the Power of Rules, Cambridge, 1999, s. 207.

61. McDougal är t.ex. inte främmande för att citera Pound. Se Theories about International Law: Prologue to a configurative Jurisprudence, 8 VJIL, 1967, s. 275.

62. Pound, An Introduction to the Philosophy of Law, New Haven 1954, s. 2 ff.

> viding a comprehensive map and reportory of techniques for the continuing study of authoritative decision.[63]

Med tanke på att New Haven-skolans rättsvetenskapliga inriktning haft en nära anknytning till socialvetenskapen och att New Haven-skolan även haft ett stort inflytande på folkrätten kan det vara befogat att närmare studera den s.k. policy-inriktade skolan. Den policy-inriktade doktrinen är helomfattande. Den försöker inte begränsa sitt efterforskande till regler, som framstår som effektivt efterlevda, utan dess företrädare försöker formulera premisser som kan uppnå effektivitet genom att framstå som "rimliga" eller "värdiga". Dessa premisser relateras till statssamfundets behov av fred och av ett minimum av "world public order" och gentemot den enskilda nationens behov av bevarad frihet och självstyre. Man kan säga att en tyngdpunktsförskjutning gjorts som tar oss från "rules or norms" till "policies and goals".[64]

För avhandlingens del är främst två av skolans karakteristika av intresse. Det första är att skolan introducerar en socialvetenskaplig metod som kan framkalla sociala förändringar. Den policy-inriktade skolan använder sig av rätten endast som ett medel för att uppnå ett mål eller som ett instrument för att utveckla samhället i en förutbestämd riktning. Rätten används på ett ändamålsenligt sätt. I ett centralt arbete, presenterat av skolans nestor McDougal, beskrivs rättsvetenskapsmannens främsta utmaning/uppgift på följande sätt:

> In this perilous epoch of threatened catastrophe legal scholars have an opportunity of unparallelled urgency to assist in performing at least two indispensible functions: the functions of providing intelligence and of making recommendations to all who have the will and capability of decision. As old orders crumble and dissolve under the ever-accelerating impact of scientific, technological, and other changes, the future becomes increasingly plastic in our hands, holding out the possibility of molding a world order nearer to the aspirations of human dignity, or of losing out to the most ruthless and comprehensive tyranny that man has ever known.[65]

Enligt McDougal och hans följeslagare leder denna rekommendation till att utforma en universell ordning av mänsklig värdighet. Detta sägs vara skolans övergripande målsättning.[66] Med tanke på den höga ambitionsnivån och det allmänt formulerade tillvägagångssättet är det svårt att se att

63. McDougal (et al.), Theories About International Law: Prologue to a Configurative Jurisprudence, 8 VJIL 1967, s. 275.

64. Falk, The Status of Law in International Society, Princeton 1970, s. 44, av samme författare även New Approaches to the Study of International Law, 61 AJIL 1967, s. 447–495, se även Bring & Mahmoudi, Sverige och folkrätten, Stockholm, 1998, s. 31.

65. McDougal and Associates, Studies in World Public Order, New Haven 1960, s. 39.

66. A a s. 39.

någon överhuvudtaget skulle kunna invända mot New Haven-skolans övergripande målsättning. Bilden förändras däremot när andra – mindre betydelsefulla – värden introduceras i denna modell och när metoden för undersökningen skisseras.[67] Det förklaras inte hur de underordnade idealen passar in i folkrätten eller i vilken utsträckning de accepteras av staterna. Det förefaller emellertid som om de inte skulle vara generellt accepterade utan snarare godtyckligt accepterade av McDougal och hans team. Uppräkningen av dessa värden görs inte i form av en redogörelse för vad som inbegrips i folkrätten. Det handlar snarare om vad som egentligen borde ingå i den. Frågan om vad som *är* folkrätt och vad som *bör* ingå i folkrätten är ett av problemen med New Haven-skolans framställning eftersom begreppen inte klart och tydligt hålls isär.

Detta framgår inte minst då en av skolans anhängare professor Moore i en artikel i *the American Journal of International Law* argumenterar för lagligheten i USA:s engagemang i Vietnamkriget. Lagligheten i att bistå någondera sida i Vietnam, norr eller syd, hävdar Moore:

> must be determined in reference to genuine self-determination and the requirement of minimum public order, not in blind reliance on black-letter rules as to which side, if any can be aided in a civil war and sometimes suggesting an Alice-in-Wonderland search for neutral principles.[68]

Härav framgår hur enkelt det är för en anhängare av den policy-orienterade inriktningen att utan omsvep, öppet och klart föra ett subjektivt värderat resonemang för att frångå stelbenta bokstavstolkningar eller ett formalistiskt resonemang. Detta visar också att denna orientering inte endast passar i akademisk argumentation utan att den även passar väl för beslutsfattare och för stater som kan tänkas motivera ett handlande genom ett liknande resonemang. Dessa tankar om vilken roll och funktion den internationella rätten skall ha vidareutvecklades av McDougal och Feliciano. Enligt deras uppfattning bör folkrättens regler ses ur ett helhetsperspektiv:

> not mechanically to dictate specific decisions but to guide the attention of decision-makers to significant variable factors in typical recurring contexts of decision to serve as summary indices to relevant crystalized community expectations and, hence, to permit creative and adaptive, instead of arbitraty and irrational decisions.[69]

67. A a s. 32–36, dessa värden är ... "security; wealth-economic growth and trade; respect-the articulation and implementation of human rights, enlightment and top skills, well-being, rectitude, affection (including loyalities)".

68. Moore, The Lawfullness of Military Assistance to the Republic of Vietnam, 61 AJIL 1967, s. 1–34.

69. Se McDougal och Feliciano, Law and Minimum World Public Order: The Legal Regulations of International Coercion, New Haven 1961, s. 57.

Det andra karakteristiska draget hos New Haven-skolan kan sägas vara nedtoningen av den internationella rättens normativa, statsviljeinriktade verkan till förmån för en fokusering på målsättningar och en *process-orienterad* inriktning på rätten. Det är av intresse då den berör folkrättens källor och detta förklaras bäst av McDougal.

Genom att diskutera folkrättens inflytande på nationell rätt framhäver McDougal en föreställning om att den internationella rätten på basis av "the world social process" och ur ett perspektiv baserat på mänsklig värdighet "human dignity" inhämtar upplysningar om kontroll och auktoritet. McDougal skriver:

> The recommendation we make, from perspektives of human dignity and for efficiency of inquiry into varying patterns of authority and control is, accordingly, that international law be regarded not as mere rules but as a whole *process* [min kursiv.] of authoritative decisisions in the world arena, a process in which authority and control are appropriately conjoined and which includes, along with an inherited body of flexible prescriptions explicitly related to community policies, both a structure of established decision-makers and a whole arsenal of methods and techniques by which policy is projected and implemented.[70]

Budskapet som den policy-orienterade skolan kommer med kritiseras naturligtvis ofta för just sin löslighet i rättsbildningen och för att den i sin tur kan ge upphov till subjektiva tolkningar som framför allt kan utnyttjas av statsmakterna. Den policy-orienterade skolan fokuserar ofta på en lång rad detaljerade aspekter på nästan hela den internationella rätten som för övrigt ses som en rörelsebetingad global, dynamisk och social process. I enlighet med New Haven-skolans doktrin är det inte heller förvånande att man inom denna begreppsram inte heller tillhandahåller en eller flera "källor" i meningen regler eller som en konstruktion för att kunna fastställa gällande rätt. För att kunna identifiera och jämföra rättens roll i en maktprocess är det enligt McDougal användbart att urskilja mellan sju faser av beslutsfattande och verkställighet.[71] Detta gör att man egentligen inte har så stor nytta av den policy-orienterade skolan när det gäller att fastställa vad gällande rätt är och vad rättens exakta innehåll består av. Koskenniemi kritiserar i allmänna ordalag New Haven-skolan för att rätten blir "vid i sitt tillämpningsområde men svag i normativ kraft".[72]

70. McDougal (et al.), Studies in World Public Order, New Haven 1987, s. 170.

71. De sju faserna är: "Prescription, recommendation, intelligence, invocation, application, appraisal och termination". McDougal and Associates, New Haven, 1960, s. 14, se även McDougal and Feliciano, Law and Minimum World Public Order, New Haven 1961, s. 362–367.

72. Citatet hämtat från Bring & Mahmoudi, Sverige och folkrätten, Stockholm 1998, s. 32. Se även Koskenniemi, From Apology to Utopia, The Structure of International Legal Argument, Helsingfors 1989, s. 170–78.

McDougal betraktar den internationella sedvanerätten som ett resultat av ett samspel mellan beslutsfattare, då de är i färd med att hävda och fastställa yrkanden i ett försök att skapa lagar som främjar något slags gemensamt intresse.[73] Viktigast av allt är kanske att McDougal medger att den internationella sedvanerätten är ett resultat av en process, och att denna process är en slags dialog mellan stater baserad på uttryckliga eller underförstådda påståenden "claims" och gensvar "responses". McDougal skrev 1955 följande rader om den internationella havsrätten:

> a process of continuous interaction, of continuous demand and response, in which the decisionmakers of particular nation states unilaterally put forward claims of the most diverse and conflicting character to the use of the world's seas, and which other decision-makers, external to the demanding state and including both national and international officials, weight and appraise these competing claims in terms of the interests of the world community and of the rival claimants, and ultimately accept or reject them.[74]

Kritiken som riktas mot McDougal och hans policy-orienterade skola har bl.a. på ett träffsäkert sätt beskrivits med hjälp av Herakleitos aforism som "ta panta-rhei"-liknande.[75] Elak kritik har riktats av Fitzmaurice, som skriver att New Haven-skolan använder sig av "highly esoteric private language, – we do not say jargon, but a kind of juridical code which renders large tracts of it virtually incomprehensible to the uninitiated ..." och att läsaren "... will frequently be left with a feeling of honest doubt as to wether he has really – or fully – grasped the intended significance of what he has been reading".[76]

Avslutningsvis kan nämnas att trots all kritik har New Haven-skolans aktualitet inte sinat. Vid International Law Associations möte i London 2000 antogs en deklaration med de principer som anses gälla för den internationella sedvanerättens uppkomst. I den första principen refereras det till "a legitimate expectation" vilket implicit är en bekräftelse på att det är New Haven-skolan som åsyftas.[77]

73. Byers, Custom, Power and the Power of Rules, Cambridge 1999, s. 208.

74. McDougal, The Hydrogen Bomb Test and the International Law of the Sea, 49 AJIL, 1955, s. 356–357. Citatet återfinns också i Byers, Custom, Power and the Power of Rules, Cambridge 1999, s. 208.

75. Se Schweitzer, Synopsis des Völkerrechtlehrs, i Simma och Blenk-Knocke (eds.), Zwischen Intervention und Zusammenarbeit, Berlin 1979, s. 509.

76. Fitzmaurice, *Vae Victis* or Woe to Negotiators!, 65, AJIL 1971, s. 360. Artikeln är en anmälan över McDougals, Lasswells och Millers, The Interpretation of Agreements and World Public Order. Principles of Content and Procedure, New Haven 1967.

77. ILA London Conference, 2000, Final Report of the Committee on the Formation of Customary General International Law, s. 719.

2.5 Positivismens medelväg

Ingen av de hittills presenterade skolorna kan på egen hand sägas ha patent på hur den internationella rättens beståndsdelar, antingen i form av regler eller som process, påverkar den folkrättsliga utvecklingen och dess källor. Författare i doktrinen har därför försökt hitta en medelväg för att föra samman den regelorienterade och den processinriktade doktrinen. Korsningen av dessa två inriktningar har i doktrinen benämnts vid olika namn som "reconciliation", "synthesis" och "middle view".[78] van Hoof som influerats av Hart talar om "a kind of middle-of-the-road-position somewhere halfway between the certainity and clarity of traditional Positivism and the extreme flexibility which characterizes the Policy Oriented school of sociological jurisprudence".[79] Han benämner resultatet som "the middle of the path of Structural Positivism". Van Hoof laborerar med den modell som framtagits av den engelske rättsteoretikern Hart vars bok *The Concept of Law* (1961) tar upp problemet med folkrättens källor. I nästa avsnitt studeras Harts modell[80] som bygger på en distinktion och förening mellan primära och sekundära regler vilka utgör stommen i ett rättssystem. D'Amato har givit modellen benämningen "New Positivism".

2.6 Harts sekundära rättsregler?

Föreningen mellan primära och sekundära rättsregler utgör alltså, enligt Hart, grogrunden för ett rättssystem som han kallar för "legal system". Begreppet "legal system" återfinns på flera olika ställen i *The Concept of Law* vars kapitel VI rubriceras: "The foundation of a legal system". Det framgår dock inte någonstans i detta verk hur begreppet skall definieras. Vad Hart egentligen menar med rättssystem förblir därför oklart. Det går emellertid att sluta sig till att han anser att ett rättssystem utgår från en kombination av primära och sekundära rättsregler. Definitionen av begreppet "legal system" kan därför implicit härledas genom att studera övergången från en primitiv rättsordning till en mer sofistikerad rättslig ordning. En primitiv samhällsordning sägs endast bestå av primära rättsregler. *Primära regler* är förhållningsregler som talar om för samhällsmedborgarna vad de får och inte får göra: Du skall inte döda, du skall inte stjäla, du får inte slå någon och gå mot röd gubbe etc. De kallas också för *materiella regler*. Alla, eller åtminstone det stora flertalet av befolkningen,

78. Higgins, Problem and Process, Oxford 1994, s. 8.
79. van Hoof, Rethinking the Sources of International Law, Deventer 1983, s. 45–55.
80. A a s. 46, van Hoof föredrar begreppet Structural Positivism framför New Positivism.

accepterar de primära reglerna. *Sekundära regler* är däremot annorlunda. De är av processuell natur och talar om tillvägagångssättet för hur en primär regel kan ändras, instiftas och erkännas som en giltig regel.[81]

Primära regler i ett primitivt rättssystem får enligt Hart sin rättsliga legitimitet helt enkelt därför att de accepteras som sådana. Men bilden av en enkel social struktur grumlas enligt Hart av några defekter där den första och allvarligaste bristen är den som han kallar för "the uncertainty" – en osäkerhetsfaktor som underminerar de primära rättsreglernas innebörd. Denna osäkerhetsfaktor kännetecknas av att om en primär rättsregel ifrågasätts så finns det inga procedurer som legitimerar regelns existens.[82] Två nära knutna defekter är de primära rättsreglernas *statiska karaktär* samt den *ineffektivitet* som kännetecknas av det diffusa sociala tryck genom vilka dessa regler bevaras.

Den *statiska karaktären* utmärks av att en primär rättsregel endast kan ändras genom en trög tillväxtprocess. Denna kännetecknas av ett handlingsmönster som i begynnelsen är valfritt, sedan blir invant och slutligen obligatoriskt. Omvänt gäller att när ett handlingsmönster faller sönder tas den begynnande avvikelsen först på yttersta allvar, sedan tolereras den och slutligen passerar den obemärkt förbi.[83]

Den enkla sociala strukturen kännetecknas även av den *ineffektivitet* det diffusa sociala trycket genom vilket dessa primära rättsregler bevaras. Frågan om en antagen regel kränkts eller inte kommer alltid att diskuteras om det inte finns en myndighet vars uppdrag är att slutgiltigt och auktoritativt fatta beslut om det.[84] Dessa defekter hämmar rättens funktion i en primitiv rättsordning, men biläggs i en fullödig rättsordning genom de sekundära reglernas inverkan.

Osäkerhetsfaktorn biläggs med hjälp av viktiga sekundära regler som i Harts teori kallas för "rule of recognition" – igenkänningsregel.[85] De utgör en slags högsta juridiska hanteringsregler, som fastslår vad som är accepterade rättskällor och hur man med ledning av dessa kan bestämma övriga normers giltighet.[86] Syftet med en igenkänningsregel är att den "will specify some feature or features posession of which by a suggested rule is taken

81. Hart, The Concept of Law, Oxford 1961, s. 92.
82. A a s. 90.
83. A a s. 90.
84. A a s. 91.
85. Simmonds, Juridiska principfrågor, Stockholm, 1994, övers. av Lindahl, s. 88.
86. Hart, The Concept of Law, Oxford 1961, s. 92; Strömholm skriver att giltighetsproblemet löses " ... genom att systemet innefattar en "rule of recognition" dvs. en (sedvanerättslig, icke lagfäst) regel, som fastslår *vad* som är accepterade rättskällor i det ifrågavarande systemet och *hur* man med hjälp av dessa fastställer andra, sekundära och primära reglers giltighet". Strömholm, Rätt, Rättskällor och Rättstillämpning, tredje uppl., Stockholm 1988, s. 125.

as a conclusive affirmative indication that it is a rule of the group to be supported by the social pressure it exerts".[87] Med andra ord tillhandahåller en igenkänningsregel ett test som avgör huruvida en regel är en rättsregel eller inte. Detta görs genom att föreskriva en procedur som skapar eller antager rättsliga normer. Om en norm tillkommit i enlighet med en fastställd igenkänningsregel är det fråga om en bindande rättslig regel som återfinns i en sofistikerad juridisk struktur.

En igenkänningsregel kan anta olika former och kan antingen vara enkel eller komplicerad i sin sammansättning beroende på hur den aktuella samhällsstrukturen ser ut. Regelns form är dock inte avgörande. Den kan "as in the early law of many societies, be no more than that an authoritative list or text of the rules is to be found in a written document or carved on some public monument".[88] Övergången från en "förjuridisk" till en juridisk struktur kan genomföras i distinkta faser av vilken den första är att överföra de oskrivna reglerna till skriftlig form. Detta är i och för sig inte något avgörande steg men ett mycket viktigt steg, enligt Hart. Vad som däremot är avgörande, hävdar Hart, är att "the acknowledgement of reference to the writing or inscription as *authoritative*, i.e. as the *proper* way of disposing of doubts as to the existence of the rule".[89] I de fall det finns en sådan bekräftelse, finns även en mycket enkel form av sekundär rättsregel vilken är den avgörande identifieringen av den primära rättsregelns giltighet.

En igenkänningsregel behöver inte bestå av endast en regel utan kan rent av vara uppbyggd i en pyramidlik struktur bestående av flera igenkänningsregler i hierarkisk ordning. Ett sofistikerat juridiskt system består av en rad olika kriterier som ska identifiera gällande rätt och för det mesta ingår följande: "a written constitution, enactment by the legislature, and judicial precedents. In most cases, provisions is made for possible conflict by ranking these criteria in an order of relative subordination and primacy".[90] Många igenkänningsregler är dessutom inte synliga i den alldagliga användningen av det juridiska systemet. För det mesta är igenkänningsregler inte uttryckligen uttalade utan helt enkelt tagna för givet. Deras existens är dold eller i alla fall inbegripen på ett sätt där igenkänningsreglerna mekaniskt/automatiskt identifieras/utlöses i ett givet rättsligt system. Det är bara i exceptionella fall som man uttryckligen refererar till dem.[91]

87. Hart, The Concept of Law, Oxford 1961, s. 92.
88. A a s. 92.
89. A a s. 92.
90. A a s. 98.
91. A a s. 98–99.

Sekundärrättens igenkänningsregel är för Hart en grundläggande regel. Den är grundläggande så till vida att den föreskriver giltighetskriterier för alla övriga regler i systemet som fastställer rättigheter och skyldigheter. I denna modell finns det dock inte någon regel som fastställer den grundläggande igenkänningsregelns giltighet eftersom en sådan regel skulle framkalla samma fråga om grundval eller "källa" varur regeln hämtar sin bindande kraft. Harts teori formuleras således inte mot bakgrund av någon antagen tes om någon "ur-igenkänningsregels" bindande kraft som Kelsen gör med "urnormen" – "the hypothetical norm", "basic norm"[92] utan en igenkänningsregels bindande kraft bekräftas rätt och slätt genom att den i praktiken accepteras som sådan. Hart skriver:

> In this respect, however, as in others a rule of recognition is unlike other rules of the system. The assertion that it exists can only be an external statement of fact. For whereas a subordinate rule of a system may be valid and in that sence 'exist' even if it is generally disregarded, the rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact.[93]

Således riktar Hart nykter kritik mot Kelsens formel i vilket han framhäver sedvanans roll för uppkomsten av de folkrättsliga reglerna i raderna "[t]he States ought to behave as they have customarily behaved". Hart säger "[f]or it says nothing more than that those who accept certain rules must also observe a rule that the rules ought to be obeserved. This is a mere useless reduplication of the fact that a set of rules are accepted by states as binding rules".[94]

Både Harts primära rättsregel och den sekundära igenkänningsregelns bindande kraft finner sin giltighet genom att de i praktiken accepteras. Det avgörande kriteriet för att frambringa bindande verkan återfinns alltså i det ifrågavarande samhällets handlingsmönster.

Hart tillägnar ett helt – sista – kapitel i *The Concept of Law* åt den internationella rätten. Kapitlets underrubrik är "sources of doubt" och till skillnad från bokens övriga delar, som analyserar inomstatliga förhållanden, försöker Hart här ge svar på frågan om den internationella rättsordningen kan anses ha en sekundär igenkänningsregel – "rule of recognition". Hart förnekar inte den internationella rättens bindande verkan men han förnekar att dess bindande kraft skulle få sin giltighet av en stipulerad igenkänningsregel. Hart ställer sig tveksam till huruvida den internationella rätten har någon igenkänningsregel över huvud taget. Dess bindande

92. A a s. 228.
93. A a s. 230.
94. A a s. 107.

verkan uppstår, menar Hart, helt enkelt för att "they are accepted and function as such".[95] Hur han kommer fram till detta är svårt att förstå. Hart baserar genomgående sin tes på en jämförelse mellan en inomstatlig och internationell rättsordning där han noterar att:

> international law not only lacks the secondary rules of change and adjudication which provide for legislature and courts, but also a unifying rule of recognition specifying 'sources' of law and providing general criteria for the identification of its rule.[96]

Han tillägger vidare att den internationella rätten som sorterar in under den primitiva rättsordningens struktur, inte har det som den inomstatliga rättens struktur har; "namely a way of demonstrating the validity of individual rules by reference to some ultimate rule of the system".[97] Sedan gör Hart en överraskande helomvändning som förblir svårbegriplig. I stället för att svara på frågan huruvida den internationella rätten besitter någon igenkänningsregel säger han:

> it is therefore a mistake to suppose that a basic rule or rule of recognition is a generally necessary condition of the existence of rules of obligation or 'binding rules'.[98]

Han tillägger sedan i samma stycke att en igenkänningsregel är en lyx som återfinns i en sofistikerad rättsordning men inte i en primitiv rättsordning. Syftet med en igenkänningsregel är att den ska skingra osäkerheten kring de primära rättsreglernas bindande karaktär. Hart försöker inte fastställa förekomsten av en igenkänningsregel utan leder istället in på ett resonemang angående folkrättens "sources of doubt" vilka enligt honom är två; avsaknaden av sanktioner och statssuveränitetens/suveränitetsbegreppets absoluta karaktär. Van Hoof tycker, och det är lätt att hålla med honom, att Harts överraskande behandling av folkrätten är anmärkningsvärd.[99] Det är genomgående svårt att föreställa sig vad Hart egentligen försöker komma fram till i sin kritiska syn på folkrätten som av och till gestaltas med det sofistikerade systemets egenskaper. Konkret säger Hart å ena sidan att den folkrättsliga bundenheten uppstår för att regler accepteras och fungerar som sådana. Å andra sidan avvisar Hart uppfattningen att den internationella rätten är ett system som dels grundas på staternas samtycke och dels på det grundläggande folkrättsliga axiomet *pacta sunt servanda*. Detta framgår av att när en ny stat träder in i det internationella statssamfundet anses den redan vara bunden av folkrätten och att axiomet *pacta*

95. A a s. 230.
96. A a s. 209.
97. A a s. 229.
98. A a s. 229.
99. van Hoof, Rethinking the Sources of International Law, Deventer 1983, s. 54.

sunt servanda sägs ha övergivits eftersom det inte är förenligt med det faktum att inte alla "obligations under international law arise from 'pacta', however widely that term is construed".[100] En majoritet av folkrättsförfattarna i doktrinen torde vara överens om att båda – dessa – påståenden är ohållbara.[101]

D'Amato som tillämpar Harts modell hävdar däremot att den internationella rätten har välutvecklade sekundära rättsregler.[102] Han menar att de folkrättsliga reglernas innehåll bygger på ett konsensusantagande som kommer från de olika ländernas regeringstjänstemän.[103] Han gör gällande att en internationell konsensus vad beträffar sekundära rättsregler går att återfinna i den argumentationsmetod som kännetecknar internationella "claim conflict situations".[104] Han drar sedan slutsatsen att den internationella rättens viktigaste sekundära rättsregel kanske är den som han kallar för "the secondary rule of custom". Andra sekundära regler återfinns enligt D'Amato i majoritetsantagna domslut från Internationella domstolen. Även allmänna rättsgrundsatser utgör universella internationella rättsregler.[105] En annan möjlighet är enligt D'Amato att genom de olika ländernas mest sakkunniga författares lärosatser fastställa den internationella rättens primära rättsregler. Han menar även att i vissa avseenden håller internationell praxis på att göra så att generalförsamlingens resolutioner kanske får ställning som sekundära regler.[106] D'Amatos tillämpning av Harts modell förblir emellertid ganska oklar.[107]

Walden använder sig också av Harts modell för att förklara att en sedvanerättslig teori bygger på ett antagande om att sekundära såväl som primära rättsregler finns med vid den sedvanerättsliga utformningen.[108] Walden förefaller emellertid understryka det som Hart kallar för "the internal aspect of the rules".[109]

Harts modell avseende föreningen av primära och sekundära rättsregler och dess liknelse mellan det primitiva och det sofistikerade rättssystemet har en hög abstraktionsnivå. Det gör att det är svårt att på ett klargörande sätt få en uppfattning om hur Hart ser på den internationella rätten. Hans

100. Hart, The Concept of Law, Oxford 1961, s. 221 och 228.
101. van Hoof, Rethinking the Sources of International, Deventer 1983, s. 54, not 176.
102. D'Amato, The Concept of Custom in International Law, Ithaca 1971, s. 41.
103. A a s. 33.
104. A a s. 42.
105. A a s. 43.
106. A a s. 44.
107. van Hoof, Rethinking the Sources of International Law, Deventer ,1983, s. 56, not 182.
108. Walden, Customary International Law: A Jurisprudential Analysis, 12 ILR 1977, s. 102.
109. A a s. 95. Se även van Hoof, Rethinking the Sources of International Law, Deventer 1983, s. 56, not 182.

avslutande rader i The Concept of Law kastar dock ett visst ljus över hans tveksamt inställda hållning till folkrätten. Avsaknaden av sekundära rättsregler förklaras kanske bäst när han säger att:

> Perhaps international law is at present in a stage of transition toward acceptance of this and other forms which would bring it nearer a structure to a municipal system. If, and when, this transition is completed the formal analogies, which at present seem thin and even delusive, would acquire substance, and the sceptic's last doubts about the legal 'quality' of international law may then be laid to rest.[110]

The Concept of Law skrevs 1961 och är lika aktuell nu som den var då men Harts modell avseende föreningen av primära och sekundära rättsregler har inte lämnats utan invändningar. New Haven-skolan med dess främsta företrädare, McDougal, Lasswell och Reisman m.fl. riktar en policy-inriktad kritik mot Harts modell som de anser är förenklad. Kritiken riktas främst mot hans "rule of recognition" – igenkänningsregel.

> Harts notion of authority, conceals the complexity of the concept and the multiplicity of its empirical manifestations under the disarmingly simple rubric of 'rules of recognition'. It should be clear that his rules of recognition, if given empirical reference, must extend to the entire constitutive process of authoritative decision in any community, and hence, that one barely begins to grasp the notion by reference only to rules.[111]

En av Harts främsta kritiker, den brittiske rättsteoretikern Dworkin, hävdar att Harts regel ifråga utesluter allmänna principer och maximer ur rättssystemet, trots att de bevisligen spelar en stor roll i rättstillämpningen. Orsaken till detta problem är uppenbarligen att dessa maximer inte kan legitimeras av någon grundregel utan endast med utgångspunkt i samhälleliga värderingar. Dworkin tillhör inte den policy-inriktade skolan och är inte heller positivist utan har snarare en idealistisk infallsvinkel på sin lära.

Den amerikanske professorn Nicholas Onuf vid the American University School of International Service försöker liksom van Hoof[112], D'Amato[113], Franck[114] och andra folkrättsförfattare, att finna en medelväg för att förlika den "regelorienterade" doktrinen med den "processinriktade". Onuf utvecklar en teori där han försöker föra samman den "regeloriente-

110. Hart, The Concept of Law, Oxford 1961, s. 231.

111. McDougal, (et al.), Studies in World Public Order, New Haven 1987, s. 192–193.

112. van Hoof, Rethinking the Sources of International Law, Deventer, 1983, s. 46–55. Se även Forsyths Review till Rethinking the Sources of International Law, Deventer 1983 i 34 ICLQ 1985, där han skriver: "His own approach is said to be Structural-Positivist, but is in fact highly doctrinaire".

113. D'Amato, the Neo-Positivist Concept of International Law, 59 AJIL 1965 s. 321–324.

114. Franck, Fairness in international law, Oxford 1997, s. 42–44; Franck förklarar att den avgörande sekundara rättsregeln som lagfäster traktater och sedvanerätt inte grundas på staternas "samtycke" utan att denna förpliktelse härrör från staternas medlemskap i ett samhälle som styrs av normer.

rade" doktrinen med New Haven-skolans doktrin. Han benämner teorin för "constructivism".[115]

Onuf försöker genom att applicera Harts koncept på vad han kallar för den internationella rättens konstitution[116] identifiera det Hart inte lyckas med, nämligen att inom folkrätten hitta sekundärrättens igenkänningsregel. Då Hart säger:

> it is indeed arguable ... that international law not only lacks the secondary rules of change and adjudication which provide for legislature and courts, but also a unifying rule of recognition specifying 'sources' of law and providing general criteria for the identification of its rules.[117]

hävdar Onuf, trots att det internationella samfundet inte har en konstitution i egentlig mening, att:

> one might see the rudiments of a material constitution in the most important of multilateral treaties, the Charter of the United Nations.[118]

FN-stadgans artikel 103 gör stadgan till den hierarkiskt högst rankade av alla multilaterala traktater genom att artikeln föreskriver att förpliktelserna enligt stadgan skall gälla i händelse av konflikt mellan medlemmarnas förpliktelse enligt stadgan och deras förpliktelser enligt någon annan internationell överenskommelse. FN-stadgans preambel utgör enligt Onuf möjligen en igenkänningsregel "recognizing the sovereignity of many people". FN-stadgans egalitetsprincip, artikel 2(1), tillsammans med den efterföljande grundsatsen om non-intervention i andra staters inre och yttre angelägenheter, artikel 2(7), är enligt Onuf ytterligare en igenkänningsregel.[119] Onuf menar att om stadgan innehåller "a material constitution" bör dessa bestämmelser återfinnas i stadgans kapitel I, artiklarna 1 och 2.[120] Han gör ett antagande att stadgans princip om icke-bruk av våld, artikel 2(4) är *jus cogens*, dvs. en tvingande allmän folkrättsnorm vilken godtagits av det internationella statssamfundet som helhet och som är erkänd som en norm från vilken ingen avvikelse är tillåten och vilken endast kan ändras genom en senare allmän folkrättsnorm av samma karaktär.[121] Om artikel 2(4), är en indispositiv folkrättsnorm, hävdar Onuf att "it is hard to see why all of Chapter 1 is not as well". Onuf hävdar vidare att "[t]he parallel between claims on behalf of *jus cogens* and Madison's claim that constitutional law

115. Fassbender, UN Security Council Reform and the Right of Veto, The Hague 1998, s. 59.
116. Onuf, hänvisar till FN-stadgan, "It is hardly novel to speak of constitution of international society" The Constitution of International Society, 5 EJIL, 1994 s. 1–19.
117. Hart, The Concept of Law, Oxford 1961, s. 209.
118. Onuf, The Constitution of International Society, 5 EJIL 1994, s. 1.
119. A a s. 16.
120. A a s. 16.
121. Se VCLT artikel 53.

is unalterable by law issued under the constitution further supports the view that Chapter 1 stand apart from the rest of the Charter – and the rest of international law".[122] Enligt Onuf materialiserades under 1900-talet Harts sekundära "rules of change" i form av den folkrättsliga rättskälleläran såsom den uppställts i artikel 38 i Internationella domstolens stadga. Denna utgör enligt Onuf en integrerad del av det internationella samfundets materiella konstitution.[123] Onuf framhåller att det är en öppen fråga huruvida artikel 38 i Internationella domstolens stadga "are subject to change through the several processes they specify for legal change in general".[124] Ett negativt svar på denna fråga skulle enligt Onuf; "suit the requirements of a model constitution and substatiate the claim that international society has a material constitution of its own".[125]

Bardo Fassbender riktar kritik mot Onuf. Trots uppfattningens originalitet menar Fassbender att det är svårt att få den att stämma överens med Harts koncept på vilket den grundas.[126] För det första skriver Fassbender att även om stadgans preambel möjligen skulle erkänna folkrättens oberoende som rättslig norm skulle det enligt Hart inte vara fråga om en sekundär igenkänningsregel utan snarare en "primär regel".[127] Det samma gäller enligt Fassbender FN-stadgans artikel 2(1) och 2(7) som är föremål för Onufs analys.

Artikel 38 i Internationella domstolens stadga innehåller inte heller några sekundära regler som indikerar tillvägagångssättet vid ändring av andra regler eftersom den inte talar om hur och av vem de primära reglerna skall ändras. Fassbender tillägger dessutom att det finns anledning att hävda att artikeln inte är en igenkänningsregel. Artikeln talar helt enkelt om vilka rättsregler domstolen skall tillämpa för att bilägga tvister och är inte en regel ur vilken de primära rättsreglernas bindande verkan härrör. Det är inte stadgans artikel 38 som lagfäster en särskilt överenskommen traktatsför-

122. Onuf, The Constitution of International Society, 5 EJIL 1994, s. 16–17. Se även Fogelklou i Principles of Rule of Law and Legal Development i Legal Assistance to Developing Countries: Swedish Perspectives on the Rule of Law, P., Sevastik (ed.), Stockholm/Boston, 1997, s. 57. Angående lagprövningsrätt; "When the United States Supreme Court in the *Marbury v. Madison* (1803) case established that constitutional norms took precedence over norms from other legislative acts, and that the Court had the task to protect the US Constitution, the Court established a legal innovation: it introduced constitutional review in order to ensure that the supremacy of the Constitution was protected".

123. Onuf, The Constitution of International Society, 5 EJIL 1994, s. 17.

124. A a s. 17.

125. A a s. 17.

126. Fassbender, UN Security Council Reform and the Right of Veto: A Constitutional Perspective, The Hague 1998, s. 60.

127. A a s. 60, se även hänvisningen som gors till Hart, The Concept of Law, Oxford 1961, s. 230–231.

pliktelse eller den folkrättsliga maximen *pacta sunt servanda,* vilken enligt Hart är en primär rättsregel.

Slutligen tillägger Fassbender att sekundära igenkänningsregler, "change and adjudication", inte gäller en "konstitution". "Professor Hart distinguishes the two notions, and generally referred to a written constitution in its entirety when he speaks of constitutional law".[128] Det är naturligtvis möjligt, hävdar Fassbender, att likställa de sekundära igenkänningsreglerna med konstitutionella regler och det är kanske det som Onuf gör när han kallar FN-stadgans första kapitel för det internationella samfundets materiella konstitution. Men Fassbender tillägger att en sådan övning inte tillför något mer än ett utbyte av ord.

Idén om att försöka införa ett konstitutionellt tänkande i den internationella rätten är inte på något sätt ny utan har alltsedan Verdross initiativ figurerat i den folkrättsliga doktrinen som en mer eller mindre, i mångas mening utopisk infallsvinkel. Även i rättskällehänseende tar folkrätten hjälp av den nationella rättens konstitutionella normhierarki för att förklara skillnaden mellan formella och materiella källor. Detta diskuteras mer ingående i de nästföljande avsnitten.

2.7 Folkrättens källor

För att bättre förstå den växelverkan och det förhållande som råder mellan den oskrivna sedvanerätten – *lex non scripta* – och den skrivna traktaträtten – *lex scripta* – krävs en genomgång av den internationella sedvanerätten. Till att börja med är det nödvändigt att förstå definitionen av rättskällebegreppen inom den folkrättsliga rättskälleläran. Det kan därför vara på sin plats att fortsätta studien med det som folkrättsjuristen i gemen hävdar nämligen att sedvanerätten utgör en av folkrättens "källor". Men vad inbegrips i begreppet folkrättens "källor" och hur definieras dessa folkrättsligt?

I det nationella rättssystemets *vertikala* struktur finns i regel en skriven författning eller konstitution. I detta fall är klassificeringen av rättskällorna inget större problem. Lagar, förordningar, rättspraxis m.m. som kan sägas lämna uppgift om gällande rätt räknas i regel hit.[129] Den internationella rättens *horisontella* struktur har däremot medfört att den folkrättsliga rättskälleidentifieringen inte varit lika självklar vid fastställandet av de företeelser eller fakta som ger upphov till gällande rätt.

128. A a s. 60, se även hanvisningen som görs till Hart, The Concept of Law, Oxford 1961, s. 67–68 och s. 70–71.

129. Se Strömholm, Rätt, Rattskallor och Rättstillämpning, tredje upplagan, Stockholm 1988, särskilt kap. 15 och Peczenik, Vad är Rätt?, Stockholm 1995, s. 204 ff.

2.7.1 Begreppet "källa"

Begreppet "källor" (eng. "sources of law", fra. "source de droit", och ty. "rechtsquellen") är inte något enhetligt folkrättsligt begrepp. Gihl har försökt beskriva begreppet folkrättens källor på följande sätt "äro för övrigt föremål för allehanda olika meningar, och diskussionen underlättas icke av att själva begreppet 'rättskälla' fattas i flera olika betydelser".[130] Innebörden av begreppet "källor" i den folkrättsliga doktrinen är därför skiftande och bl.a. förstås rättsreglernas ursprung, formerna för rättsbildning och orsakerna till rättsreglernas uppkomst.

Problemet med folkrättens källor och oklarheterna kring begreppets innebörd är inte på något vis nytt utan har snarare långt före Gihls tid givit upphov till kommentarer i den folkrättsliga doktrinen.

Pradier-Fodéré konstaterade för över ett sekel sedan t.ex. att folkrättsförfattare varken var överens om källornas klassificering eller om deras betydelse inom folkrätten och att folkrättsförfattarna inte heller föreföll ha en klar uppfattning av begreppets innebörd. I allmänhet blandas källornas innebörd ihop med folkrättens ursprung och ibland behandlas en källa som ett intellektuellt instrument för att förklara en regels uppkomst.[131]

Några år efter Pradier-Fodérés kritik framhöll de Louter vikten av att studera folkrättens källor och även han menade att det inte fanns något ställe inom folkrätten där förvirringen var större och således behovet av

130. Gihl, Huvuddragen av den allmänna folkrätten, Stockholm 1956, s. 22; Om folkrättens källor allmänt, se Oppenheims International Law, Longman, ninth edition 1992, vol I, s. 23 ff; Lawrence, The Principles of International Law, London 1925; Brierly, The Basis of Obligation in International Law, Oxford 1958; Brownlie, Principles of Public International Law, fifth edition, London 1998; Cheng, General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals, London 1953; D'Amato, The Concept of Custom in International Law, Ithaca 1971; Degan, Sources of International Law, The Hague 1997; Finch, The Sources of International Law, Carnegie Endowment for International Peace. Division of International Law Monograph Series 1, 1937; Lauterpacht, Private Law Sources and Analogies of International Law, London 1927; International Law: Being the Collected Papers of Herch Lauterpact (E. Lauterpacht ed.) Cambridge 1975, Parry, The Sources and Evidence of International Law, Manchester 1965; Sörensen, Les Sources du Droit International, Köpenhamn 1946; Thirlway, International Customary Law and Codification, London 1972; Tunkin, Theory of International Law (Translated by Butler), London 1974; Verzijl, International Law in Historical Perspective, Vol., I, Leyden 1968; Wolfke, Custom in Present International Law, second revised edition, Dordrecht 1964; Corbett, The Consent of States and the Sources of the Law of Nations, 6 BYIL, 1925; Tunkin, General Theory of Sources of International Law, 19 IJIL, 1979; Elias, Modern Sources of International Law, in Transnational Law in a Changing Society: Essays in Honor of Philip Jessup (Friedmann, Henkin & Lissitzyn eds.), New York 1972; Erickson, Soviet Theory of the Legal Nature of Customary International Law, 7 Case Western Reserve Journal of International Law, 1975; Fitzmaurice, The Foundation of the Authority of International Law and the Problem of Enforcement, 19 MLR, 1 1956; Koskenniemi, (ed.), Sources of International Law, Ashgate 2000.

131. Se Corbett, The Concent of States and the Sources of the Law of Nations, 6 BYBIL 1925, s. 20; se även Finsh, The Sources of Modern International Law, Carnegie Endowment for International Peace. Division of International Law Monograph Series 1, 1937, s. 1.

klarhet mer nödvändigt än här.[132] Corbett ansluter sig till de Louters kritik och indikerar 1925 hur det inom detta ämnesområde råder ett tumultartat ordkrig, ett skiftande bruk av termer och en total oenighet över innebörden av begreppen källa och bevis.[133] Corbett går så långt att han hävdar att källbegreppets historia är omgiven av en sådan förvirring att begreppet därför borde överges.[134] Trots denna kritik formulerar Corbett en tes som kretsar kring fyra principer och som Parry kallar för *gyllene regler*.[135]

Enligt Corbetts första princip bör man urskilja *orsaken* till den internationella rätten, dvs. staternas önskan att ha inbördes förbindelser, som deras sociala natur gör oumbärlig, reglerade så rationellt och enhetligt som möjligt. I den andra principen formuleras den internationella rättens *grundval* vilken utgörs av *staternas samtycke*. Begreppet *ursprung* som också kan kallas "källor" behandlas i den tredje principen vilken innefattar de uttalanden, beslut och handlingar varifrån reglerna härleds. I den fjärde och sista principen tas begreppet *bevis* eller *vittnesbörd* upp. Principen innehåller dokument och handlingar som bevisar staternas samtycke till de folkrättsliga reglerna. Dit hör traktater och statspraxis men även unilaterala deklarationer, instruktioner till diplomatiska sändebud, lagar och förordningar och i mindre utsträckning sakkunniga författares lärosatser. När det gäller sedvanerätten avslutar Corbett den fjärde principen med att säga "[c]ustom is merely that general practice which affords conclusive proof of a rule".[136]

Andra folkrättsförfattare är också kritiska till begreppet "källa". Kelsen drar liknande slutsatser av begreppet "källa" som de tidigare nämnda för-

132. A a s. 21 och Finch, The Sources of Modern International Law, s. 1–2.

133. Corbett, The Consent of States and the Sources of the Law of Nations, 6 BYBIL, 1925, s. 20 och s. 29–30, Corbetts principer sammanställs under fyra punkter: "1. The cause of international law is the desire of states to have the mutual relations which their social nature renders indispensible regulated with the greatest possible rationality and uniformity. 2. The basis of international law as a system and the rules of which it is composed is the consent of states. 3. The origins of the rules of international law, which may also be called 'the sources' of that law – though the word 'source' has such a history of confusion behind it that it might well be abandoned – are the opinions, decisions or acts constituting the starting-point from which their more or less gradual establishment can be traced. 4. The records or evidence of international law are the documents or acts proving the consent of states to its rules. Among such records or evidence, treaties and practice play an essential part, though recourse must also be had to unilateral declarations, instructions to diplomatic agents, law and ordinances and, in lesser degree, to the writings of authoritative jurists. Custom is merely that general practice which affords conclusive proof of a rule."

134. A a s. 30. Se även Briggs, The Law of Nations, andra upplagan, New York 1952, s. 44.

135. Parry, The Sources and Evidence, Manchester, 1965, s. 2.

136. Corbett, The Consent of States and the Sources of the Law of Nations, 6 BYBIL, 1925 s. 29–30; Ghil, Internationell Lagstiftning, Uppsala 1938, s. 5, not 1.

fattarna. Enligt honom är det ett symboliskt och ytterst mångtydigt begrepp som därför bör uteslutas helt ur den juridiska terminologin.[137]

Av samma uppfattning är Schwarzenberger som anser att det är tillrådligt mot bakgrund av begreppets mångtydighet att upphöra med bruket av termen.[138] Schwarzenberger talar istället på ett klargörande sätt om "law-creating processes" och "law-determining agencies". Sedvanerätten och traktaträtten sorteras enligt författaren in under den första kategorin. Under den andra sorterar rättsliga avgöranden och doktrin in såsom hjälpmedel för att fastställa gällande rätt.[139]

På grund av den förvirring som rått under så lång tid inom detta område har ingen enighet kring innebörden av begreppet "källor" uppnåtts. D'Amato som behandlar de folkrättsliga källorna sist i sin bok från 1971 *The Concept of Custom in International Law* skriver att källorna skapar mer problem än vad de möjligen kan lösa. Han avslutar med att säga att på grund av den förvirring som råder avseende hur begreppet "bevis/vittnesbörd" används tillsammans med begreppet "källa" är det "best relegated to the domain of counterproductive terminology".[140]

Maarten Bos tillhör också den krets jurister som kommenterat det vaga begreppet "källa" och dess mångtydighet.[141] Bos identifierar fem olika tolkningar av begreppet "källa". Han föreslår därför att begreppet skall bytas ut mot vad han kallar för "recognized manifestations of law". Detta täcker i princip in:

> [a]ll forms in which the normative concept of law is 'reflected and elaborated' in a given legal order, i.e., those which may properly be described as "source", and those which may not.[142]

Klargörande är också följande rader av samme författare:

> recognized manifestations of law are the phenomena which in a given legal order one is allowed to invoke in order to legitimize a reasoning alleged to be a legal one.[143]

137. Kelsen, Théorie du droit international coutumier, RITD, 1939, s. 253 "'Source du droit' est une expresseion figurée et par suite complexe" också i General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1945, s. 131.

138. Schwarzenberger, International Law As Applied by International Courts and Tribunals, Vol. I, third edition, London 1957, s. 27.

139. A a s. 25 ff.

140. D'Amato, The Concept of Custom in International Law, Ithaca/London 1971, s.264 och 268.

141. Bos, The Recognized Manifestation of International Law A New Theory of "Sources", 20 GYIL, 1977, s. 15.

142. A a s. 10.

143. A a s. 14.

De förslag som under åren formulerats av olika författare har knappast tillfört något nytt i diskussionen kring de vagt definierade begreppen som finns för att definiera folkrättens källor. Diskussionen underlättas inte heller av att varje författare som på nytt studerar ämnet tillför egna tolkningar och nya begrepp. Förslag om att försöka byta ut begreppet "källor" mot något annat lämpligare förefaller inte speciellt meningsfullt. De definitioner som nu finns tillgängliga återspeglar generationer av juridiskt tänkande och kunnande och torde vara väl accepterade och inarbetatade i den folkrättsliga doktrinen. En utgångspunkt för att förstå folkrätten är att inse dess brister i förhållande till den nationella rätten.

För att överhuvudtaget kunna föra ett relevant resonemang om folkrättens källor torde en traditionell genomgång av källbegreppets innebörd vara nödvändig. Nästa avsnitt fokuserar därför på några centrala teorier.

2.7.2 *Formella, materiella, legala och historiska källor*

2.7.2.1 Salomond

Klassiskt sett delas folkrättens källor in i två delar, *formella* och *materiella*.[144] Men trots den uppenbara skillnaden mellan benämningarna förefaller terminologin vara fiktiv och långt från enhetlig.

Formella källor definieras enligt Salomond med: "those from which a rule of law derives its force and validity". *Materiella* källor, däremot, är de källor " ... from which is derived the matter, not the validity of the law".[145] Salomond skriver även att sedvanerätten "... has its material source in the usages of those who are subject to it; but it has its formal source in the will of the state ...".[146]

Enligt Salomonds voluntaristiska uppfattning är den *formella* källan endast en och den utgörs av statsviljan. De *materiella* källorna är däremot mångahanda och de kan delas in i två underavdelningar, *legala och historiska källor*.[147] I den första underavdelningen definieras: "those sources which are recognised as such by the law itself". Där ingår lagar, förordningar och domstolspraxis. I den andra som definieras "those sources

144. Begreppet bör inte förväxlas med sedvanerättens "materiella" element. Se mer därom i kapitel 4.

145. Salomond, Jurisprudence, seventh edition, London 1924, § 45, s. 164 ff. Han delar även upp de materiella källorna i "legal" och "historical".

146. A a s. 164, § 44.

147. Om rättskällebegreppet i allmänhet och Salomonds analys av historiska källor i synnerhet, se Magnell, Rattskällebegreppet, Stockholm 1994, s. 18 ff.

which are such in fact, but are nevertheless destitute of legal recognition" ingår t.ex. historiskt influerad domstolspraxis som på ett övergripande sätt påverkat rättssystemet som sådant.[148] Slutligen, i en fotnot, anger Salomond också en "litterär källa" som består av "the sources of our knowledge of the law, or rather the original authoritative sources of our knowledge, as opposed to later commentary and literature".

Clive Parry som säger "[w]hat the sources of international law are cannot be stated; it can only be discussed",[149] förlitar sig helt på Salomonds[150] klassiska uppdelning och definition av *formella* och *materiella* källor. Tesen kritiseras däremot av Allen[151] och Kelsen[152].

2.7.2.2 Hart

Hart[153] modifierar Salomonds tes. Hart vill göra åtskillnad mellan hur källbeteckningen används i en "materiell" eller "historisk" betydelse och i en "formell" eller "legal" betydelse. I den första icke juridiska betydelsen görs en koppling till ett historiskt orsakssamband för att förklara en given norms tillblivelse, t.ex. hur ett lands gällande lag kan ha påverkats av romersk och kanonisk rätt eller av "rules of popular morality".[154]

I den andra, den juridiska betydelsen, får begreppet en teknisk innebörd. Här avses de mekanismer under vilka en norms giltighet fastställs i ett juridiskt administrativt system. Detta gör att man kan urskilja juridiskt bindande normer – från icke-juridiskt bindande och andra sociala eller moraliska normer. Det innebär också att man kan skilja uttalanden *lex lata* från *lex ferenda*.[155] Regler som tilldelar kompetens *igenkänningsregler* utgör exempel på det som Hart kallar *sekundära regler* vilka genom en föreslagen primär rättsregels försorg kan tas som en slutgiltig bekräftelse/indikation på att det rör sig om en rättsregel. Primära rättsregler kan i korthet definieras som regler (förhållningsregler) som fastställer (de materiella

148. A a s. 18.

149. Parry, The Sources and Evidences of International Law, Manchester 1965, s. 27.

150. Se Salomond, Jurisprudence, seventh edition, London 1924, § 44, s. 164 "A formal source is that from which a rule of law derives its force and validity.The materail sources, on the other hand, are those from which is derived the matter, not the validity of the law. The material source supplies the substance of the rule to which the formal source gives the force and nature of law". Jfr Parry, The Sources and Evidences of International Law, Manchester 1965, s. 1.

151. Allen, Law in the Making, sixth edition, Oxford 1958 s. 260, "All this sounds very clear and exact, but when we come to apply it in courts, its presision becomes blurred".

152. Kelsen, General Theory, New York, 1961 s. 131–132, 152–153.

153. Hart, The Concept of Law, Oxford 1961, s. 246–247.

154. A a s. 246.

155. A a s. 246, se även Akehurst i Modern Introduction to International Law, seventh edition, (Malanczuk, ed.), London 1997, s. 35.

reglernas) rättigheter och skyldigheter. Bristen i Harts resonemang är uppenbar då han hävdar att den internationella rätten inte besitter de egenskaper den nationella rätten har. Den internationella rätten saknar enligt honom inte bara sekundära igenkänningsregler utan också en enhetlig igenkänningsregl som preciserar och fastställer de folkrättsliga källornas kriterier.

Detta resonemang avslutar Hart med att ställa den retoriska frågan "[i]s international law really law?"[156] Trots att den internationella rätten för Hart inte är en fullödig rättsordning, förnekar han inte dess bindande kraft. Den folkrättsliga bundenheten uppstår inte på grund av att den får sin giltighet från en igenkänningsregel utan helt enkelt för att den är accepterad och fungerar som sådan.[157]

2.7.2.3 Brownlie m.fl.

Brownlie ger begreppen *formella* och *materiella* källor en annan innebörd än Hart. Enligt Brownlie utgör *formella* källor av ett juridiska tillvägagångssätt som skapar juridiskt bindande regler av allmän räckvidd. *Materiella* källor däremot bevisar förekomsten av regler som när de väl styrks/bekräftas får rättsligt bindande verkan av allmän räckvidd.[158] Brownlie noterar vidare att skillnaden mellan formella och materiella källor är svår att upprätthålla inom folkrätten.[159] Anledningen till detta är att formella källor på sätt och vis inte existerar i den internationella rätten eftersom de hör hemma i den nationella rättens konstitutionella normhierarki. Av denna anledning hänvisar Akehurst till de folkrättsliga källorna, som pseudokällor.[160]

Avsaknaden av en konstitutionell normhierarki gör att folkrätten måste hitta ett substitut till den nationella rättens förmåga att genom t.ex. parlamentariska beslut binda medborgarna. Domslut från Internationella domstolen, enhälligt antagna resolutioner från FN:s generalförsamling som rör rättsliga spörsmål och viktiga multilaterala traktater som gör anspråk på att fastställa gällande rätt har enligt Brownlie inte den förmågan.[161]

Substitutet är enligt Brownlie staternas *allmänna samtycke* som skapar regler av allmän räckvidd. Detta bekräftas också av den folkrättsliga definitionen av sedvanerättsbegreppet. Folkrättens formella källor består där-

156. A a s. 209.
157. Hart, The Concept of Law, Oxford 1961, s. 225–226.
158. Brownlie, Principles of Public International Law, fifth edition, Oxford 1998, s. 1.
159. A a s. 2.
160. Akehurst, The Hierarchy of the Sources of International Law, 47 BYBIL, 1974/75, s. 280.
161. Brownlie, Principles of Public International Law, fifth edition, Oxford 1998, s. 2.

för enligt denne författare av " ... a quasi-constitutional principle of inevitable but unhelpful generality".[162] Tyngdpunkten i Brownlies tes läggs därför på de materiella källorna som utgör det viktiga bevisunderlag som fastställer staternas konsensus i förhållande till särskilda reglers tillämplighet. Hit hör domslut från Internationella domstolen, resolutioner från FN:s generalförsamling och multilaterala traktater av allmän räckvidd.[163] Brownlie urskiljer slutligen ytterligare två möjliga betydelser av termen "källor", nämligen "the source of the binding quality of international law" samt "literary sources of the law as sources of information".[164] Brownlie skriver att för dem som bryr sig om beteckningar är sedvanerätt och allmänna rättsgrundsatser formella källor. Traktater, som berör förpliktelser mellan individuella stater,[165] utgör enligt Brownlie en viktig materiell källa. Traktater är dock primärt inte en källa av allmän räckvidd även om de kan utgöra ett underlag för en sedvanerättslig utvärdering.[166] För Mendelson som influerats av Brownlie bärs tesen om folkrättens källor upp av "legitimate expectations". I de fall internationell sedvanerätt etablerats förefaller ett legitimt antagande vara att staten förväntas följa regeln ifråga (se 6.8).[167]

Enligt Parry har den materiella källan en klar koppling till normens verkliga innehåll. Han förlitar sig på Salomonds definition av materiella källor vilken definieras med "those from which the substance of the law is drawn".

För Brownlie har den materiella källan däremot en annan innebörd då den utgör bevis för en rättsregels existens, utan att behöva ta hänsyn till dess reella innehåll. Distinktionen som görs kan ge klarhet i om den materiella källan, som van Hoof föreslår, baseras på det internationella samfundets konstitution – "Völkerrechtsverfassung". Detta begrepp myntades av Verdross, som 1926 publicerade *Die Verfassung der Völkerrechtgemeinschaft.*[168] Brownlie har, som tidigare nämnts, riktat kritik mot ett konstitutionellt tänkande i folkrättsliga sammanhang. Han menar att det är missvisande att använda sig av begreppet "formella källor" i den internationella rätten eftersom tankarna förs till den nationella rättens lagstiftande maskineri. [169]

162. A a s. 2.
163. A a s. 2.
164. A a s. 2–3.
165. A a s. 2.
166. A a s. 3.
167. Mendelson, The Formation of Customary International Law, 272 RdC 1998, s. 283 ff.
168. Se genomgången som görs av Verdross samlade verk i 6 EJIL 1995.
169. Brownlie, Principles of International Law, fifth edition, Oxford, 1998, s. 1.

Under alla förhållanden – trots folkrättens olikheter med nationell rätt – kan ett teoretiskt angreppssätt på konstitutionsbegreppet hjälpa till att belysa skillnaderna mellan formella och materiella källor inom folkrätten.[170]

En konstitution innehåller generellt sett två typer av bestämmelser. Dels innehåller den regler om rikets styrelse och administration, om domarmaktens utövning, om lagstiftning och om beskattning och användning av statens inkomster, dels om regler som utstakar den materiella inriktningen baserat på grundläggande politiska värderingar som skall genomsyra samhället i sin helhet eller som skall uppnås på sikt. Begreppet "materiella" källor sorterar då in under den senare kategorin medan begreppet "formella" källor och/eller "procedurbestämmelser" hänförs till den första kategorin.

En liknande distinktion skulle alltså kunna göras mellan "materiella" källor och "procedurbestämmelser" i förhållande till kännetecknande "konstitutionella" drag inom den internationella rätten. I första hand studeras här de "formella" källorna – procedurbestämmelserna – vilka enligt Verdross framför allt är de som rör folkrättens formella källor. Vad gäller dessa s.k. procedurbestämmelser urskiljer van Hoof tre nivåer som nära följer den linje som uppställts av Corbett.[171]

I första nivån är innebörden av begreppet "källa" att försöka förklara den internationella *rättens bindande verkan*. Det är den innebörd som Kelsen försöker ge begreppet "källa" när han talar om *Grundnorm*, som i den internationella rätten avsåg det allmängiltiga sedvanebaserade axiomet *pacta sunt servanda* och som alltså fann sin legitimitet i staternas egen praxis.[172] När Corbett skriver om *orsak* i sin första regel så avser han den internationella rättens bindande verkan vilken han definierar som "staternas önskan att ha de inbördes förhållanden, som deras sociala natur gör oumbärlig, reglerade så rationellt och enhetligt som möjligt".[173] Den beskrivna första nivån torde vara den mest abstrakta och den mest kontroversiella.

I den andra nivån används begreppet "källor" i betydelsen *konstitutiva – rättsskapande element* för den internationella rättens regler. Härmed menas med "källa" ett kriterium i vilket man skall kunna avgöra om en regel

170. van Hoof, Rethinking the Sources of International Law, Kluwer Law, Deventer, 1983, s. 58.

171. Corbett, The Consent of States and the Sources of the Law of Nations, 6 BYBIL, 1925 s. 30.

172. Kelsen, General Theory of Law and State, New York, 1946, s. 110 ff.

173. Corbett, The Consent of States and the Sources of the Law of Nations, 6 BYBIL, 1925 s. 29–30.

faktiskt är folkrättslig eller inte. I Corbetts presentation beskrivs denna andra nivå som "[t]he basis of international law as a system and of the rules of which it is composed" som enligt honom bygger på staternas samtycke.[174]

Slutligen i den tredje och sista nivån, avses med källor "*the relevant manifestation on the basis of which the presence or absence of the constitutive element can be established*". Som tidigare noterats betecknas dessa enligt Brownlie som materiella källor[175] medan Corbett refererar till "[t]he records or evidence of international law are documents or acts proving the consent of states to its rules."[176] Den andra och den tredje nivån är nära knutna till varandra och är typiska för folkrätten. I utvecklade nationella rättssystem konstitueras den tredje nivån av en formaliserad lagstiftningsprocess. Inom folkrätten där staterna själva – som rättssubjekt – agerar som "lagstiftare" återfinns inte alltid liknande formaliserade procedurer.[177] Som en följd av detta måste frågan om en rättsregel verkligen är en folkrättslig regel besvaras med hjälp av en mindre rigid process som enligt van Hoof benämns *manifestations of the constitutive element.*[178] Det är innebörden av källor i den andra nivån, såsom konstitutiva element, som kommer närmast det som Hart kallar för "rule of recognition" – igenkänningsregel.

Abstraktionsnivån är hög och frågan är om man med hjälp av juridiskt finsnickeri och Harts läror kan fylla det tomrum som existerar mellan de formella, nationella rättskällorna och folkrättens brist på formella källor.

Finländaren Martti Koskenniemi som tidigare citerats i detta kapitel bygger hela sin CLS-tes på hur den folkrättsliga argumentationen i doktrinen pendlar mellan de två ytterligheterna naturrätt och positivism.[179] Han hävdar därför att föreställningen om att kunna hänvisa till källor i folkrättsliga sammanhang fungerar som en buffert mellan motsägelsefulla ställningstaganden i doktrinen.[180] Diskussionen som rör källorna i doktrinen förefaller objektivt sett neutral i förhållande till de som förs om källornas innebörd. Men känslan av objektivitet är skenbar hävdar Koskenniemi, eftersom det underliggande valet av en källa i doktrinen alltid fastställer dess innehåll. Han hävdar också att källdiskussionen i doktrinen inte

174. A a s. 30.

175. Brownlie, Principles of International Law, fifth edition, Oxford, 1998 s. 1.

176. Corbett, The Consent of States and the Sources of the Law of Nations, 6 BYBIL, 1925 s. 19.

177. Thirlway, International Customary Law and Codification, Leiden 1972, s. 78.

178. van Hoof, Rethinking the Sources of International Law, Deventer 1983, s. 60.

179. Scobbie, Towards the Elimination of International Law: Some Radical Scepticism About Sceptical Radicalism, 61 BYBIL, 1990, s. 352.

180. Koskenniemi, From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument, Helsinki, 1989 s. 264–341. Jfr Bederman, Book Review, From Apology to Utopia, 23 New York Journal of International Law and Politics, 1990, s. 217–229.

lyckas sammanföra ett konkretiserat resonemang om källorna med deras normativitet. Å ena sidan försöker rättskälleläran i doktrinen fastställa en konkretiserad regel genom att helt enkelt vägra acceptera normer som givna, antingen med stöd av staternas oberoende ställning eller med stöd av äldre oskrivna lagar. Den talar på ett objektivt sätt om för juristen var lagen kan sökas. Å andra sidan, försöker källdoktrinen också stå för regelns normativitet genom att frigöra den från tillfälliga uppfattningar och tolkningar som stater kan hävda om dess innebörd.[181]

Koskenniemi antyder att det finns två motstridande attityder i doktrinen. Den första understryker staternas samtycke som avgörande för den internationella rättsbildningen. Den andra upphöjer rättvise-principer och andra principer som främjar skäliga lösningar.[182] Koskenniemis arbete karakteriseras av att det är "dekonstruktivt" och att det inte tillhandahåller något sammanhängande alternativ.[183]

Ett annat mindre komplicerat men ändå ändamålsenligt synsätt för att förklara folkrättens källor har Rebecca Wallace. Hon har influerats av det doktrintänkande som förklarar att "källorna" uttalar vad rätten är och var man kan finna densamma.[184] En snarliknande definition används av ILA som skriver att begreppet "...'source(s) of law' is used to denote the processes or means by which rules of law are created or, as the case may be, determined".[185]

De allra flesta läroböcker i folkrätt gör processen enkel. De tar en genväg förbi de ganska abstrakta resonemang som kännetecknar den folkrättsliga doktrinen genom att referera till artikel 38 i Internationella domstolens stadga. Artikeln anses återspegla den härskande uppfattningen om vad som utgör folkrättens källor. I avhandlingsarbetet används denna enklare formulering med innebörden att källorna återspeglar de omständigheter eller fakta som ger upphov till gällande rätt.

Rosalyn Higgins har noterat att identifieringen av folkrättens källor är intressant såtillvida att den går via en identifiering av de regler som domstolen har att tillämpa för att avgöra rättsliga tvister. Hon konstaterar också att detta givit upphov till en ganska snäv uppfattning hos vissa författare

181. Koskenniemi, From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument, Helsinki, 1989 s. 264. Jfr Bederman, Book Review, From Apology to Utopia, 23 New York Journal of International Law and Politics, 1990, s. 217–229.

182. Koskenniemi, From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument, Helsinki, 1989 s. 269. Jfr Bederman, Book Review, From Apology to Utopia, 23 New York Journal of International Law and Politics, 1990, s. 217–229.

183. Scobbie, Towards the Elimination of International Law: Some Radical Scepticism About Sceptical Radicalism, 61 BYBIL, 1990, s. 352.

184. Wallace, International Law, London 1986, s. 7.

185. ILA:s Report of the sixty-ninth Conference, London, 2000, s. 723.

i doktrinen som innebär att folkrätten blir vad Internationella domstolen vill att den skall vara.[186]

Den överskådliga doktrinhistoriska genomgången som hittills gjorts i detta kapitel av det folkrättsliga rättskällebegreppet ger tillräcklig bakgrund för att fortsätta diskussionen om sedvanerätten i avhandlingen.

2.8 Slutsatser

Detta kapitel har redogjort för folkrättens natur. Syftet med kapitlet har varit att ange några centrala utgångspunkter. Dessa utgångspunkter genomsyrar arbetets övriga delar.

Diskussionen i doktrinen kännetecknas av olika försök att finna en trovärdig formel som kan förklara folkrättslig bundenhet. Även om koncepten är motstridiga försöker folkrätten skapa en rättsordning med hjälp av den nationella rätten som förebild. Olika försök görs därför att förklara de brister som föreligger i förhållande till den nationella rättens källhierarki. Uppfattningarna har pendlat från föreställningarna att det är naturrätten som utgör sedvanerättens källa till att det är staternas praxis i kombination med *opinio juris* som utgör sedvanerättens grundkomponenter. Alla försök som görs i doktrinen lyckas emellertid inte täcka den diskrepans som råder mellan den nationella rättens formella källor och folkrättens motsvarighet till dessa källor. Staternas allmänna samtycke blir den komponent eller det substitut som får fylla det tomrum som råder mellan den nationella rättens hierarkiska och folkrättens hierarkilösa normstruktur.

Samtycke är den minsta gemensamma nämnaren som återfinns i både traktater och sedvanerätt. Samtycket behöver emellertid inte vara uttryckligt i sedvanerätten. I enlighet med New Haven-skolans terminologi konstitueras sedvanerätten genom en "process of express or implied claims and responses". Detta innebär följande. Om en stat X uttryckligt hävdar att den har rätt att agera på ett visst sätt gentemot andra stater och staterna A till Ö (utom X) bryter mot denna rättighet, är detta ett exempel på ett implicit yrkande från staterna A till Ö att X inte har denna rättighet. Om staten X inte protesterar mot de övriga staternas överträdelse, kan denna underlåtenhet tolkas som om staterna A till Ö trots allt har rätt att agera som de gjort gentemot X.

Konsekvensen av det förda resonemanget ger vid handen att samtycket antingen kan göras uttryckligt eller tyst i folkrätten.

186. Higgins, Problems and Process, Oxford, 1994, s. 18.

Kapitel 3 – Artikel 38 i Internationella domstolens stadga. Tillkomst, lydelse och kritik

3.1 Introduktion

I detta kapitel diskuteras inledningsvis sedvanerättens traditionella funktion i det internationella samhället. Detta görs för att bättre kunna förstå vilka mekanismer som etablerar sedvanerätt. Som nämnts är folkrättslig rättsbildning och rättsändring ett centralt tema i detta arbete. Det är genom de s.k. folkrättsliga källorna som den folkrättsliga rättsbildningen möjliggörs. En presentation av de folkrättsliga källorna har därför ansetts nödvändig. Källorna finns uppräknade i artikel 38 i Internationella domstolens stadga. Efter en allmän presentation av dessa följer en fördjupad diskussion om traktater och sedvanerätten. En historisk tillbakablick till artikel 38 med bibehållet fokus på sedvanerätten följer. En närmare kommentar till artikelns förarbeten *traveaux préparatoire* görs, för att knyta an till de tankegångar om sedvanerätten som var rådande vid tidpunkten då artikeln skrevs och som relaterar till artikelns tillkomsthistoria. Därefter följer en textuell genomgång av artikeln och kritik som riktas mot artikelns ordalydelse. Vidare diskuteras allmänna rättsgrundsatser respektive subsidiära rättsregler. Därefter berörs skälighet och *ex aequo et bona*. Efter källgenomgången diskuteras källornas hierarki såsom de är uppräknade i artikel 38. Fortsättningsvis följer en diskussion om kollision mellan källorna och kapitlet avslutas med en diskussion som rör *jus cogens*.

3.2 Allmänt

I ett primitivt samhälle kan ett specifikt handlingsmönster – en sedvänja – uppstå som föreskriver vad som är och vad som inte är tillåtet för dess medborgare.[1] Sådana regler kan i praktiken utvecklas inom en grupp och upprätthållas av ett socialt tryck, enklare överenskommelser och med hjälp av olika mer eller mindre påtagliga påtryckningsmekanismer. Dessa regler var i det primitiva samhället oskrivna. Reglerna fördes vidare från en generation till en annan och gavs genom hävd viss legitimitet. Allt eftersom det primitiva samhället utvecklades, utvecklades också rättsordningen som sådan. Lagstiftare, domstolar och verkställande myndigheter introducerades. I takt med det primitiva samhällets utveckling kodifierades de tidigare oskrivna handlingsreglerna successivt.

Sedvänjan, som låg till grund för denna utvecklingsprocess, kvarstod som en mekanism vid sidan av den skrivna rätten och kunde framkalla rättsbildning och rättsändring. Sedvanerätten hade en viss potential att vidareutveckla och komplettera den skrivna rätten. I de fall den skrivna rätten inte återspeglade tidsandan i samhället modifierades rätten med hjälp av de sociala värderingar och behov som fanns.

Sedvanerätten som den numera ses i den nationella rättsordningen är en ganska osmidig, tidvis trög och trubbig metod på vilken rättsbildning eller rättsändring kan ske. Tekniskt sett är de lagstiftningstekniska metoderna, som finns i den nationella rätten, överlägsna sedvanerätten.[2] Från att ursprungligen ha spelat en ganska central roll inom den nationella rätten kom sedvanerätten, i samband med att den nationella rätten kodifierades, i skymundan.[3] Där igenom fick den en ganska underordnad roll i den nationella rätten. Däremot spelade den internationella sedvanerätten alltjämt en viktig roll i den folkrättsliga rättsbildningen. Detta kan förklaras med folkrättens horisontella struktur och avsaknaden av en centraliserad lagstiftningsmakt.

Från staternas praxis kan ett handlingsmönster, en internationell sedvänja, uppstå. En stats intressen framkallar ett handlingsmönster som imiteras av andra stater och som kan ge upphov till att en internationell prax-

1. Dias, Jurisprudence, fourth edition, London, 1976, s. 148, ff., Allen, Law in the Making, Oxford, 1958, s. 64 ff.; D'Amato, The Concept of Custom in International Law, Ithaca 1971; Akehurst, Custom as a Source of International Law, 47 BYBIL, 1974/75, s. 1. Carty, kapitel 3, i The Decay of International Law? A Reapprisal of the Limits of Legal Imagination in International Affairs, Manchester, 1986; Mendelson, The Formation of Customary International Law, 272 RdC 1998, s. 165 ff.

2. Dias, Jurisprudence, fourth edition, London 1976, s. 246 ff.

3. A a s. 246.

isutveckling etableras. Stora delar av den nu gällande havsrätten uppstod på detta sätt. En statspraxis utvecklades enligt vilken staterna tillerkände varandra vissa rättigheter. Grundvalen för doktrinen om det fria havet, territorialhavet, kontinentalsockeln och den ekonomiska zonen hör hit för att bara nämna några områden inom havsrätten. Allteftersom den dittills gällande sedvanerätten kodifierades i multilaterala traktater uppstod också uppfattningen att sedvanerätten minskade i betydelse.

I dag råder det därför delade meningar i doktrinen om vilken influens sedvanerätten har i det mellanstatliga umgänget. Några hävdar t.ex. att sedvanerätten har spelat ut sin roll, dels eftersom den till övervägande del kodifierats, dels för att den är ett osmidigt och trögt instrument som inte klarar av att tillgodose den internationella rättens expansiva behov.[4] Traktater är den tillförlitligaste formen av överenskommelser, eftersom staternas oberoende på ett mer likställt sätt kan påverka rättsutvecklingen. Detta kan också uttryckas på följande sätt, "because a customary norm has a weaker political foundation than a treaty, it should not be treated as equally authoritative".[5]

Andra hävdar däremot att den internationella sedvanerätten fortfarande är viktig och att den i förhållande till traktater spelar en viktigare roll, eftersom den har ett universellt tillämpningsområde.[6] Ytterligare en uppfattning värdesätter sedvanerättens spontana och dynamiska förmåga. Sedvanerättens potential manifesteras genom att den kan återspegla tidsandan i det mellanstatliga umgänget och för att den på ett informellt sätt kan påverka ett redan etablerat handlingsmönster.

Alla dessa uppfattningar kan sägas innehålla ett visst mått av sanning. I en strid ström av motstridig praxis är det dessutom inte lätt att klarlägga hur och när sedvanerätten uppstår. Det är också svårt att jämföra den mängd information som erfordras för att utvärdera och fastställa gällande sedvanerätt. Detta leder till en annan fråga som rör kriterierna för fastställandet av internationell sedvanerätt. Vilka är de kriterier som måste uppställas för att internationell sedvanerätt skall anses etablerad?

Innan denna fråga studeras måste de element inom folkrätten som kan framkalla rättsändring och rättsbildning närmare undersökas. Sedvanerätten och traktater är de två främsta och finns omnämnda i artikel 38 i In-

4. Se Friedmann, The Changing Structure of International Law, New York, 1964, s. 121–123; DeLupis, The Concept of International Law, Stockholm 1991, s. 107–114.

5. Trimble, A Revisionist View of Customary International Law, 33 UCLALR, 1986, s. 730.

6. D'Amato, Concept of Custom in International Law, Ithaca 1971, s. 12; Bernhardt, Custom and Treaty in the Law of the Sea, 205 RdC, 1987-V, s. 265 ff.

ternationella domstolens stadga. De övriga elementen är allmänna rättsgrundsatser samt de i artikeln uppräknade subsidära rättsreglerna.

3.3 Artikel 38 i Internationella domstolens stadga

I avhandlingens andra kapitel konstaterades bl.a. att denna studie skulle använda sig av begreppet "källor" i syfte att återspegla de omständigheter eller fakta som gav upphov till gällande rätt. Det konstaterades också att den internationella rätten inte hade någon konstitution i egentlig mening som angav folkrättens lagstiftande, dömande eller verkställande instanser. FN-stadgan sades vara det inom folkrätten som närmast motsvarade den nationella rättens konstitution eller författning.

I FN-stadgans artikel 92 anges att Internationella domstolen är FN:s främsta rättsskipande organ och att den utgör en integrerande del – "integral part" – av stadgan. För att få en auktoritativ uppräkning av vad som utgör folkrättens källor, inleds de flesta akademiska arbeten med en analys av artikel 38 i Internationella domstolens stadga. Denna bestämmelse fanns redan, i nästan oförändrad ordalydelse, med 1920 i statuterna för den i Haag etablerade Fasta mellanfolkliga domstolen (PCIJ).

Artikel 38 behandlar inte i formell mening folkrättens källor. Artikeln räknar i stället upp de rättsregler domstolen har att döma efter. I detta arbete används dock den vedertagna terminologin "källor". Formella källor avser traktater, sedvanerätt och allmänna rättsgrundsatser. Begreppet "materiella" används för att referera till artikelns subsidiära källor, dvs. domstolspraxis och doktrin. Denna begreppsanvändning är accepterad i den folkrättsliga doktrinen. Artikel 38 har följande lydelse:

> 1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:
>
> a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
>
> b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
>
> c. the general principles of law recognized by civilized nations;
>
> d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.
>
> 2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bona*, if the parties agree thereto.

I artikel 38(1)d görs en hänvisning till stadgans artikel 59 som fastställer att domstolens beslut är bindande endast för de tvistande parterna och endast i fråga om det mål som beslutet gäller. Hänvisningen gör klart att praxis från domstolen inte har status som källa vilken kan ge upphov till bindande normer. *Stare decisis*-grundsatsen som är gällande i angloamerikansk rätt och innebär att överrättsprejudikat är bindande för lägre domstolar saknar därför relevans i den folkrättsliga kontexten.[7] Längre fram i arbetet visas däremot att denna grundsats i praktiken är gällande, då domstolens domar vinner stor auktoritet i doktrinen.

Artikel 38(2) har inte något att göra med de rättsregler domstolen har att tillämpa för att fastställa gällande rätt. Artikeln ger domstolen, när så behövs, möjlighet att på de tvistande parternas begäran kringgå det traditionella juridiska systemet och i stället göra en skälighetsbedömning *ex aequo et bona*. Domstolen kan också tillämpa ett juridiskt skälighetsresonemang – "equity" – för att fastställa gällande rätt. Det senare fallet sorterar in under "allmänna rättsgrundsatser". Skälighet – "equity" omnämns emellertid inte i artikel 38. Detta gör att det är svårt att förstå varför domstolen har möjlighet att tillämpa allmänna skälighetsbedömningar. Thomas Franck förklarar detta med att säga "[t]o understand what equity is, it is necessary to understand what it is not".[8] Denna problematik diskuteras i avhandlingens kapitel 3.7.

Uppräkningen i artikeln anses av många vara en uttömmande räkning av det som konstituerar folkrättens källor.[9] Vissa författare kritiserar emellertid artikeln för att den inte upptar samtliga källor. Andra menar att stadgan räknar upp regler som inte är att anse som källor i formell mening. Kritiken som riktas mot artikeln är befogad. Jennings tankeväckande uppfattning belyser en del av problematiken när han säger:

> we must ... remember that it is a 1920 draft and not always well-suited to international law of the 1980's. So we must use it, but interpreting where need be; as in a written constitution; and remembering that it is an opening question whether it is now of itself a sufficient guide to the content of modern international law.[10]

Tjugo år efter Jennings uttalande kan man konstatera att uttalandet är mer aktuellt nu än då. Det finns fortfarande inga konkreta tankar på att försö-

7. Se Akehurst, Modern Introduction to International Law, seventh edition, London 1997, (Malanczuk, ed.), s. 51; Bring & Mahmoudi, Sverige och folkrätten, Stockholm 1998, s. 22.

8. Franck, Fairness in International Law and Institutions, Oxford, 1995, s. 54.

9. Se Akehurst, Modern Introduction to International Law, seventh edition, London 1997, (Malanczuk, ed.), s. 36.

10. Jennings, What is International Law and How do we Tell it when we see it?, 37 ASDI, 1981, s. 61.

ka revidera artikel 38 och som motargument framförs ofta att domstolen hittills aldrig haft några problem att fastställa gällande rätt.

Historiskt har uppräkningen av källorna i artikel 38 kritiserats som ett genomgående västligt influerat koncept. Källorna reflekterade inget annat än den policy som kännetecknade de härskande klassernas attityder när de skapade såväl artikel 38[11] som övriga delar av FN-systemet. Artikel 38 sägs vara:

> a circumlocation around terminology which avoids touching on the deeper social cause [of international law because] the substantive sources of bourgeois international law are the external policy of the bourgeoisie which is also the will of the ruling class of those big capitalist powers.[12]

Ingen av dessa uppfattningar har dock vunnit allmän acceptans. Därför bör en inledande studie över ämnet utgå i från de källor som räknas upp i Internationella domstolens stadga och som alltså anses vara den auktoritativa uppräkningen av folkrättens källor. I diskussionen om möjliga andra källor hänvisas oftast till FN:s praxis. Generalförsamlingens och säkerhetsrådets resolutioner räknas oftast hit.

Sättet på vilket källorna identifieras går via de regler som domstolen använder sig av för att lösa en rättslig tvist.[13] Detta har resulterat i att vissa folkrättsförfattare dragit den något snäva slutsatsen att den internationella rätten är lika med vad som härrör från Haagdomstolen.[14] Detta anses emellertid vara en extremet positivistisk uppfattning.

En genomgång av artikel 38 är nödvändig. Presentationen som följer är av traditionell art och inleds därför med traktater som omnämns först i artikeln. Därefter fortsätter presentationen med en genomgång av sedvanerätten. Tillkomsten av artikl 38(1)b diskuteras mot bakgrund av hela artikel 38. Allmänna rättsgrundsatser följer och kapitlet fortsätter därefter med de subsidiära rättsmedlen samt en kort genomgång av artikel 38(2). Slutligen diskuteras källornas normativa likställdhet, kollision mellan källorna och *jus cogens*. Tyngdpunkten i kapitlet läggs på traktater och sedvanerätt. Förarbetena till artikel 38 som studeras i detta kapitel utgör en viktig sekundär källa och utgör ett underlag för den diskussion som följer i detta kapitel.

11. Chiu, Communist China's Attitude Toward International Law, 60 AJIL 1966, 245, s. 257–259.

12. A a s. 257, citat hämtat från Ying T'ao, Recognize the True Face of Bourgeois International Law from a Few Basic Concepts, i Studies in International Problems s. 46–47 (1960) (Chinese-language periodical).

13. Higgins, Problems and Process, Oxford, 1994, s. 18.

14. Se Thirlway, International Customary Law and Codification, Leiden 1972.

3.4 Traktater – Artikel 38(1)a

Internationella domstolens stadga talar om "international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states", och avser härvid den samlande benämningen traktater. Andra synonymer till traktater förekommer ofta i den folkrättsliga litteraturen. Således återfinns konventioner, stadgar, akter, pakter, statuter, protokoll, deklarationer, fördrag, "convenant", "exchange of notes", "agreed minutes", "memoranda of agreement" *modus vivendi*, kompromisser m.m. Några av dessa synonymer kan också ha andra innebörder än traktater i folkrättslig mening vilket kan skapa terminologiska svårigheter.[15]

Sedan 1945 har mer än 33 000 traktater ingåtts och registrerats hos FN i enlighet med stadgans artikel 102.

Den allmänna trenden, speciellt efter andra världskriget, har varit att öka traktaters betydelse som internationella lagstiftande instrument. Detta har skett dels med tanke på det ömsesidiga beroende som finns mellan stater, dels som en lösning av den tvist som rått mellan olika grupper av stater vad gäller innehåll i och giltighet av äldre sedvanerätt.

I stor utsträckning har traktater, som redan nämnts, sedan några decennier ersatt sedvanerätten genom att sedvanerätten kodifierats i multilaterala konventioner.[16] Anledningen till denna utveckling är att traktater inte i lika stor utsträckning framkallar de problem som den oskrivna sedvanerätten ger upphov till. Traktaters fördel i förhållande till sedvanerätten är att det utgör skriven rätt – *lex scripta*. Detta gör att de är lättare att ingå och naturligtvis lättare att tolka. En stats samtycke till bundenhet av en traktat uttrycks till skillnad mot sedvanerätten av att ett uttryckligt samtycke avges. Detta har gjort att traktater traditionellt ansetts vara en ganska okontroversiell källa. Trots att det i doktrinen finns olika uppfattningar vad gäller traktater, kan man ändå inte jämföra traktaternas problemområden med den mer diffusa sedvanerättens.

Internationella domstolar har vid åtskilliga tillfällen tillämpat traktater som stått i konflikt med nyare sedvanerätt. Traktaten ifråga kan ha varit

15. Akehurst, A Modern Introduction to International Law, seventh edition, London, 1997, (Malanczuk, ed.), s. 36 ff.

16. Allmänt om traktater se Blix, Treaty Making Power, London, 1960; Detter, Essays on the Law of Treaties, London 1967, Rosenne, The Law of Treaties, A Guide to the Legislative History of the Vienna Convention, New York, 1970; Sinclair, The Vienna Convention on the Law of treaties, second revised edition, Manchester 1984; Elias, The Modern Law of Treaties, Leiden 1974; Klabbers, The Concept of Treaties in International Law, The Hague, 1996; Aust, Modern Treaty Law and Practice, Cambridge 2000.

av mer specifik karaktär än en ny sedvanerättsregel men detta anges då inte som anledning till att traktaten ges företräde framför den nyare sedvanerättsregeln.[17] Motiveringen har snarare styrts av praktiska hänsynstaganden.

Traktaträtten kan också sägas vara etablerad och sedan några deccenier väldokumenterad. Traktaterna har genom 1969 års Wienkonvention om traktaträtten fått en slutgiltig reglering. Denna konvention anses återspegla gällande sedvanerätt på området och beskrivs därför som rättsbildande – "law-making". Begreppet "law-making" syftar till mer generella, principiella regleringar i multilaterala sammanhang. Detta kommer att diskuteras längre fram i kapitlet. I avhandlingsarbetet används också benämningen *lex scripta* synonymt med "law-making".

Andra fördelar jämfört med sedvanerätten är att själva traktatskrivandet sker relativt snabbt. Trots detta kan traktaters ingående och ikraftträdande ta åtskilliga år, upptill flera decennier. Detta kan vara fallet då en multilateral traktat tar upp kontroversiella frågor och/eller behandlar svåra juridiska frågor.[18] Utöver detta föreskriver ofta traktater ett visst antal ratifikations- eller anslutningsinstrument för att traktaten skall träda i kraft. Detta kan naturligtvis försena ikraftträdandet.[19] Även om processen kan vara lång till det att parterna undertecknar – eller om traktaten föreskriver ratifikation eller anslutning till dess traktaten träder i kraft – förefaller den traktaträttsliga processen vara kort i jämförelse med den tid det för det mesta tar att etablera en distinkt internationell sedvanerättsregel. En annan ganska uppenbar fördel jämfört med den oskrivna sedvanerätten är det faktum att språkets precision i en traktat utgör en överlägsen form för att förmedla en allmänt accepterad uppfattning. En oprecis formulering kan däremot skapa svårigheter vid tolkning av traktater.[20]

Slutligen kan också konstateras att det internationella samhällets heterogena karaktär har ökat traktaters betydelse framför allt inom den allmänna folkrättens/sedvanerättens område. Detta gäller främst multilaterala traktater som i sin grundläggande form kräver samtliga parters medver-

17. Kontou, The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford, 1994, s. 21.

18. Ett slående exempel är de båda FN-konvenanterna om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter och om medborgerliga och politiska rättigheter. FN:s förberedande arbete avseende båda konvenanterna inleddes 1948 och antogs av FN:s generalförsamling 1966. På samma satt inleddes förhandlingar avseende FN:s tredje havsrättskonferens (UNCLOS III) 1969. Konventionen var öppen för undertecknande den 10 december 1982 i Montego Bay i Jamaica.

19. VCLT antogs i maj 1969 och trädde först i kraft 1980. Med konventionens antagande fullbordades nästan tjugo års arbete inom FN på traktaträttens kodifiering. Likaså antogs LOSC 19 för att träda i kraft "12 months after the date of the deposit of the sixtieth instrument of ratification or accession" (Artikel 308(1)).

20. Se tolkning av traktater kap. 7.

kan och som således främjar den demokratiska processen genom att skapa delaktighet mellan parterna. Av denna anledning favoriserades traditionellt traktater framför sedvanerätten av icke-västliga stater – f.d. sovjetblocket – och jurister från utvecklingsländerna. Detta poängterades vid Wienkonventionen där det sades att:

> customary law is only partly and hesitantly accepted by Communist States and the younger African and Asian members of the international community. Indeed, they refuse to be bound by rules which they did not help to create, the norms in question being, by and large, the product of a practice of the Western world. No wonder that today international law is mainly developed by bi- or multilateral treaties.[21]

För sovjetiska jurister och jurister från asiatiska stater och nya självständiga afrikanska stater var traktaterna den i särklass viktigaste folkrättsliga källan, eftersom den manifesterades genom staternas uttryckliga samtycke.[22] För dessa s.k. *voluntaristiska* stater var statsviljan säkrad genom samtycket och därmed var också staternas oberoende garanterad.[23] Dessutom ansåg många av dessa stater att slutandet av traktater främjade den demokratiska processen såtillvida att varje stat kunde påverka den internationella rättens innehåll. Denna möjlighet gavs inte staterna på samma sätt med sedvanerätten. Michael Byers konstaterar att det folkrättsliga konceptet om staters lika värde inte är lika påtagligt i sedvanerätten som i traktaträtten eftersom

> it is generally easier for more powerful states to engage in behaviour which will significantly affect the maintainance, development, or change of customary rules that it is for less powerful states to do so.[24]

Byers tankar korresponderar väl med Tunkins tidigare presenterade uppfattning.

Som exempel på viktiga internationella traktater kan främst nämnas FN-stadgan. Även Genève-konventionerna angående krigsfångars behandling, Barnkonventionen, Folkmordskonventionen, den tidigare nämnda Wienkonventionen om traktaträtten, Wienkonventionen om diplomatiska relationer och 1982 års Havsrättskonvention är exempel på några viktiga internationella traktater. Traktaterna kan reglera allt ifrån utforskningen

21. Citerat av H. Neuhold, The 1968 Session of the UN Conference of the Law of Treaties, XIX ÖZoR 1969, s. 64.

22. Mullerson, Sources of International Law: New Tendencies in Soviet Thinking, 83 AJIL, 1989, s. 494, 501–509 och Danielenko, The Theory of International Customary Law, 31 GYBIL, 1988, s. 9; Akehurst, A Modern Introduction to International Law, seventh edition (Malanczuk, ed.), London 1997 s. 47.

23. Chiu, Communist China's Attitude Toward International Law, 60 AJIL, 1966, s. 245–267; Mullerson, New Thinking by Soviet Scholars, 83 AJIL, 1989, s. 494–512.

24. Byers, Custom, Power, and the Power of Rules, 17 MJIL, 1995, s. 115.

av yttre rymden till narkotikakontroll. För att visa i vilken omfattning traktater numera reglerar den internationella tillvaron brukar man i allmänhet hänvisa till att det i princip skulle vara omöjligt att ringa ett samtal utomlands, skicka brev eller ta flyget till andra länder om det inte fanns internationella överenskommelser. Men hur kan det komma sig att man behandlar traktater/konventioner som en folkrättslig källa, när det egentligen bara är fråga om att skapa rättigheter och skyldigheter för de traktatsslutande parterna? Det är här som det tidigare nämnda begreppet "law-making treaty" gör sig gällande. Det är i folkrättslig mening missvisande att jämföra traktater med nationell lagstiftning. I det nationella systemet kan vem som helst med rättskapacitet sluta avtal inom ramen för den nationella lagstiftningen. Inomstatligt skapar avtal endast rättigheter och skyldigheter för avtalsparterna medan lagstiftningen tillämpas på samtliga medborgare i respektive nation.

Traktater binder i regel endast de fördragsslutande staterna. Traktater kan emellertid delas in i "law-making treaties" och "contract-treaties". I det första fallet hänvisas som redan nämnts till mer allmänna, principiella regleringar i multilaterala sammanhang. Dessa kan få universell eller allmän räckvidd.[25] De kan alltså få rättsverkan för tredje stat om traktaten ifråga anses kodifiera gällande sedvanerätt. Malcom Shaw skriver att traktater av denna karaktär

> bear a close resemblance to contracts in a superficial sense in that the parties create binding obligations for themselves, but they have a nature of their own which reflects the character of the international system.[26]

Den nationella rättens lagstiftning bör därför inte jämföras med den internationella rättens multilaterala traktater som endast har lagstiftande karaktär. Det är också därför man säger att "law-making treaties" är det närmaste man i folkrättsliga sammanhang kan komma det som motsvarar nationell lagstiftning. Brownlie gör däremot en distinktion när han säger att beslut från internationella konferenser, resolutioner från FN:s generalförsamling och utkast som antagits av International Law Association:

> have a direct influence on the content of the law, an influence the significance of which is not conveyed adequately by their designation as material sources.[27]

25. Akehurst, A Modern Introduction to International Law, seventh edition, (Malanczuk, ed.), London 1997, s. 38 ff. Se även Shaw, International Law, third edition, Cambridge 1995, s. 80 ff; Brownlie, Principles of Public International Law, fifth edition, Oxford, 1998, s. 11 ff.

26. Shaw, International Law, third edition, Cambridge 1995, s. 80.

27. Brownlie, Principles of Public International Law, fifth edition, Oxford 1998, s. 11. Se aven delavsnitt 2.7.2.3.

Mot bakgrund av vad som hittills sagts kan i vissa fall "law-making treaties" vara deklaratoriska och kodifiera den redan existerande sedvanerätten på området. Den multilaterala överenskommelsen blir då inte endast giltig *inter partes*, utan också bindande för tredje stat. "Law-making treaties" jämförs ofta med "treaty contracts" som är begränsade i sin utsträckning på så sätt att de avser kontraktsliknande specifika avtal på bilateral eller regional nivå.[28] Dessa kan däremot också bekräfta ett sedvanerättsligt förhållande och således skapa folkrättslig bundenhet för ett stort antal stater.[29] Man kan således ifrågasätta om distinktionen mellan "law-making treaties" och "contract-treaties" är särskilt meningsfull.[30]

Parter som inte har undertecknat eller ratificerat en traktat binds inte till denna. Detta är en allmän folkrättslig regel som illustrerades 1969 i *North Sea Continental Shelf Case*[31]. Tyskland hade inte ratificerat 1958 års kontinentalsockelkonvention och behövde därför inte heller följa traktatens bestämmelser. I de händelser traktaten återspeglar gällande sedvanerätt binds emellertid även stater som inte är part till konventionen. Staterna binds inte folkrättsligt för att traktaten blir giltig för de icke traktatsslutna staterna utan för att en sedvanerättslig regel igenkänns som allmän folkrätt/sedvanerätt.[32]

En bestämmelse i en traktat kan alltså utgöra grunden för att en norm, när den väl förenas med *opinio juris*, kan konstituera allmän folkrätt. I sådana fall binds inte endast parterna till traktaten utan samtliga stater *erga omnes*. Undantagna är "persistent objectors". Detta behandlades av Haagdomstolen i *North Sea Continental Shelf Cases*[33] och angavs vara en möjlig väg att bilda en ny sedvanerättsregel. Domstolen ansåg emellertid att regeln ifråga skulle vara "of a fundamentally norm-creating character",[34] dvs. att regeln skulle vara av den art att den kunde framkalla allmän folkrätt/sedvanerätt.

Om en traktaträttslig regel uppstår som sammanfaller med en sedvanerättslig regel införlivas inte den senare i traktaten utan båda normsystemen existerar vid sidan av varandra utan att någon motsättning dem emellan föreligger. Detta ställdes på sin spets 1986 i *Nicaragua Case*[35] mellan Ni-

28. Degan, Sources of International Law, The Hague 1997, s. 489 ff.

29. Akehurst, A Modern Introduction to International Law, seventh revised (Malanczuk, ed.), London 1997, s. 38.

30. A a s. 38. Se även Bring & Mahmoudi, Sverige och folkrätten, Stockholm 1998, s 22–23; Wallace International law: A student introduction, London 1986, s. 17 ff.

31. North Sea Continental Shelf Case, ICJ Reports, 1969, s. 3, 25; 41 ILR, s. 29, 54.

32. Brownlie, Principles of Public international Law, fifth edition, Oxford 1998, s. 12 ff.

33. ICJ Report, 1969, s. 41; 41 ILR, s. 71.

34. A a s. 41, 41 ILR, s. 71.

35. Nicaragua Case, ICJ Reports, 1986, s. 14; 76.

caragua och USA. I början av 1980-talet antog USA en strategi för att bekämpa "terrorister". Detta gjordes dels för att förhindra etableringen av Sandinistregimen i Nicaragua och dels för att förhindra att politiska vänsterideologier skulle spridas till grannländerna i regionen. Regeringar i de centralamerikanska länder som hade nåtts av vänstervågen fick ett massivt militärt och ekonomiskt stöd från USA för att bekämpa vänsterinfluerade motståndsrörelser. Utöver detta etablerades och finansierades under amerikansk ledning i Nicaragua en militär styrka benämnd "contras" vars syfte var att bekämpa den etablerade regimen i Nicaragua. Dessutom minerades nicaraguanska hamnar. Nicaragua instämde USA till Internationella domstolen för att ha företagit militära och paramilitära aktiviteter mot och inom Nicaragua. Genom att USA hade reserverat sig mot domstolens behörighet avseende tolkningen av multilaterala traktater enligt artikel 32(2) – "the multilateral treaty reservation" – kunde domstolen inte beakta FN-stadgan utan tvingades grunda sitt utslag på den allmänna folkrättens regler.[36]

Haagdomstolen godtog inte det amerikanska argumentet att sedvanerättens regler om självförsvar subsumerats av artikel 51 i FN-stadgan och att således stadgan och gällande sedvanerätt var identiska. I sitt utslag underströk domstolen att:

> The Court does not concider that in the areas of law relevant to the present dispute, it can be claimed that all the customary rules which may be invoked have a content exactly identical to that of the rules contained in the treaties which cannot be applied by virtue of the United States reservation. But in addition, even if a treaty norm and a customary norm relevant to the present dispute were to have exactly the same content, this would not be a reason for the Court to take the view that the operation of the treaty process must necessarily deprive the customary norm of its separate applicability.[37]

Effekten av domstolens ställningstagande var att den kunde undersöka självförsvarsrätten mot bakgrund av sedvanerätten. Den amerikanska reservationen hade gjort domstolen oförmögen att undersöka den traktaträttsliga skyldigheten i enlighet med stadgan. Domstolen konstaterade alltså att FN-stadgans regler och sedvanerättens regler i fråga om bruk av våld i stort sett var identiska och att någon motsättning mellan de båda normsystemen inte förelåg. FN-stadgans våldsförbud i artikel 2(4) överensstämde med sedvanerättens våldsförbud, som efter 1945 bl.a. manifesterats ge-

36. Vanderberg reservationen som är från 1946 lyder: "disputes arising under a multilateral treaty, unless (1) all the parties to the treaty affected by the decision are also parties to the case before the Court, or (2) the United States of America specially agrees to jurisdiction".

37. Nicaragua Case, ICJ Reports, 1986, s. 93–94.

nom *opinio juris*-mekanismens inverkan.[38] Denna kan med försiktighet härledas från:

> *inter alia*, the attitude of the Parties and of States toward certain General Assembly resolutions, and particularly resolution 2625 (XXV) entitled 'Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations'. The effect of consent ... may be understood as an acceptance of the validity of the rule or set of rules declared by the resolution ... expresses an *opinio juris*.[39]

Friendly Relations-deklarationen, som det hänvisades till i domslutet, konsensus-antogs av FN:s generalförsamling 1970. Trots domslutets tydliga siffror, tolv röster mot tre, har Haagdomstolen kritiserats i doktrinen. D'Amato tillhör en av kritikerna och hävdar att domslutet är "a failure of legal scholarship" och att "it reveals the august judges of the International Court of Justice as collectively naive about the nature of custom as the primary source of international law" och att domstolen "completely misunderstand customary international law".[40] D'Amato är av den uppfattningen att en sedvanerättslig regel uppstår genom statspraxis och inte nödvändigtvis behöver återfinnas i generalförsamlingens resolutioner eller andra majoritetsantagna politiska dokument.[41] D'Amato hävdar att domstolen bortsåg från det faktum att praxis efter 1945 modifierat stadgans regler om non-intervention i förhållande till dess ordalydelse. Men som Bring konstaterar kan förklaringen finnas i den "doktrinära motsättning" som finns avseende sättet på vilket man skall utvärdera icke-konkreta statsakter – uttalanden och vota i internationella organ – i förhållande till konkreta – objektivt identifierbara – handlingar.[42]

Maurice Mendelson anser att kritiken mot Haagdomstolen är överdriven. Han hävdar att:

> On the other hand certain features of the Court's procedure and reasoning seem somewhat unsatisfactory, and uncritical approval would certainly not be appropriate.[43]

Mendelsons huvudsakliga kritik riktas mot domstolens sätt att använda sig av generalförsamlingens resolutioner som underlag för att fastställa gällande sedvanerätt. Resolutionerna används både för att fastställa det objektiva *usus*-momentet och som bevis för att fastställa *opinio juris*. Men-

38. Bring, FN-stadgan och varldspolitiken, andra upplagan, Stockholm 1997, s. 24.
39. Nicaragua Case, ICJ Reports, 1986, s. 89–90.
40. D'Amato, Trashing Customary International Law, 81 AJIL, 1987 s. 105.
41. A a s. 102.
42. Bring, FN-Stadgan och varldspolitiken, andra upplagan, Stockholm 1997, s. 25 ff.
43. Mendelson, The Nicaragua Case and Customary International Law, Coexistence 1989, s. 85–99, 26

delson rubricerar fenomenet "double counting" och ställer sig frågan om det över huvud taget är tillåtet inom folkrätten.[44] Detta mot bakgrund av att det går stick i stäv med domstolens tidigare utalanden om att båda elementen måste finnas närvarande för att etablera sedvanerätt.[45]

Problemet med generalförsamlingens resolutioner är att FN-stadgan endast ger resolutionerna rekommenderande verkan. Resolutionerna anses spegla staternas egna ställningstagande och inte FN:s. Om resolutionerna uttrycker en *opinio juris* anses de kunna manifestera en rättsrelevant statspraxis (*in abstracto*) som kan bidra till att sedvanerätt uppkommer. Men som bl.a. Mendelson konstaterat uppgraderas generalförsamlingens resolutioner genom "double counting":

> to a particularly potent form of 'instant customary law' – more effective than the usual process of custom formation, where typically the *opinio juris* lags some way behind the practice, and mere declarations of opinion unaccompanied by concrete conduct are widely regarded as of little or no value.[46]

En utförlig diskussion om generalförsamlingens resolutioner följer i kapitel 5.9.

3.5 Sedvanerätten – Artikel 38(1)b

3.5.1 Historisk tillbakablick

Sedvanerätten står uppräknad som nummer två, efter traktater, i artikel 38 i Internationella domstolens stadga. För att få svar på frågan om vilka sedvanerättens element är förefaller en studie av artikel (1)b i stadgan vara en naturlig utgångspunkt. Artikelns hänvisning till internationell sedvänja leder tillbaka till den romerska och kanoniska rätten.[47] Sedvanerättsliga omnämnanden i litteraturen är många och ett av de allra första kan spåras till den grekiske skaldens Pindaros (f. omkr. 520, d. troligen 442 f.Kr.) uttalande om att "cunstom is the king of all tings".[48] Begreppet "internationell sedvänja" är sålunda mycket gammalt. Den första direkta hänvisningen till folkrättsliga normer, däribland internationell sedvänja "*usus*", återfinns för första gången i 1899 års Haagkonvention *on Law and Customs of War*

44. A a s. 85–99, 92, 26, se även ILA Report of the sixty-eighth Conference, Taipei, 1998, s. 326.
45. A a s. 85–99, 92, 26 se även ILA Report, A a s. 326.
46. A a s. 85–99, 92, 26.
47. Se kap. 6.
48. Herodotus i Histories (A.D. Godley översatt 1920) (Leob Classical Library rep. 1969), passage iii s. 38.

on Land. Det så kallade landkrigsreglementet stadgade att civilbefolkningen och de krigförande parterna beskyddades under de folkrättsliga regler som etablerats från "usages existing among civilized nations, from law of humanity and the postulates of public conscience." [49]

Den andra hänvisningen av intresse återfinns i artikel 7 i 1907 års Haagkonvention om tillskapandet av en internationell prisdomstol. (Convention (XII) relative to the Creation of an International Prize Court).[50] Begreppet internationell sedvänja *usus* återfanns inte uttryckligen i artikeln men anses rent allmänt vara inbegripet i artikelns hänvisning till "rules of international law".[51] Internationell sedvänja upptas för första gången som en separat rättslig enhet i Fasta mellanfolkliga domstolen "the Permanent Court of International Justice" som etablerades i Haag 1920.

3.5.2 *Tillkomsten av artikel 38*

Den juristkommitté som tillsattes 1919 av Nationernas Förbund, *Advisory Committe of Jurists*, fick i uppgift att förbereda statuten för den Fasta mellanfolkliga domstolen. Juristkommitténs uppgift var att utarbeta en stadga som domstolen skulle döma efter. Kommittén refererade i sitt arbete till de båda tidigare Haagkonferenserna och till den ovan nämnda artikeln 7 i Haagkonventionen från 1907 avseende etablerandet av en internationell prisdomstol.[52] I detta sammanhang gjordes också referenser till de separat skisserade förslagen som gjorts av medlemsstaterna själva och till de förslag som förberetts av olika arbetsgrupper.[53] Bara i det tyska arbetsutkastet omnämndes "sedvanerätt" uttryckligen i textförslaget. Där kan man t.ex. i artikel 35 utläsa att "[t]he decision of the tribunal is based according to international agreements, *international customary law*, (min kursiv.) and according to general principles of law and equity." I det förslag som de fem neutrala staterna gemensamt utarbetat och i det schweiziska försla-

49. Conférence Internationale de la Paix, La Haye 18 Mai – 29 Juillet 1899, Nouv. Ed., La Haye 1907, Annex, s. 18.

50. 1907 års Haagkonventioner omfattar tolv olika konventioner. Se även Hudson, The Permanent Court of International Justice, New York, 1934, s. 523 ff.

51. Article 7 "If a question of law to be decided is covered by a treaty in force ... the Court is goverend by the provisions in the said treaty. In the absence of such provisions, the Court shall apply the rules of international law. If no generally recognized rules exist, the Court shall give judgement in accordance with the general principles of justice and equity". Se SOU 1979:73, Krigets Lagar, folkrättsliga konventioner gällande under krig, neutralitet och ockupation, s. 65. Se även Wolfke, Custom in Present International Law, second revised edition, Dordrecht 1993, s. 21; Hudson, The Permanent Court of International Justice, New York, 1934 s. 523.

52. Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, Proces-Verbaux, June 16th–July 24th 1920, s. 323, 324, 729 (harefter refererat till Proces-verbaux).

53. A a s. 23–27, 41, 43, 729.

get nämndes inte bara traktater utan också "recognized rules of international law" och "principles of law of nations" vilket anses innefatta den internationella sedvanerätten. Emellertid definierades inte begreppet internationell sedvanerätt i något av utkasten.

Den belgiske kommittéordföranden baron Descamps, inledde en diskussion om vilka rättsregler den framtida domstolen skulle tillämpa. Han presenterade ett artikelutkast som underlag för den fortsatta diskussionen. Förslaget löd:

> The following rules are to be applied by the judge in the solution of international disputes; they will be considered by him in the undermentioned order:
>
> 1. conventional international law, whether general or special, being expressly adopted by the States;
>
> 2. international custom, being practice between nations accepted by them as law;
>
> 3. the rules of international law as recognized by the legal conscience of civilized nations;
>
> 4. international jurisprudence as a means for the application and development of law.[54]

Descamps kommenterade sitt förslag i ett tal som hölls vid det 14:e kommitté-mötet den andra juli 1920.[55] Descamps konstaterade bl.a. att alla ledamöter var överens om att i de fall en överenskommelse gjorts mellan parter skulle domstolen i första hand tillämpa densamma.[56] Descamps tillade sedan att i de fall en klart definierad sedvänja tagit form eller om sedvanerätt etablerats så var det domstolens skyldighet att tillämpa denna. Han sade vidare att:

> Custom has always played an important part in, and been especially applicable to the law of nations, because in the absence of legislation and in view of the limited development of conventional law between States, the development and establishment of the law of nations has taken this form. It is a very natural and extremely reliable method of development since it results entirely from the constant expression of the legal convictions and the needs of the nations in their mutual intercourse.[57]

För Descamps är traktater och sedvanerätten givna som källor, men han säger att den enda fråga som måste klargöras

> is after having recorded as law conventions and custom, *objective justice* [min kursiv.] should be added as a complement to the others under conditions which are calculated to prevent arbitrary decisions.[58]

54. A a s. 306.
55. Annex 1., Speech by Baron Descamps on the Rules of Law to be applied, Proces-verbaux, June 16th–July 24th 1920, s. 322.
56. A a s. 322.
57. A a s. 322.
58. A a s. 322.

Begreppet "objective justice" indikerar att det är fråga såsom Kelsen skriver:

> la conception selon laquelle la coutume n'a pas de caractère constitutif, l'état de fait de la coutume ne cré pas la règle de droit mais n'est que la preuve du fait qu'une règle de droit exist déja dans la conscience sociale.[59]

I den efterföljande diskussion som the Advisory Committee of Jurists höll 1920 visade vissa kommittéledamöter tveksamhet mot de rättsregler som föreslagits. Den amerikanske representanten Root var tveksam till om stater överhuvudtaget skulle acceptera sedvanerätten som en rättsregel.[60] Den brittiske juristen Lord Phillimore såg däremot positivt på den första delen av det förslag som presenterats av de fem neutrala staterna, där det framgick att domstolen skulle tillämpa internationella överenskommelser och när inte några sådana regler återfanns "recognized rules of international law" dvs. allmänna rättsgrundsatser.[61] Den italienske juristen Ricci-Busatti insisterade å andra sidan på en internationell sedvänja "... as evidence of common practice among said States, accepted by them as law."[62] Detta motiverades med att "custom, like any convention applicable to a State, must be in force between the parties of the dispute.[63]

I den slutliga rapport som kommittén presenterade framgick inte gruppens doktrinära motsättningar. Kommittén omarbetade emellertid bestämmelsen som till slut blev artikel 35 i Fasta mellanfolkliga domstolens stadga. Detta löd "international custom, as evidence of a general practice, which is accepted as law."[64]

Den slutliga versionen som är den nu gällande ordalydelsen i artikel 38(1)b skiljer sig alltså inte nämnvärt från Descamps ursprungliga förslag. Det är endast orden "being practice between nations" som bytts ut mot "as

59. Kelsen, Théorie du droit international coutumier, 13 RITD 1939, s. 259.

60. Proces-verbaux, s. 293, "Mr Root: [as in the proces-verbal of the Committee] The States would not accept a Court which had the right to settle disputes in accordance with rules established by the Court itself and by the interpretation of more or less vague principles ... Nations will submit to positive law, but will not submit to such principles as have not been developed into positive rules supported by an accord between all States." Committee, s. 286–287. Vidare kan man läsa i samma proces-verbaux att : "Mr. Root at a first reading found nothing in clause 1 and 2 of the President's project which required amendment, but even if, personally, he would accept the clause relative to international custom, he was not certain that 50 states would agree on the subject."

61. A a s. 295, "Summing up, Lord Phillimore said that he was disposed to adopt a rule of the Five Power's project, to make the Court, apply international law in force in the absence of any conventional law. In order to record the fact that not only written law but also customary law must be taken into account, – a point which was necessary considering the Anglo-Saxon conception of law, – he wished, however, to add to the draft after the words "rules of international law", the following words: "from whatever source they may be derived".

62. A a s. 351.

63. A a s. 584, och 351 och 597.

64. A a s. 680.

evidence of general practice". Samtidigt jämkades också den engelska texten så att den bättre överensstämde med den ursprungliga franska texten.[65]

Vid den konferens som hölls i San Francisco 1945 för FN:s bildande antogs NF:s tidigare statut utan några större ändringar. Artikel 38 i Internationella domstolens stadga kom sålunda att bli en integrerad del av FN-stadgan. De ändringar som gjordes i stadgan var av formell art och resulterade endast i ett utbyte av namn.[66]

3.5.3 Ordalydelse och kritik

Artikel 38(1)b i Internationella domstolens stadga anger att då tvister hänskjuts till domstolen, skall domstolen tillämpa "international custom as evidence of a general practice accepted as law" och enligt den franska texten "la coutume internationale, comme preuve d'une pratique générale accepte comme étant le droit". Den auktoritativa definitionen av sedvanerättsbegreppet har i princip kommenterats av så gott som alla som över huvud taget skrivit i ämnet. Definitionen anses vara oklar och är därför inte helt okontroversiell.[67] Kritiken har tagit olika former. Exempel på denna kritik som förts fram i doktrinen är t.ex. Anzilottis rader:

> Curious, if nothing more, is the wording of Paragraph 2 of Article 38 of the Statute of the Permanent Court ... which speaks of customary law as of evidence of general practice accepted as law; whereas it is precisely the generally accepted practice which constitutes customary law.[68]

65. Den franska texten: " ... la coutume internationale, attestation d'une pratique commune, acceptée comme loi".

66. Internationella domstolen i Haag kallas populärt för "World Court". Den har sitt säte i Fredspalatset i Haag och är enligt FN-stadgans artikel 92 "Förenta Nationernas främsta rattskipande organ". Internationella domstolen i Haag föregicks av den Fasta mellanfolkliga domstolen – Permanent Court of International Justice (PCIJ) – vars statut tradde i kraft 1921. Enligt statuten till PCIJ var inte domstolen en del, ett organ, under Nationernas Förbund. PCIJ var operativ under åren 1922 till 1940. ICJ grundades 1945 när FN-stadgan trädde i kraft den 24 oktober samma år. ICJ statut utgör en integrerad del av FN-stadgan vilket innebar att alla FN-medlemsstater (idag 200) automatiskt är parter till domstolens statut. Domstolens öppningssammantrade hölls den 18:e april 1946. I enlighet med domstolens statut har domstolen en dubbel funktion. Dels att avdömma tvister som hanförs till domstolen av suverana stater (contentious jurisdiction) och dels också att avge rådgivande yttranden (advisory jurisdiction) kan framföras av vissa FN-organ. Domstolens funktioner regleras av FN-stadgan, domstolens statuter, domstolens regler – som reviderades 1978 – och en "Resolution concerning the International Judicial Practice of the Court". Domstolens statut har inte reviderats sedan den trädde ikraft 1945.

67. Tomushat, Obligations Araisin, for States Without or Against their Will, 241 RdC 1993-IV, s. 278.

68. Anzilotti var en av de forsta som riktade kritik mot artikelns ordalydelse, Cours de droit international public, Paris 1929, s. 109. Se även Gihl Huvuddragen av den allmänna folkrätten, Stockholm 1956, s. 28 ff., och Villiger, Customary International Law and Treaties, Kluwer 1985, s. 3, skriver "1(b) reverses the logical order of events ... ", samma resonemang hittar man hos Bos, The Recognized Manifestations of International Law: A New Theory of 'Sources', 20 GYIL 1977, s. 25.

Bortsett från att Anzilotti talar om "customary law" och inte som det står i artikeln "international custom" förefaller kritiken vara befogad. Hudson riktade också liknande kritik vid ILA:s möte 1950 där han konstaterade att den ifrågavarande artikeln "... was not very happily worded. It would be better to say "international practice, as evidence of a general custom etc"[69] dvs. internationell praxis, utgörande bevis för en allmän sedvänja godtagen såsom gällande rätt. Schwarzenberger tillhör också de folkrättsjurister som reagerat på den egendomliga ordalydelsen i artikel 38(1)b.[70] Schwarzenberger skriver att:

> It is essential not to be misled by the faulty draftmanship which is responsible for the somewhat unhappy formulation of this clause. In the first place, international custom, as used in this Sub-paragraph, means international customary law. Secondly, the Court does not apply international custom in this sence because it is evidence of a general practice accepted as law. The position is the reverse.[71]

Tunkin som uttryckligen anammade artikeln utan att anmärka på dess brister riktade trots detta indirekt kritik genom att säga att en allmänt accepterad praxis utgjorde bevis för en internationell sedvänja, utan att närmare motivera sitt ställningstagande.[72] Basdevant konstaterade rätt och slätt att "article 38 was not well drafted," men att "it would be difficult to make a better draft in the time at the disposal of the Committee."[73]

De allra flesta i doktrinen förefaller vara överens om att artikelns ordalydelse implicit innebär att domstolen skall tillämpa internationell sedvanerätt som består av en statspraxis som godtagits såsom gällande rätt. Detta förefaller vara den rimligaste tolkningen. Med tanke på att artikeln inte uttrycker detta har förvirringen under åren varit stor men skadan trots allt ganska liten skriver Bring, eftersom sedvanerättens *objektiva* och *subjektiva* element funnits med som en naturlig förutsättning för artikelns tillämpning.[74] Denna uppfattning delas också av Haggenmacher som tydliggör

69. YBILC 1950, vol I, s. 4. Av de moderna folkrättsförfattarna återfinns denna kritik hos t.ex. van Hoof, Rethinking the Sources of International Law, Deventer 1983 och Degan, Sources of International Law, Kluwer Law 1997; Bos, The Recognized Manifestations of International Law: A New Theory of 'Sources', 20 GYIL, 1977, s. 25.

70. Schwarzenberger, International Law, Vol. I, third edition, London 1957, s. 39.

71. A a s. 39.

72. Tunkin, Co-existence and International Law, 95 RdC, 1958-III s. 13–14. Se även Bos, The Recognized Manifestations of International Law: A New Theory of 'Sources' 20 GYIL 1977 s. 25, som säger "as evidence" should be taken to mean 'in the sence of', for were they taken literally, they would imply that a general practice is evidenced by custom, which is, of cource, the reverse of what must have been intended ... " Liknande kritik framförs också av Danielenko, The Theory of International Customary Law, 31 GYIL 1988, s. 10.; Haggenmacher, La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la cour internationale 90 RGDIP 1986, s. 18. Verzijl, International Law in Historical Perspective, Vol. I, General Subjects, Leyden 1968, s. 33, riktar också traditionell kritik till artikelns ordalydelse.

73. UNCIO, San Francisco (1945), Vol. XIV s. 176.

sitt ställningstagande genom att helt enkelt skriva "la pratique générale' incarne l'élément matériel, tandis que l'élément subjectif dans la fait d'être 'acceptée comme étant le droit' ".[75]

Andra författare har försökt försvara den diffust formulerade artikelns ordalydelse genom att försöka finna en sociologisk och historisk anknytning till ordalydelsen. Charles de Vissher hävdade att när en sedvanerättslig regel väl är fastställd utgör den en indikation på en etablerad praxis som fungerar som underlag för den ifrågavarande normen vilket bekräftar praxis.[76]

Mendelson skriver däremot:

> Intrestingly ... the much – criticised definition contained in Articles(1(b)) of the Statute of the Court may not be so inept as has previously been thought to be the case. In the expression 'a general practice accepted as law', the acceptance might be consent in some cases, and in others acknowledgement that something is already the law – an acknowledgement, incidentally, that need not come from States alone.[77]

Den oklart formulerade paragrafen i artikel 38(1) (b) beror inte på någon försummelse från upphovsmännens sida. Den berodde snarare på att juristkommitténs ledamöter hade motstridiga uppfattningar om artikelns utformning.

Orsaken till artikelns oklarhet torde ha sin grund i den av Kelsen tidigare presenterade teorin om "objektiv rätt" som återspeglade tidsandan och som föreföll vara en etablerad uppfattning bland juristkommitténs ledamöter.[78] Denna uppfattning återfanns som tidigare nämnts i Descamps presenterade förslag. Wolfke skriver att:

74. Bring & Mahmoudi, Sverige och folkrätten, Stockholm, 1998, s. 24. Se även Verzijl som delar denna uppfattning, International law in Historical Perspective, Vol. I, General Subjects Leyden 1968, s. 33, Henkin et al., International Law, Cases and Materials, third edition, West Publishing, 1993, s. 54–55.

75. Haggenmacher, La Doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour International, 90 RGDIP 90 1986, s. 18–19.

76. de Vissher, "... sociologiquement et historiquement, c'est l'inverse qui est vrais, car ... c'est la pratique qui apporte la démonstration de la coutume. Mais formellement, la coutume une fois constituée, présuppose et, par conséquent, attest la pratique qui lui sert de base". 86 RdC, 1954-II s. 449–533.

77. ASIL/NVIR Proceedings, 1995, s. 30.

78. Kelsen, Téorie du droit international coutumier, RITD, vol. I, 1939, no. 4, s. 259–260, (§11)."La conception selen laquelle la coutume n'a pas caractère constitutif, l'etat de fait de la coutume ne crée pas la règle de droit mais n'est que la preuve du fait qu'une règle de droit existe déja dans la conscience sociale, cette conception correspond particulièrment à la doctrine francais du soi-disant droit objectif qui se 'manifest' dans la droit positif, c-à-d. Dans le droit coutumier, les lois étatiques, les traités internationaux, etc. D'après cette théorie, représentée par Leon Duguit et son écol, l'expression de volonté est impuissante à créer par elle-meme, une modification dans l'ordre juridique ... La cause efficiente du *droit objectif*, c'est la conscience de la solidarité qui existe entre les membres de n'importe quel groupement humain".

> *opinio juris sive necessitatis* is a conception clearly combined with recognition of a sort of objective law, where practice is not a creative factor but only evidence of an already existing right or duty.[79]

Detta var en uppfattning som fick ett solitt grepp om sedvanerätten. *Opinio juris*-begreppets definition syntes styras av den objektiva rättens teori. Detta framgår också av International Law Commissions (ILA) diskussion från 1950 som bl.a. ägnade sig åt att fastställa "*ways and means for making the evidence of customary international law more readily available*".[80] Kommissionen diskuterade ett arbetsutkast som utarbetats av Manley O. Hudson (se 3.5.4).

Av ordalydelsen framgår det vidare att författarna till artikeln med "international custom" menade generellt accepterade regler. Det förefaller också vara en korrekt iakttagelse att majoriteten i kommittén ansåg att ordföljden "accepted as law" avsåg en överenskommelse mellan stater, dvs. uttryck av "vilja" och inte en känsla eller övertygelse som baserades på det då nyligen introducerade konceptet *opinio juris* vilket vilade på en övertygelseuppfattning.[81] Den övertygelsebaserade uppfattningen hade så sent som 1919 presenterats av Gény som i en civilrättslig text – *Methode d'Interpretation Et Sources En Droit Privé Positif* – i vilken begreppet *opinio juris* myntades. [82] Detta är något som inte många folkrättsförfattare har uppmärksammat. Där beskrevs sedvanans två element för första gången med "a material one – the long and constant usage; and a psychological one – *the conviction* [min kursiv.] about a legal sanction which specifies and qualifies a usage as a binding custom".[83] Kommitténs uppfattning kan ha varit starkare knuten till den voluntaristiska uppfattningen men grumlades av övertygelseuppfattningen som syntes underminera staternas oberoende och som ännu inte riktigt vunnit allmän acceptans.

Det avgörande resultatet av detta skriver holländaren Meijers:

> is to be found in the clash between the two schools of legal scholars at the diplomatic conference held after the First World War to draft a Statute for a World Court: the romantically inclined historical school and the rigorously positivist school. The former group took the view that customary law was something that existed in a human community or in a community of states but in a concealed form; lawyers (in-

79. Wolfke, Custom in Present International Law, Dordrecht 1964, s. 53.

80. YBILC 1950-I, s. 4. ff.

81. A a s. 54–58.

82. François Gény, Methode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif, second edition, Paris 1954, s. 252., se även Hommage d'une Génération de Juristes au Président Basdevant, 1960, s. 259 och i Traité de Droit International Public, Tome I, 1967, s. 102. Se även Benson, Francois Gény's Doctrine of Customary Law, 20 Can. YIL, 1982, s. 267–281.

83. Benson, François Gény's Doctrine of Customary Law, 20 Can. YIL, 1982 s. 243, se även kapitel 6 för en noggrannare genomgång av denna uppfattning.

> cluding those in a law court) had simply to find that law, identify it and recognize it. The latter group, on the other hand, were of the opinion that the law was not something which emerged anonymously from a community of people or of peoples, but was something which was consciously made by authorized and identifiable persons performing identifiable acts. The result of this 'choc des opinion' was not that the truth emerged, but that – as so often happens – an enigmatic formula was accepted as a diplomatic compromise.[84]

Mendelson skriver däremot att "the drafting history of Article 38(1) of the Statute of the Court seems to show that para. (b) was not intended to mean tacit agreement."[85] Med tanke på det ovan sagda förefaller uttalandet inte vara helt klart, men i linje med den positivism som utvecklades under 1930-talet och som alltmer kom att genomsyra den moderna doktrinen och den vidare tolkningen av artikeln. Däremot kan man läsa i International Law Association's (ILA:s) 68:e rapport från 1998 att:

> Interestingly, the reference in Article 38(1)(b) to 'a general practice accepted as law' is apt to cover both acceptance in the sense of consent to a rule's becoming law, and acceptance as acknowledgment, recognition of something as being law.[86]

D'Amato skriver att doktrinen inom detta område är full av motsättningar och att man kan få en uppfattning om den förvirring som råder genom att studera den generellt sett mest accepterade formeln som förklarar sedvanerättens härkomst. ICJ-domaren Hudson, en av vår tids auktoriteter inom folkrätten, kungjorde på uppdrag av ILC sitt stadgande efter att noggrant ha studerat de mest sakkunniga författarnas lärosatser i doktrinen.[87]

3.5.4 ILA:s diskussion 1950

International Law Association diskuterade vid sitt 14:e möte, så sent som 1950, ett förslag som utarbetats av Hudson tillsammans med Brierly. Förslaget rörde artikel 24 i ILA:s statuter. Den innehöll fem punkter som skulle utgöra underlag för att underlätta den sedvanerättsliga utvärderingen. Förslaget som var nära knutet till artikel 38 i Internationella domstolens stadga rubricerades som tidigare nämnts för *Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available.* Hudsons förslag innehöll fem punkter:

84. Meijers, How is International Law Made? – The Stages of Growth of International Law and the Use of its Customary Rules, 9 NYIL 1978, s. 12, jfr Haggenmacher, La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la cour internationale, 90 RGDIP, 1986 s. 19, "... la formule serait au contraire tributaire de l'Ecole historique et de l'Ecole du droit objectif: c'est ce qui expliquerait sa curieuse formulation ...".

85. ASIL/NVIR Proceedings, 1995, s. 27.

86. ILA Report of the Sixty-eight Conference, Taipei 1998, s. 322, not 2.

87. D'Amato (ed.), International Law Anthology, Anderson Publishing Company, 1994, s. 61.

> (1) concordant practice by a number of States with reference to a type of situation falling within the domain of international relations; (2) continuation or repetition of the practice over a considerable period of time; (3) conception that the practice is required by or, consistent with prevailing international law; (4) and general acquiescence in the practice by other states.
> (5) Of cource the presence of each of these elements is to be established (*doit etre constaté*) as a fact by a competent international authority.[88]

Hudson tillade att "if this outline of the necessary elements is somewhat lacking in precision, it may serve nevertheless as a guide for determening the character of the evidence of customary international law which should be made more readily available".[89]

Wolfke hävdar att:

> the requirements enumerated are very rigorous, exceeding those envisaged in subparagraph 1(b) of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice.[90]

D'Amato's sammanfattande kritik är däremot att Hudsons uppställda kriterier förefaller ha skapat fler frågor än de lyckats lösa.[91] Anledningen till detta hävdar D'Amato är textinnehållets ospecifika karaktär. Denna kritik förefaller vara befogad och som exempel kan nämnas den uppenbara bristen på precision i bl.a. den tredje punkten. D'Amato frågar sig med all rätt hur ordalydelsen "conception that the practice is required by, or consistent with, prevailing international law" kan hjälpa till att förklara uppkomsten av en sedvanerättslig regel. En beskrivning av sedvanans subjektiva element kan inte förklara sedvanerättens konstitutiva egenskaper eftersom ingen ny regel kan vara baserad på en praxis som upplevs som krävd av redan existerande rätt. Inte heller kan Hudsons formel förklara hur existerande rätt förändras eftersom ingen ändring per definition kan vara baserad på en praxis som är förenlig med rådande rättsregler. Hudsons formel kan i denna version endast bidraga till att identifiera en redan existerande sedvanerättsregel. Formeln kan bara förklara sedvanerätten som deklaratorisk (som uttryck för *lex lata*).

Vidare riktar D'Amato kritik mot den fjärde punktens brister, inte bara för dess ospecifika karaktär, utan också för att det centrala begreppet "acquescence" lämnas odefinierat.[92] Slutligen riktas också kritik mot den femte punkten som enligt D'Amato "[d]oes not fulfill its apparent purpose of assuaging those who had doubts about the preceding four. It states that in-

88. YBILC 1950-I, s. 26.
89. A a s. 26.
90. Wolfke, Custom in present international law, andra upplagan, Dordrecht, 1993, s. 30.
91. D'Amato, International Law Anthology, Anderson Publishing Company 1994, s. 62.
92. A a s. 62.

ternational custom does not exist until a "competent international authority" pronounces it to exist".[93] Detta återspeglar en extremt positivistisk uppfattning.

Den sammantagna bedömningen av Hudsons inlägg är därför förvillande, detta med tanke på den kritik som Hudson själv riktade "that the authors of article 38 of the statute of the International Court, and article 24 of the statute of the Commission, had not a very clear idea as to what constituted international custom".[94]

En bättre definition av begreppet sedvanerätt ger the American Law Institute i Restatement of Law[95] (Third §102 of the Foreign Relations Law) där det står att:

> customary international law results from a general and consistent practice of states followed by them from a sense of legal obligation.

Denna definition förtydligar i jämförelse med artikel 38 i Internationella domstolens stadga sedvanerättens element och klargör sedvanerättens utflöde från statspraxis samtidigt som den nödvändiga känslan av juridisk förpliktelse som erfordras för att etablera sedvanerätt bekräftas. Här kan man kanske kritisera artikeln för att den nämner begreppet "legal sence" och inte det i sammanhanget mer naturliga begreppet "legal conviction". The American Law Institute's "restatement" diskuteras emellertid inte i någon större utsträckning i doktrinen.

Trots bristerna i artikel 38 anses den ändå vara den artikel som ger en *de facto* auktoritativ definition på begreppet internationell sedvanerätt.

3.6 Allmänna rättsgrundsatser – Artikel 38(1)c

Artikel 38(1)c i domstolens stadga hänvisar till ytterligare en källa som enligt de flesta författare klassificeras som en fullödig formell rättskälla.[96] Artikeln talar om: "general principles of law recognized by civilized na-

93. A a s. 62.

94. YBILC 1950-I, s. 6.

95. Restatement of Law, en serie volymer forfattade av the American Law Institute, som beskriver lagstiftningen inom olika rättsområden, hur de kan ändras och vilken inriktning lagen kan tänkas få i framtiden.

96. Tunkin, General Principles of Law, i International Law, Marcic, (ed.), Internationale Festschrift für Alfred Verdross, München 1971, s. 531. Även av samme författare i Theory of International Law, translated by Butler, London 1974, s. 375. Se aven Danelienko, Sources of International Law in a Changing Society: Theory and Practice, i Perestroika and International Law, (Butler, ed.), Netherlands 1990, s. 74; Brownlie, Principles of Public International Law, fifth edition, Oxford 1998, s. 18–19.

tions". "Allmänna grundsatser" anses vara en kontroversiell källa som av naturliga skäl givit upphov till en livlig diskussion i doktrinen.

En inledande anmärkning som kan göras är att artikeln refererar till "civilized nations". Alla nationer anses numer vara civiliserade skriver Akehurst och begreppet som används idag är därför "fredsälskande stater" vilket återfinns i FN-stadgans artikel 4.[97] En av stadgefäderna till artikel 38, fransmannen de Lapradelle hävdade redan 1919, då artikeln diskuterades i *the Advisory Committe of Jurists* att begreppet var överflödigt eftersom "law implies civilized nations".[98] Begreppet "de civiliserade folken" har kritiserats för att vara "eurocentriskt". Det är beklagligt att begreppets brister inte beaktades redan från början. Detta skulle ha förhindrat mycket av den kritik som riktades mot artikeln och de missförstånd som uppstod rörande frågan om vilka stater som ansågs vara civiliserade.[99]

Diskussionerna kring denna källa initierades och utarbetades av den av NF tillsatta juristkommittén. Av förarbetena framgår att tyngdpunkten i den diskussion som fördes 1920, och som sedermera skulle mynna ut i den ordalydelse som återfinns i nuvarande artikel 38 i Internationella domstolens stadga, lades på den tredje källan dvs. "allmänna rättsgrundsatser".[100] Orsaken därtill var att majoriteten av kommitténs medlemmar var överens om att traktater och sedvanerätt inte var tillräckliga som källor. Man var rädd för att domstolen skulle kunna hamna i ett läge då det inte fanns några rättsregler att ta till för att döma i en tvist – *non liquet*. Av den anledningen behövdes ytterligare en källa. De två huvudsakliga källorna skulle därför kompletteras med en tredje vilket skulle tjäna som utfyllnad i händelse av att traktater och sedvanerätt inte skulle räcka till.[101]

Meningsmotsättningar uppstod dock om vad den tredje källan skulle innefatta. I det tidigare nämnda artikelutkastet som presenterades av Juristkommitténs ordförande Descamps, löd den tredje punkten

> 3. the rules of international law as recognized by the legal conscience of civilized nations.[102]

97. Akehurst, A Modern Introduction to International Law, seventh edition, (P. Malanczuk, ed.), London 1997, s. 48.

98. Proces-verbaux, s. 335.

99. Degan, Sources of International Law, The Hague 1997, s. 49.

100. Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, Proces-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th–July 24th 1920, with Annex (The Hague Van Langenhutsen Brothers) s. 293–351. (Härefter refererat som Proces-Verbaux.)

101. Proces-Verbaux, s. 295–296.

102. A a s. 306.

Förslaget väckte stark opposition, framför allt från angloamerikanskt håll. Den amerikanske juristkommitténs representant Root hävdade att ingen stat skulle behöva underkasta sig en domstols tvingande jurisdiktion som baserades på okända rättsgrundsatser och som inte hade accepterats av den ifrågavarande staten. Root stödde sitt argument på att förslaget skulle medföra att domstolen skulle "apply principles, differently, understood in different countries".[103] Descamps hävdade att sekundära rättsprinciper varierar från en stat till en annan och att:

> it is no longer true when it concerns the fundamental law of justice and injustice deeply engraved on the heart of every human being and which is given its highest and most authoritative expression in the legal conscience of civilized nations.[104]

Det var ett naturrättsligt argument som majoriteten i kommittén 1920 hade svårt att förlika sig med. Den österrikiske folkrättsprofessorn Verdross som uttryckt sin mening utanför kommitténs auditorium hävdade att de "allmänna rättsgrundsatserna" inte behövde återfinnas i konkret lagstiftning i de olika ländernas positiva rätt, utan kunde återfinnas i något så vagt formulerat som "det allmänna rättsmedvetandet som ansågs ha en stark naturrättslig koppling".[105]

Juristkommitténs franske representant de Lapradelle föredrog i stället en kortare och kärnfullare ordalydelse genom att föreslå att "the Court shall judge in accordance with law, justice, and equity." Lapradelle underströk också att domstolen inte skulle agera lagstiftare.[106] Hagrup, juristkommitténs norske representant, hävdade att domstolen bara skulle ta till skälighetsresonemang – equity – om de tvistande parterna givit domstolen tillåtelse till detta. Däremot höll Hagrup med Lapardelle om att domstolen måste kunna tillämpa vissa principer för att ha möjlighet att täppa till den positiva rättens luckor och inte tvingas stanna vid ett *non liquet*.[107] Den italienske representanten Ricci-Busatti hävdade i ett uttalande att "[t]hat which is not forbidden is allowed; that is one of the general principles of law which the Court shall have to apply", vilket är en princip som ger staten ett visst handlingsutrymme och som främjar statens intressen och oberoende.[108] Juristkommitténs brittiska och amerikanska förslag vann successivt gehör trots att båda representanterna i kommittén indirekt accepterade den företrädda uppfattningen att traktater och sedvanerätt inte ut-

103. A a s. 308.
104. A a s. 310 f.
105. Bring & Mahmoudi, Sverige och folkrätten, Stockholm 1998, s. 27.
106. Proces-Verbaux, s. 296.
107. A a s. 296.
108. A a s. 314.

gjorde tillräckliga källor för ett rättsligt avgörande och att man borde eliminera risken för att inte tvingas stanna vid ett *non liquet*.

Phillimore förklarade skillnaderna i synsätt genom att hävda att i

> the continental idea of justice; at the outset strict limitations are imposed on the judges, then through fear of restricting them too much they are given complete freedom within these limits. The English system is different: the judge takes an oath 'to do justice according to law'.[109]

Anmärkningen är berättigad. I det kontinentala systemet ges domaren inga rättsskapande möjligheter medan domaren i det anglosaxiska systemet som bygger på rättsfallsprejudikat ges ett mandat att ta del i den rättsskapande processen.

Phillimore tillade vidare att problemet var om de regler som domstolen skulle tillämpa skulle utvidgas och hur detta i så fall skulle ske. Den amerikanske ledamoten Root föreslog därför en förändring till punkterna 3 och 4 i det av Descamp tidigare presenterade förslaget. Enligt Root borde punkt 3 ändras från "the rules of international law as recognized by the legal conscience of civilized nations" till: "the general principles of law recognized by civilized nations".

Punkt 4 i Descamps förslag "international jurisprudence as a means for the application and development of law" borde ändras till "the authority of judicial decisions and the opionions of writers as a means for the application and development of the law". Detta blev också den nu gällande lydelsen.

Den brittiske ledamoten Phillimore gav en förklaring till ordalydelsen i punkt 3. "The general principles referred to in point 3 were those which were accepted by all nations – *in foro domestico* – such as certain principles of good faith and the principles *res judicata*, etc". Med andra ord inbegrep begreppet "general principles of law" rättsliga maximer.[110] Phillimores förklaring är den nu allmänt rådande uppfattningen i doktrinen och den stämmer också överens med de uppfattningar som återfinns i såväl skiljedomstolars praxis som i Internationella domstolens. Men denna uppfattning är emellertid inte i fas med den voluntaristiska uppfattningen som fortfarande finns och som hävdar att en stat inte kan förpliktigas juridiskt om den inte avgivit sitt samtycke uttryckligt eller tyst.

109. A a s. 315.
110. A a s. 335.

Mellan dessa uppfattningar återfinns den nu rådande uppfattningen som de flesta folkrättsjurister ansluter sig till, nämligen att de allmänna rättsgrundsatserna utgör en separat källa med ett ganska begränsat syfte.[111]

För att få rätt perspektiv på och en bättre förståelse för *non liquet*-problematiken kan en jämförelse med nationell rätt vara på sin plats. I den inomstatliga rätten kan en domstol undvika att hamna i en *non liquet*-liknande situation genom att deducera fram rättsrelevanta regler genom analogi från redan etablerade regler eller från grundläggande rättsliga principer. Detta görs med hjälp av rättvise- och skälighets-resonemang. Risken att en domstol skall hamna i en *non liquet*-liknande situation inom den nationella rätten är således ganska liten.

En *non liquet*-situation inom folkrätten kan däremot vara ett ganska stort problem. Den internationella rätten var 1920 en relativt sett ganska outvecklad rättsordning. Följaktligen var den tredje källan viktig. Man använde sig därför av "allmänna rättsgrundsatser" för att fylla det tomrum som eventuellt skulle kunna uppstå om traktater och sedvanerätt inte skulle räcka till. Akehurst skriver:

> General principles of law, in the sense of principles borrowed by international law from municipal law, were mentioned in Article 38 of the international Court's statute in order to enable the Court to fill gaps in tretaies and customary law; they can therefore be applied only in the absence of rules (or at least specific rules) of treaty law or customary law.[112]

Dessutom gjordes detta för att inte underminera folkrätten. Denna skulle onekligen ta skada av domstolens oförmåga att fatta beslut på grund av brist på lämpliga rättsregler. Vad menar man då med "allmänna rättsgrundsatser" och varifrån hämtar Internationella domstolen dessa? Det är inte helt klart om de allmänna rättsgrundsatserna härrör från den inomstatliga eller den internationella rättens regler. Detta torde dock sakna betydelse. Det avgörande är nämligen att domstolen har möjlighet att söka efter "allmänna rättsgrundsatser" i båda systemen vilket gör att möjligheten ökar att finna lämpliga normer. Detta innebär inte att domarna i den Internationella domstolen behöver känna till alla länders interna rättsordningar. De rättssystem som finns i världen delas ofta in i olika familjer vilket underlättar domarnas arbete. Gemensamma element återfinns i de oli-

111. Akehurst, the Hierarchy of the Sources of International Law, 47, BYBIL, 1974/75, s. 278; se även Bogdan, General Principles of Law and the Problem of Lacunae in the Law of Nations, NTIR 1977, s. 37–53.

112. Akehurst, A Modern Introduction to International Law, seventh edition, (Malanczuk, ed.), London 1997, s. 48–50; Brownlie, Principles of International Law, fifth edition, Oxford 1998, s. 18–19.

ka systemen. Allmänna rättsgrundsatser hänförs då till "the major legal systems of the world".[113] Principerna som används är av allmän art och ofta med sedvanerättslig förankring. Hit hör t.ex. den folkrättsliga termen diplomatisk immunitet och den havsrättsliga principen om det fria havets nyttjande.[114]

En hänvisning till Internationella domstolens praxis kan vara belysande för att visa hur "allmänna rättsgrundsatser" använts i praktiken. Nedan följer några av de ledande fallen.[115]

I *Chorzów Factory Case* från 1928,[116] som gällde en konfiskation av en nitratfabrik i Chorzów i Övre Schlesien i Polen klargjorde den Permanenta domstolen i Haag att:

> it is a general conception of law that every violation of an engagement involves an obligation to make reparation.[117]

I samma domslut fastställde domstolen att gottgörelse skulle ges enligt principen *restitutio in integrum*. Detta innebär att rättskränkningen skall repareras så att den kränkta staten försätts i samma ekonomiska situation som om rättskränkningen inte hade ägt rum.[118]

I *Corfu Channel Case* från 1949 hänvisade Internationella domstolen till indicier med motiveringen att:

> this indirect evidence is admitted in all systems of law and its use is recognised by international decisions.[119]

Domstolen har också beaktat principen om *estoppel*. Denna princip innebär att en stat indirekt hindras från att genom "acquiesence" i en given situation vid ett senare tillfälle återta ett tidigare gjort uttalande/handling.[120] I *Temple Case* från 1962 tillämpade Internationella domstolen denna prin-

113. Akehurst, A Modern Introduction to International Law, seventh edition, (P. Malanczuk ed.), London 1997, s. 48–50; Brownlie, Principles of Public International Law, fifth edition, Oxford 1998, s. 18–19; Shaw, International Law, third edition, Cambridge, 1995, s. 84–87; Wallace, International Law, London 1986, s. 19–20; Verzijl, International Law in Historical Perspective, Sijthoff, 1968, s. 47 ff.; Friedmann, The Changing Structure of International Law, London 1964, s. 188 ff.

114. Akehurst, the Hierarchy of the Sources of International Law, 47, BYBIL, 1974/75, s. 278.

115. En grundlig genomgång av praxis finns i Degan, Sources of International Law, The Hague 1997, s. 53.

116. Chorzów Factory Case, PCIJ, Series A, No 17, 1928, s. 29.

117. A a s. 29.

118. Brownlie, Principles of International Law, fourth edition, Oxford, 1990, s. 17 f.; Degan, General Principles of Law, FYBIL, 1992, s. 44 f.; se även Eek, Folkrätten, tredje upplagan, Stockholm, 1980, s. 289.

119. Corfu Channel Case, ICJ Reports, 1949, s. 4 och 18.

120. Shaw, International Law, third edition, Cambridge 1995, s. 298; Brownlie, Principles of Public International Law, fourth edition, Oxford 1990, s. 640 ff.

cip.[121] I *Serbian Loan Case* från 1929, när franska aktieägare krävde ersättning i guldfrancs istället för sedlar till följd av en rad serbiska lån, förklarade domstolen dock samma princip som icke tillämpbar.[122]

Detta ger vid handen att det ytterst är domstolen själv som har frihet att med hänsyn till omständigheterna i det specifika fallet välja de principer den vill för att täppa till de luckor som traktater och sedvanerätt inte förmår täcka.

I detta sammanhang måste också *Barcelona Traction Case* från 1970, mellan Belgien och Spanien, nämnas. Ett företag i Spanien, Barcelona Traction med säte i Kanada men med aktieägare i huvudsakligen i Belgien, förklarades i konkurs av spanska myndigheter. Aktieägarna ansåg detta vara ett rättsvidrigt agerande. Belgien initierade därför en tvist vid domstolen i syfte att få ekonomisk kompensation till de belgiska aktieägarna. Tvisten avvisades då Belgien ansågs sakna rätt att utöva diplomatiskt skydd för aktieägare i ett bolag med säte i Kanada. Domstolen förlitade sig på den nationella rättens princip om aktiebolags begränsade ansvarighet och underströk att om "the Court were to decide the case in disregard of the relevant institutions of municipal law it would, without justification, invite serious legal difficulties. It would lose touch with reality, for there are no corresponding institutions of international law to which the Court could resort".[123]

Här bör tilläggas att den internationella rätten inte refererade till någon särskild stats nationella rätt utan snarare till generellt accepterade regler i nationella rättssystem som i det aktuella fallet tillerkände aktiebolag inskränkt ansvarighet.

3.7 Subsidiära rättsregler – Artikel 38(1)d

Utöver de tre källorna som hittills behandlats i avhandlingsarbetet uppräknar artikel 38(1)d i domstolens stadga rättsliga avgöranden och de olika ländernas mest sakkunniga författares lärosatser såsom hjälpmedel för att fastställa gällande rätt – "judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicicts of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law". Oftast anses praxis och doktrin utgöra "subsidiära rättsregler". Det är då inte längre fråga om rättsregler/rättskällor på samma sätt som tidigare uppräknade källor i artikeln utan hänvis-

121. Temple Case, ICJ Reports 1962, s. 6, 23, 31 och s. 32–33.
122. Serbian Loan Case, PCIJ 1929 Series A, no. 20, s. 5.
123. Barcelona Tractation Case, ICJ Reports, 1970, s. 37.

ningen till praxis och doktrin är endast att betrakta som "hjälpmedel för fastställande av gällande rätt".

Ett närmare studium av de subsidiära rättsreglerna följer.

3.7.1 Rättsliga avgöranden

Trots att stadgan hänvisar till rättsliga avgöranden såsom hjälpmedel – "subsidiary means" – för att fastställa gällande rätt är det som tidigare nämnts inte fråga om "källa" på samma sätt som framgår av tidigare hänvisningar i artikeln. Enligt Schwarzenbergers terminologi är det fråga om "law determening agencies" och utgör inte underlag för en "law-creating process".[124] Trots den hänvisning som görs i artikel 38 till artikel 59 och som anger att "domstolens beslut endast är bindande för de tvistande parterna och i fråga om det mål som avdömts", kan domstolens beslut vara oerhört viktiga för rättsutvecklingen överlag.[125] I formell mening använder sig inte domstolen av prejudikat men strävar ändå efter att skapa en viss rättslig överensstämmelse mellan domslut. *Stare decisis* – grundsatsen – där överrättsprejudikat är bindande för lägre domstolar – som är gällande i anglo-amerikansk rätt saknar med andra ord relevans i den folkrättsliga kontexten.[126]

I strikt mening skall Internationella domstolens domslut inte skapa någon ny rättsbildning utan domstolen skall endast tillämpa de rättsregler som uppställs i Artikel 38 för att fastställa gällande rätt. I praktiken har emellertid domsluten från Internationella domstolen och dess rådgivande yttranden bidragit till att utveckla den internationella rätten. Man skulle alltså kunna säga att domstolen har en rättsbildande funktion.[127] I sitt berömda avgörande i *Anglo-Norwegian Fisheries Case* från 1951[128] fastställde Haagdomstolen kriterierna för dragandet av räta baslinjer som utgångspunkt för att mäta territorialhavets yttersta gräns vilken skulle gå parallellt med denna. Domstolen baserade sin uppfattning på den praxis som utvecklats efter andra världskriget och som sedan kom att bekräftas i artikel

124. Schwarzenberger, International Law as Applied by International Courts and Tribunals, third edition, London 1957, s. 25–28, se även not 185.

125. Brownlie, Principles of Public International Law, fifth edition, London, 1998, s. 21.

126. Se Akehurst, Modern Introduction to International Law, seventh edition, (Peter Malanczuk, ed.), London 1997, s. 51; Bring & Mahmoudi, Sverige och folkrätten, Stockholm 1998, s. 22.

127. Akehurst, Modern Introduction to International Law, seventh edition, (Peter Malanczuk ed.), London 1997, s. 51.

128. Anglo-Norwegian Fisheries Case, ICJ Reports, 1951, s. 116.

4 i 1958 års kontinentalsockelkonvention.[129] Andra fall som nämns är *Reparation of Injuries Case*[130] från 1949. I sitt rådgivande yttrande hade Haagdomstolen att besvara frågan om FN med stöd av folkrätten kunde kräva skadestånd av Israel för de förluster som åsamkats organisationen till följd av mordet på FN-medlaren Folke Bernadotte. Trots att inga sådana bestämmelser återfinns i stadgan fann domstolen att FN kunde utöva skydd och resa det ifrågavarande kravet. I *Genocide Case*[131] påverkade Haagdomstolen synen på reservationer genom att underminera den fram till 1950-talet dominerande enhällighetsregeln – "unanimity doctrine". I *Nottebohm Case*[132] från 1955 framförde Lichtenstein krav mot Guatemala för folkrättsstridiga ingrepp mot en f.d. tysk medborgare som kort efter andra världskrigets utbrott naturaliserats i Lichtenstein. Internationella domstolen förnekade inte att Nottebohm blivit medborgare i Lichtenstein, men förvägrade på grund av de särskilda omständigheterna kring naturalisationen denna stat rätt att åberopa reglerna om *jus protectionis* mot Guatemala. Talan togs inte upp till prövning.

3.7.2 Sakkunniga författares lärosatser

I det berömda amerikanska HD-fallet från 1900 *Paqueta Habana*, använder sig domstolen av subsidiära hjälpmedel för att fastställa en sedvänjas innehåll. Domstolen säger att:

> Resort must be had ... to the works of jurists and commentators, who by years of labor, research and experience, have made themselves peculiarly well acquainted with the subjects of which they treat. Such works are resorted to by judicial tribunals, not for the speculation of their authors concerning what the law ought to be, but for the trustworthy evidence of what the law really is.[133]

Hänvisningar till författare har gjorts under mycket lång tid. I artikel 38(1)d görs hänvisningen till de mest sakkunniga författarnas lärosatser såsom hjälpmedel för att fastställa gällande rätt. Likt artikelns hänvisning till rättsliga avgöranden kan författares lärosatser utgöra underlag för fastställandet av en sedvanerättslig utvärdering, men de kan också ha en subsidiär roll att fylla för att utveckla nya sedvanerättsregler. Historiskt sett

129. En allman uppräkning av de aktuella fallen görs av Brownlie i Principles of Public International Law, fifth edition, Oxford 1998, s. 21 not 134; se även Shaw, International Law, third edition, Cambridge, 1995, s. 89.

130. Reparation of Injuries Case, ICJ Reports, 1949, s. 174.

131. The Genocide Case, ICJ Reports, 1951, s. 115.

132. The Nottebohm Case, ICJ Reports, 1955, s. 4.

133. The Paqueta Habana (1900), i Sweeney-Oliver-Leach, cases and materials on the International Legal System, second edition, New York, 1981, s. 9.

har de sakkunniga författarnas lärosatser spelat en avgörande roll för den folkrättsliga utvecklingen. Författare som Gentilis,[134] Grotius,[135] Pufendorf,[136] Bynkershoek[137] och Vattel[138] har influerat folkrätten på ett sätt som inga andra folkrättsförfattare skulle kunna göra i dag. Den stora betydelse som tillerkändes dessa författares lärosatser kan förklaras dels med folkrättens horisontella struktur och dels med att den internationella rätten relativt sett är en "ung" rättsordning. I folkrättens begynnande fas, med begränsad statspraxis, spelade författarna därför en avgörande roll vid fastställandet. Detta gällde utformningen och själva formuleringen av dess syfte, innehåll och grundläggande principer. Allt eftersom folkrätten utvecklades och statspraxis och sedvanerätt inom olika områden ökade, minskade behovet av författarnas insatser. Trots detta, och eftersom den internationella rätten fortfarande är en rättsordning under ständig utveckling, kan folkrätten fortfarande vara i behov av identifiering eller tolkning. Författarnas insatser kan därför fortfarande spela en betydande roll.

3.8 Skälighet – *"equity"* och *ex aequo et bona* – Artikel 38(2)

Det har tidigare konstaterats att Internationella domstolen på parternas begäran kan gå utanför det rättsliga systemet som utstakas i Artikel 38(1) för att göra en skälighetsbedömning *ex aequo et bona* (efter rätt och billighet) i enlighet med artikel 38(2). Ett beslut som baseras *ex aequo et bona* har alltså inslag av kompromiss och förlikning. Beslutet åsidosätter alla andra rättsregler.[139] Lauterpacht har skrivit att en skälighetsbedömning *ex aequo et bona* "differs clearly from application of rules of equity, which form part of international law as, indeed of any system of law".[140]

Domstolen kan också *ex officio* döma efter skälighet "equity" som ett led i domstolens juridiska funktion. I det senare fallet sorterar skälighetsprinciperna snarare in under "allmänna rättsgrundsatser" dvs. artikel

134. Gentili, *De Jure Belli* (1598).
135. Grotius, *De Jure Belli ac Pacis* (1624).
136. Pufendorf, On the Law of Nations, (1672).
137. Bynkershoek, *Quastiones juris publici*, (1737).
138. Vattel, Droit des Gens, (1758).
139. Brownlie, Public International Law, fifth edition, Oxford 1998, s. 26.
140. Lauterpacht, The Development of International Law by the International Court, London 1958, s. 213.

38(1)c, än under artikel 38(2).[141] Ett skälighetsresonemang från domstolens sida kan spela en avgörande roll som komplement för att finna gällande rätt och kan framträda som ett led i ett juridiskt resonemang.[142] Professor Thomas Franck skriver: "[w]hile there is no 'bright line' between *ex aequo et bona* and equity, these two modes of decisions are quite distinct".[143]

Syfte är här inte att fördjupa sig teoretiskt som t.ex. den nyss citerade författaren Franck gör i sin bok.[144] En studie i hur Internationella domstolen i praktiken använt sig av skälighetsresonemang kan emellertid vara av intresse.

I *Continental Shelf Case* mellan Malta och Libyen 1985 gjorde Internationella domstolen klart att man skulle skilja på beslut som baserats på *skälighet* och beslut som fattats *ex aequo et bona*.[145] I det kända fallet från 1937, *Division of Water from the River Meuse Case*[146] mellan Belgien och Nederländerna hävdade Nederländerna att Belgien brutit mot en tidigare tecknad överenskommelse genom att bygga kanaler som ändrade vattenflödet i floden Meuse. En av frågorna som diskuterades av domstolen var om Nederländerna hade förlorat sin klagorätt eftersom de precis som Belgien, avreglerat vattnet i floden. Den amerikanske domaren Hudson poängterade att skälighetsbedömningar i princip länge hade behandlats som en del av folkrätten. Hudson förklarade att domstolen: "[h]as not been expressly authorised by its Statute to apply equity as distinguished from law ... Article 38 of the Statute expressly directs the application of 'general principles of law recognised by civilised nations,' and more than one nation principles of equity have an established place in the legal system ... It must be concluded, therefore, that under Article 38 of the Statute, if not independently of that Article, the Court has some freedom to consider principles of equity as a part of the international law which it must apply".[147]

141. Janis, Equity in International Law, anmärkningar gjorda vid the American Society of International Law, 1988, 82 PASIL, s. 277, 284 1988; se även. Lauterpacht International Law, Being the collected papers of Herch Lauterpacht, (E. Lauterpacht ed.), Vol. I, The General Works, London 1970, s. 85 ff.

142. Akehurst, Modern Introduction to International Law, (P. Malanczuk, ed.), London, 1997, s. 55 ff.; Brownlie, Principles of International Law, fifth edition, Oxford 1998, s. 25 ff.; Shaw, International Law, third edition, Cambridge, 1995, s. 87 f.; Wallace, International Law, London 1986, s. 21 ff.; Lauterpacht, International Law, (E. Lauterpacht. Ed.), Cambridge 1978, s. 85 ff.

143. Franck, Fairness in International Law and Institutions, Oxford 1995, s. 54.

144. A a s. 54, not 61.

145. Green, International Law, third edition, London 1987, s. 23.

146. The Division of Water from the River of Meuse Case, PCIJ, Series A/B, no. 70, s. 73–78.

147. Domare Hudsons separat avgivna mening i Diversion of Water from the Meuse Case, PCIJ, Rep., ser. A/B, No. 70, s. 76–77 (1937).

Domstolar har därefter vid flera olika tillfällen refererat till skälighetsprinciper. I *Rann of Kutch Arbitration*[148] 1968 mellan Indien och Pakistan identifierades skälighet som en del av den internationella rätten. I *North Sea Continental Shelf Cases* från 1969 som behandlade delningen av kontinentalsockeln mellan Tyskland, Danmark och Nederländerna uttalade domstolen att avgränsningen mellan parter skall genomföras genom avtal i enlighet med skäliga principer "equitable principles".[149] I det tidigare nämnda *Barcelona Traction Light and Power Company Limited* diskuterade Internationella domstolen huruvida "*jus standi* was conferred on the Belgian Government by considerations of equity".[150]

I *Fisheries jurisdiction Cases* mellan Storbritannien och Island betonade domstolen alla staters skyldighet att bevara det fria havets gemensamma resurser och behovet av en rättvis fördelning av gemensamma fiskekvoter. Domstolen sade att:

> The most appropriate method for the solution of the dispute was clearly that the negotiation with a view to delimiting the rights and interests of the Parties and regulating equitable such questions as those of catch-limitations, share allocations and related restrictions.[151]

I *Burkani Faso-Mali Case* från 1986, hade Internationella domstolen att ta ställning till förhållandet mellan principen om *uti possidetis* – om gränsernas okränkbarhet – och frågan om självstyre när gränsdragningen mellan Burkino Faso och Mali skulle fastställas. Domstolen undersökte huruvida ett skälighetsresonemang kunde tillämpas. Domstolen sade:

> Obviously the Chamber cannot decide *ex aequo et bona*, since the Parties have not requested to do so. It will, however, have regard to *equity infra legem*, that is, that form of equity which constitutes a method of interpretation of the law in force, and which is based on law.[152]

Skälighetsprinciperna har av domstolarna använts som ett sätt att minska vissa orättvisor och inte som en metod att förändra eller omtolka rättsliga regler.

Metoden att tillämpa skäliga principer ingår numera också i 1982 års havsrättskonvention. Artikel 59 i konventionen föreskriver t.ex. att i händelse av konflikt mellan kuststater och andra stater om den ekonomiska zonen skall tvisten lösas på grundval av skälighet – "on the basis of equity" – och i ljuset av alla relevanta omständigheter. Artikel 74 i samma konven-

148. 50 ILR, s. 2.
149. The North Sea Continental Shelf Case, ICJ Reports, 1969, s. 3, 53.
150. The Barcelona Tractation Case, ICJ Reports, 1970, s. 3.
151. The Fisheries Jurisdiction Cases, ICJ Reports 1974, s. 3.
152. The Burkani Faso-Mali Case, ICJ Reports, 1986, s. 554.

tion föreskriver att delningen av den ekonomiska zonen mellan kuster som ligger mitt emot varandra eller närliggande kuststater skall genomföras med avtal på grundval av internationell rätt för att kunna uppnå en skälig lösning – "in order to achieve an equitable solution". I artikel 83 finner man en liknande föreskrift avseende delningen av kontinentalsockeln. Slutligen i artikel 140 kan man läsa att havsbottenmyndigheten (myndigheten) skall sörja för en skälig fördelning – "equitable sharing" – av de tillgångar[153] som kommer från området. Juridiskt-tekniskt är fördelarna med att introducera juridisk skälighet given. Då inga andra regler står till domstolens förfogande garanteras ett *non liquet*-förfarande genom att utgå från skälighet. Bristen är att begreppet skälighet skapar osäkerhet och att en juridisk oförutsägbarhet introduceras.

En domstol/skiljedomstol kan om så behövs ta till skälighetsprinciper för att fylla ut lagen och döma i en tvist även om domstolen inte uttryckligt bemyndigats därtill. Men en domstol får inte döma *ex aequo et bona* om inte parterna är ense därom.[154] Här kan avslutningsvis också nämnas att *ex aequo* aldrig tillämpats av Internationella domstolen eller dess företrädare Fasta mellanfolkliga domstolen.[155]

3.9 Källornas normativa likställdhet

Den tidigare nämnda juristkommittén som tillsattes 1919 för att utforma en stadga för Internationella domstolen diskuterade även källornas hierarki. Ett förslag som diskuterades i kommittén innebar att källorna skulle tillämpas "in the undermentioned order" dvs. i den ordning som källorna är uppställda i nuvarande artikel 38 i Internationella domstolens stadga.[156] Förslaget förkastades dock av juristkommitténs representanter eftersom de hävdade att detta kunde uppfattas som om:

> [t]he judge was not authorised to draw upon certain source, for instance point 3, [allmänna rättsgrundsatser] before having applied conventions and customs mentioned respectively in points 1 and 2. That would be a misinterpretation of the Committee's intentions.[157]

153. Dessa tillgångar består av nickel, koppar, kobolt och mangan och utvinns på djuphavsbotten och har förklarats vara mänskligheten gemensamma arvedel, artikel 136 i havsrättskonventionen.

154. Akehurst, Modern Introduction to International Law, seventh edition (P. Malanczuk, ed.), London, 1997, s. 55.

155. Franck, Fairness in International Law, Oxford 1995, s. 54.

156. Proces-Verbaux s. 344; se även Akehurst, The Hierarchy of the Sources of International Law, 47 BYBIL 1974/75, s. 274.

157. Proces-Verbaux s 337–338, den italienske representantens – Ricci-Busattis – förslag som senare accepterades av övriga representanter.

Den allmänna uppfattningen i doktrinen är numera att uppställningen i artikeln återspeglar en logisk följd där företräde för tillämpningen av traktater ges framför andra uppräknade rättsregler. Således skriver Lauterpacht att:

> The rights and duties of States are determined, in the first instance, by their agreement as expressed in treaties ... When a controversy araises between two or more States with regard to a matter regulated by a treaty, it is natural that the parties should invoke and that the adjudicating agency should apply, in the first instance, the provisions of the treaty in question.[158]

Trots att traktater och sedvanerätt anses stå på samma hierarkiska nivå som rättskällor är det av rent praktiska skäl naturligare att i första hand – om det finns en traktat mellan parterna – använda sig av den skrivna rätten än att försöka tillämpa den oskrivna sedvanerätten. Detta konstateras av Lauterpacht, som skriver:

> [f]or the judge, however, the difference in application of conventional and customary rules is enormous. Suffice it to mention, for instance, the much greater precision and ease of determination of content and range of validity in the case of conventional rules, and in consequence, the much stronger, by comparison with other rules, persuasive impact for the Court and the parties.[159]

Efter traktater och sedvanerätt nämns allmänna rättsgrundsatser. Syftet med allmänna rättsgrundsatser är som tidigare nämnts att fylla det tomrum som eventuellt kan uppstå ifall inte traktater och sedvanerätt räcker till för att döma i en tvist. Det förefaller därför naturligt att allmänna rättsgrundsatser är underordnade traktater och sedvanerätten. Detta innebär att i händelse av konflikt mellan källorna har traktater och sedvanerätt företräde framför allmänna rättsgrundsatser.

Artikel 38(1)d refererar till rättsliga avgöranden och sakkunniga författares lärosatser som hjälpmedel för att fastställa gällande rätt. Indikationen om att de utgör hjälpmedel antyder att de är underordnade traktater, sedvanerätt och allmänna rättsgrundsatser. Rättsliga avgöranden brukar i regel väga tyngre än sakkunniga författares lärosatser men som Akehurst mycket riktigt noterat finns det inga fastslagna regler för detta.[160] Avgörande är hur pass övertygande domstolens eller de sakkunniga författarnas argument är.

158. Lauterpacht, International Law: Collected Papers, vol. I, General Works Cambridge 1970, (E. Lauterpacht ed.), s. 86–87; Parry, The Sources and Evidences of International Law, Manchester, 1965, s. 28 f.; Le Fur, Règles générales du droit de la paix, 54 RdC 1935-IV, s. 5 och s. 212.

159. Lauterpacht, International Law: Collected Papers, vol. I, General Works Cambridge 1970, (E. Lauterpacht ed.), s. 88.

160. Akehurst, Modern Introduction to International Law, (P. Malanczuk, ed.), London, 1997, s. 57.

Det är tveksamt om skälighet "equity" är en källa över huvud taget. Även om så skulle vara förefaller den rådande osäkerheten om källans status antyda att den i bästa fall är en lågt rankad källa. När domstolen på de tvistande parternas begäran går utanför det rättsliga systemet för att göra en skälighetsbedömning *ex aequo et bona* får domstolen tillämpa vilka folkrättsliga regler den vill.

I händelse av konflikt mellan källorna kan man säga att traktater äger företräde framför sedvanerätten och att sedvanerätten äger företräde framför allmänna rättsgrundsatser och de subsidiära källorna.[161]

3.10 Kollision mellan källorna

Som tidigare nämnts är de folkrättsliga källorna i artikel 38 inte uppställda i en strikt hierarkisk ordning. De kompletterar varandra och i praktiken används de vid sidan av varandra.

Vad händer när rättsregler från en folkrättslig källa kolliderar med en annan källa? Vilken källa skall då ha företräde i händelse av kollision? I doktrinen talas det generellt om olika kriterier för att lösa en konflikt av detta slag.[162] Dessa är att rättsreglernas normativa värde skall beaktas före reglernas allmänna karaktär och deras kronologiska bildningsordning.[163] Regler av högre normativ rang – *lex superior* – äger företräde framför normer av lägre rang – *lex inferiori*. Detta är t.ex. fallet när en av normerna utgörs av *jus cogens* vilket medför att sådana regler gäller före andra regler i konflikt.[164]

I händelse av konflikt mellan normer av lika rang äger senare tillkommen lag – *lex posterior* – företräde framför äldre lag – *lex priori*. Likaså äger lag som reglerar ett speciellt förhållande, – *lex specialis* – i händelse av kollision företräde framför en lag av allmän karaktär – *lex generali*.[165] En norm kan betraktas som *lex specialis* bara för att den binder enstaka stater, till skillnad mot en norm som binder *erga omnes* – *lex specialis ra-*

161. Benhardt, Customary International Law: New and Old Problems, 19 Thesaurus Acroasuum, 1992, s. 209.

162. Akehurst, Hierarchy of the Sources of International Law, 47 BYBIL 1974/75, s. 273–274. I den nationella rätten är rangordningen av källorna inget större problem då en konstitutionell normhierarki föreligger. *Lex superiori derogat inferiori* är huvudregeln som då gäller. Folkrätten har inte denna normhierarki och det uppstår därför problem i händelse av kollision mellan källorna.

163. Villiger, Customary International Law, second edition, The Hague 1997, s. 59 ff.

164. Kontou, The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford 1994, s. 19; Lysén, Europas grundlag, andra upplagan, Uppsala 1993, s. 37, "[d]etta innebar att *lex superior* grundsatsen i mindre utsträckning gör sig gällande i folkrätten. Ingen rättsregel kan nämligen konkurrera med *jus cogens*".

tione personae – eller för att den i jämförelse med en lag av allmän karaktär tillhandahåller mer detaljerade regler inom samma ämnesområde [166] – *lex specialis ratione materia.*[167]

Sedvanerätten kan som tidigare nämnts ses som traktaträttens grundläggande regelkomplex. Den allmänna uppfattningen i doktrinen anses därför vara att sedvanerätten och traktaträtten står på samma hierarkiska nivå.[168] Detta medför i händelse av kollision mellan en traktat och sedvanerätt att *lex superior*-principen inte äger företräde utan att *lex posterior*-principen gör sig gällande framför *lex prior*. *Lex posterior*-principen kan däremot vara svår att upprätthålla eftersom det kan vara svårt att fastställa när en sedvanerättsregel träder i kraft.

Det råder däremot delade meningar i doktrinen huruvida företräde skall ges till äldre rätt – *lex priori* – som reglerar ett speciellt förhållande i förhållande till en nyare sedvanerättslig regel av allmän karaktär. De flesta hävdar att en traktat alltid äger företräde enligt grundsatsen *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*, dvs. en senare tillkommen lag av allmän räckvidd äger i händelse av kollision inte företräde framför en tidigare antagen lag som reglerar ett speciellt förhållande. Andra hävdar däremot att den tidigare antagna traktaträttsliga regeln endast äger företräde om den kan tolkas som ett undantag till den nya sedvanerättsregelns allmänna tillämpning. Om detta inte är möjligt bör traktaten betraktas som obsolet eller som om den modifierats.[169] I detta sammanhang sägs det att traktaten inte nödvändigtvis bör ses som ett undantag från den allmänna sedvanerätten för att den binder ett begränsat antal stater.[170]

Internationella domstolar har, som avhandlingsavsnitt 7.3 visar, vid åtskilliga tillfällen haft att ta ställning till frågan om en traktat som reglerar ett speciellt förhållande och som står i konflikt till en senare uppkommen sedvanerättsregel av allmän karaktär. Domstolarna brukar däremot inte

165. Akehurst, the Hierarchy of the Sources of International Law, 47 BYBIL 1974/75, s. 273–274; Villiger, Customary International Law and Treaties, second edition, The Hague, 1997, s. 57–60; M. Bos, The Hierarchy among the Recognized Manifestations of International Law, i Estudios de Derecho International Homenaje al Professor Miaja de la Muela, Madrid, 1979, s. 366; Kontou, The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford 1994, s. 19.

166. Villiger, Customary International Law and Treaties, The Hague 1997, s. 59.

167. Akehurst, The Hierarchy of the Sources of International Law, 47 BYBIL 1974/75, s. 273.

168. Le Fur, Règles génèrales du droit de la paix, 54 RdC 1935-IV, s. 209, Akehurst, 47 BYBIL, 1974–1975, s. 273; Casssese, International Law in a Divided World, Clarendon 1986, s. 180; Villiger, Customary International Law and Treaties, The Hague 1997, s. 59.

169. Karl, Vertrag und Spatere Praxis im Völkerrecht, Berlin 1983 s. 58–59.

170. Kontou, The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford 1994, s. 20.

alltid nämna traktatens egenskap av *lex specialis* som grund för att den ges företräde framför en ny sedvanerättsregel av allmän räckvidd. Anledningen till detta kan vara att domstolarna styrs av praktiska överväganden som traktaters tillgänglighet och fördelar i förhållande till den oskrivna sedvanerätten (se avsnitt 3.2). Dessutom kan det vara svårt för domstolen att mot bakgrund av den nya regelns karaktär fastställa vilken av de två reglerna som är *lex specialis*. Domstolarna kan också ha en återhållsam attityd med tanke på att traktaten fortfarande är i kraft mellan parterna. Där utöver för att domstolen fäster vikt vid axiomet *pacta sunt servanda* och för att den ämnar bibehålla stabiliteten traktatsparterna emellan. Denna uppfattning bekräftas av Schwarzenberger som skriver att:

> The difficulties which might arise have been solved pragmatically by way of unquestioned assumptions, reliance on the typical intentions of parties to treaties, and emphasis on the binding character of treaty obligations.[171]

3.11 *Jus cogens*

Artikel 64 i 1969 års Wienkonvention om traktaträtten föreskriver att en traktat upphör att gälla "om en ny tvingande allmän folkrättsnorm uppstår". En tvingande allmän folkrättsnorm (*jus cogens*) – "peremtory norm" defineras i artikel 53 som en norm vilken av det internationella samfundet som helhet är godtagen och erkänd som en norm från vilken ingen avvikelse får göras och som endast kan ändras genom en senare allmän folkrättsnorm av samma karaktär. Den tidigare ICJ-domaren Bernhardt har sagt:

> there exist some international law rules, embodied either in fundamental treaties or in customary international law, or both, which must be considerad *jus cogens*,[172] i.e as peremtory norms of international law which are superior to any treaty and ... other norms, and which can be modified solely by the emergance of new peremtory norms.[173]

För att en norm skall bli *jus cogens* måste internationella samfundet i sin helhet betrakta normen inte bara såsom folkrättsligt bindande utan också

171. Schwarzenberger, International Law, vol. I, London 1957, s. 56; Kontou, The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford 1994, s. 21.

172. Brownlie, Principles of Public International Law, Oxford, 1998, s. 514–517, Sinclair, The Vienna Convention on the Law of Treaties, second edition, Manchester 1984, Sztucki, *jus cogens* and the Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien 1974.

173. Benhardt, Customary International Law: New and Old Problems, 19 Thesaurus Acroasuum, 1992 s. 204, 209. Se även Hannikainen, Peremtory Norms (Jus Cogens) In International Law, Helsinki, 1998.

som en norm som är tvingande och som ingen stat kan avtala bort. Här bör dock nämnas att när uttrycket "i sin helhet" – "as a whole" – tillades i artikeln, betonades det av International Law Commission (ILC) att det inte var nödvändigt att en norm erkändes som tvingande av alla stater. Det räckte att en stor majoritet gjorde det.[174]

Införandet av konceptet *jus cogens* i 1969 års Wienkonvention om traktaträtten har kritiserats i den folkrättsliga litteraturen. Det man reagerade över var att *jus cogens*-begreppets naturrättsliga koppling inte skulle kunna identifieras med stats- eller domstolspraxis och att man därför skulle ha svårt att identifiera den med den positiva rätten. ILC var däremot av uppfattningen att den moderna folkrätten innefattar regler av tvingande natur som frambringats på ett positivistisk jämförbart sätt eftersom den grundades på statspraxis.[175] Somliga, särskilt flera av väststaterna, ansåg också att ILC:s artikelförslag var allt för vagt formulerat och efterlyste effektivare procedurer för att auktoritativt kunna fastställa om en traktat stod i strid med *jus cogens* eller ej.[176]

Efter omröstning med upprop antog Wienkonferensen bestämmelserna om *jus cogens* – artiklarna 53 och 64 – med en överväldigande majoritet.[177]

Innebörden av begreppet *jus cogens* är emellertid fortfarande kontroversiellt och det råder delade meningar i doktrinen om begreppets egentliga innebörd.[178]

När ILC diskuterade artikel 53 fann man det olämpligt att i artikeln försöka ge exempel på regler som är *jus cogens*, bl.a. därför att detta kunde ge upphov till förhastade slutsatser *e contrario* beträffande regler som inte uttryckligen nämnts.[179] En allmänt rådande uppfattning i doktrinen är

174. Konferensen i Wien, 1968 och 1969 Angående traktaträtten, Den svenska delegationens slutrapport, Stockholm 1970, s. 204, Akehurst, Modern Introduction to International Law, seventh edition (P. Malanczuk, ed.), London, 1997, s. 57 ff.

175. YBILC, 1966-II, s. 275 och YBILC, 1963-II, s. 75.

176. Konferensen i Wien, 1968 och 1969 Angående traktaträtten, Den svenska delegationens slutrapport, Stockholm 1970, s. 202.

177. A a s. 205, 237. Artikel 53 antogs med 87 (Sverige)–8 (Australien, Belgien, Frankrike, Lichtenstein, Luxemburg, Monaco, Schweiz, Turkiet)–12 och artikel 64 med 84 (Sverige)–8 (samma som förut)–16.

178. Akehurst, Modern Introduction to International Law, (P. Malanczuk, ed.), London, 1997, s. 57, ff.; Sinclair, The Vienna Convention on the Law of Treaties, second edition, Manchester 1984, s. 17–18.

179. Konferensen i Wien, 1968 och 1969 angående traktaträtten, den svenska delegationens slutrapport, Stockholm 1970, s. 201.

emellertid att förbudet mot aggression (se artikel 2:4 i FN-stadgan), skyddandet av krigsfångar och folkmord sorterar in under begreppet *jus cogens*.[180]

En regel som är *jus cogens* kan antingen komma till i skriven eller oskriven form.[181] Det råder emellertid skillnad mellan en tvingande folkrättslig regel och allmän folkrätt/sedvanerätt. Den tvingande regeln är bindande, indispositiv för samtliga stater. Allmän folkrätt/sedvanerätt är också bindande för samtliga stater men en stat kan dels agera som en *persistent objector*, dels avtala bort den.[182] Folkrätten är således både dispositiv och indispositiv.

Om en ny folkrättsregel av *jus cogens*-karaktär uppstår annuleras enligt artikel 64 i Wienkonventionen varje existerande traktat som står i strid med denna norm. Detta är en naturlig konsekvens som följer av att "a rule of *jus cogens* is an over-riding rule depriving any act or situation which is in conflict with it of legality".[183]

3.12 Slutsatser

I kapitlet har redogjorts för en rad spörsmål som berör artikel 38 i Internationella domstolens stadga. Artikelns tillkomst, lydelse och kritik av artikeln har diskuterats. Artikeln anses fortfarande ge en *de facto*-auktoritativ uppräkning av folkrättens källor. En fråga av särskilt intresse i detta kapitel är källornas normativa likställdhet. Då *actus contrarius* inte tillämpas inom folkrätten uppstår ett problem i händelse av kollision mellan hierarkiskt likställda källor. Problemet är emellertid större i teorin än i praktiken. I praktiken tillämpas traktater som står i strid med ny sedvanerätt. Traktaten kan vara *lex specialis* i förhållande till den nya sedvanerättsregeln. Detta anges då inte som ett skäl av domstolen som prioriterar traktaten framför ny sedvanerätt. Skälen som för det mesta ges är följande. För det första tillämpas traktaten helt enkelt för att den är tillgängligare och lättare att tolka än sedvanerätten. För det andra är det i praktiken svårt att fastställa hur specifik den nya sedvanerättsliga regeln är i förhållande till traktaten. För det tredje kan domstolarna ha en återhållsam attityd för att de inte vill bortse från den kontraktuella bundenheten – *pacta sunt servan-*

180. Higgins, Problems & Process, Oxford, 1994, s. 21; Brownlie, Principles of Public International Law, fifth edition, Oxford 1998, s. 515; Hannikainen, Peremtory Norms (*jus cogens*) in International Law, Helsinki 1988.

181. YBILC, 1966-II, s. 248.

182. A a s. 261.

183. A a s. 261.

da – som råder *inter partes* innan traktaten upphört att gälla eller modifierats.

En teoretisk konsekvens av att folkrätten inte har någon hierarkisk källstruktur medför alltså att *lex posterior/lex specialis* kan göra sig gällande. För att interaktionen mellan källorna skall kunna ske krävs emellertid någon form av klartecken från de agerande staterna om att utbytet mellan källorna skall kunna ske. Det finns ingen automatisk process som framkallar samverkan mellan sedvanerätt och traktater. Samverkan kan antingen iscensättas genom att en rättsövertygelse etableras eller ske genom att ett implicit handlande mellan staterna utvecklas. Detta kan ge upphov till att informell modifikation av traktaten uppstår.

Kapitel 4 – Sedvanerättens egenskaper och särdrag

4.1 Introduktion

I detta kapitel redovisas innebörden av sedvanerättens karakteristika. Detta görs ur ett allmänt perspektiv och behandlar konkret sedvanerättens egenskaper och särdrag. Förståelse för hur sedvanerättens egenskaper inverkar på den folkrättsliga rättsbildningen är avgörande för att förstå folkrättslig bundenhet och det resonemang som berör informell modifikation av traktater. Perspektivet som anläggs i denna presentation är emellertid mer tekniskt än tidigare presentationer såtillvida att de sedvanerättsliga elementen presenteras och diskuteras. Presentationen är emellertid fortfarande av allmän art. I kapitlet beskrivs den sedvanerättsliga processen med hjälp av dess objektiva respektive subjektiva rekvisit. Därefter följer en diskussion som behandlar "acquiescence"-mekanismens positiva inverkan på sedvanerätten. Denna diskussion är avgörande för att förstå hur det kan komma sig att den allmänna folkrätten anses binda alla stater. Skillnaderna mellan den voluntaristiska uppfattningen och den *opinio juris*-baserade uppfattningen diskuteras också i detta avsnitt. Kapitlet behandlar också avvikande respektive efterföljande staters opposition. I detta avseende diskuteras också frågan om nya staters relation till allmän folkrätt som anses binda alla stater utom de s.k. "persistent objectors". Därefter behandlas ytterligare ett särdrag nämligen särskild sedvanerätt. I detta avseende undersöks också om det är särskild sedvanerätt som utvecklas inom en traktatregim och som kan modifiera densamma. Kapitlet och härmed avhandlingens allmänna del avslutas med en kort presentation av allmän, partikulär, lokal samt universell sedvanerätt.

4.2 Allmänt

Den internationella sedvanerätten – *lex non scripta* – uppstår genom att en allmän och enhetlig praxis accepteras av staterna som rättsligt bindande.[1] Sedvanerätten är konsensuell till sin natur vilket innebär att inte varje stat behöver avge sitt samtycke vilket är fallet när traktater ingås mellan stater.[2] En stat som inte avger sitt samtycke uttryckligen förmodas avge sitt samtycke tyst, dvs. "acquiesce". Sedvanerätten benämns även som allmän folkrätt eftersom den anses binda alla stater oberoende av deras samtycke. Allmän folkrätt/sedvanerätt bildas alltså genom konsensus. Detta anses vara fullt tillräckligt som bekräftelse på att multilateral statspraxis har uppstått.[3]

En allmänt utbredd uppfattning i doktrinen är emellertid att en stat inte kan bindas folkrättsligt mot sin vilja.[4] Enligt denna uppfattning måste en stat som inte vill bindas juridiskt kontinuerligt och ihärdigt opponera sig mot att en viss sedvanerättsregel tar form. Resultatet av denna opposition – eng. "persistent objector" – blir då att staten ifråga inte binds juridiskt av regeln under förutsättning att oppositionen påbörjas *in statu nascendi*.[5] Detta konstaterades bl.a. av Haagdomstolen i *Fisheries Case* 1951.[6]

Prosper Weil har uttryckt samma sak med att poängtera att sedvanerätten betingar:

> on the one hand, to ... change without demanding the individual consent of every state; [medan] on the other hand, permit individual states to escape being bound by any rules that they do not recognize as such.[7]

Ytterligare några signifikativa egenskaper/särdrag som sorterar in under sedvanerättens karakteristika kan nämnas. Sedvanerätten kan vara både dispositiv och tvingande. Den kan skapa utrymme för särskild/partikulär sedvanerätt mellan ett begränsat antal stater men den kan också genom sin

1. Cassese, International Law in a Divided World, Oxford 1986, s. 180, "[c]ustom has substantially maintained its largely 'consensual' features."

2. Lauterpacht, International Law: Collected Papers, (E. Lauterpacht, ed.), Cambridge 1970, s. 66.

3. Bring, FN-stadgan och varldspolitiken, andra upplagan, Stockholm 1997, s. 29 not 21.

4. Se t.ex. Corbett, The Consent of States and the Sources of the Law of Nations, 6 BYBIL, 1925; van Hoof, Rethinking the Sources of International Law, Deventer 1983; Wolfke, Custom in Present International Law, Dordrecht 1993.

5. Brownlie, Principles of Public International Law, fith edition, Oxford 1998, s. 10 ff.

6. Fisheries Case ICJ Report, 1951, s. 131, Se också Villiger, Customary International Law and Treaties, The Hague 1997, s. 33–34.

7. Weil, Towards Relative Normativity in International Law? 77 AJIL, 1983, s. 433.

indispositiva karaktär vara tvingande då den som tidigare nämnts rör *jus cogens* (se avsnitt 3.9).[8]

4.3 Hur uppstår internationell sedvanerätt

För att konkretisera det abstrakta sätt på vilket sedvanerätt konstitueras kan följande exemplifiering vara till hjälp. Teoretiskt och starkt generaliserat tillkommer sedvanerätten genom en rad ensidiga handlingar (unilaterala handlingar) som bäst beskrivs som en sammanhängande och pågående process. Någon måste ha initierat en handling som får till följd att andra följer efter, och när denna sedvänja pågått en viss tid – kort eller lång – och blivit tämligen allmänt omfattad tillkommer *opinio juris* som en utlösande faktor som leder till att en rättssedvänja etableras. Det är i det närmaste omöjligt att fastställa när omvandlingen från sedvänja till sedvanerätt inträffar. Den sedvanerättsliga processen inträffar nämligen på ett sätt som med Kirgis terminologi beskrivs som en "glidande skala". Kirgis skriver att:

> On the sliding scale, very frequent, consistent state practice establishes customary rule without much (or any) affirmative showing of an *opinio juris* so long as it is not negated by evidence of non-normative intent. As the frequency and consistency of the practice decline in any series of cases, stronger showing of an opinio juris is required. At the other end of the scale a clearly demonstrated *opinio juris* establishes a customary rule without much (or any) affirmative showing that governments are consistently behaving in accordance with the asserted rule.[9]

En sådan uppfattning kan bara accepteras med förbehåll att en *opinio juris* otvetydigt går att fastställa. Modellen ställer därför krav på den sedvanerättsliga processen som är svår att införliva.[10]

Kirgis "sliding scale"-analogi kan emellertid med hjälp av Mendelsons nyligen formulerade tes[11] bättre anpassas till verkligheten. Om ett uttryckligt samtycke från en stats sida föreligger utgör detta en tillräcklig anled-

8. Brownlie, Principles of Public International Law, fifth edition, Oxford 1998, s. 10 ff. och s. 514–517.

9. Kirgis, Custom on a Sliding Scale, 1987, AJIL, s. 149; se även ILA:s rapport Committee on the Formation of Customary (General) International Law, London 2000, s. 753. I ILA:s rapport från Helsingfors 1996 beskrivs processen allegoriskt " ... like a snowball binding on its way to maturity (i.e. on its way of becoming a norm of general customary international law) more and more States and becoming, finally, binding on all States, excluding persistent objectors. This means that there may be periods when a customary norm exists and is binding for some States while not being opposable to other States", särtryck, s. 4.

10. ILA Report of the sixty-ninth conferenec, London 2000, Committee on Formation of Customary (General) International Law, s. 753.

11. Se avhandlingsavsnitt 6.9.3.

ning för att binda staten ifråga. Det är dock ingen nödvändig förutsättning för att binda övriga stater som inte samtyckt.[12] För att övriga stater skall bindas krävs antingen utarbetad praxis eller fall där staterna ifråga inte aktivt engagerat sig, dvs. "acquiescenced".

Den sedvanerättsliga processen är i ständig rörelse och varje handling som överensstämmer med en manifesterad praxis stärker densamma. Likväl gäller det omvända förhållandet att varje handling som går stick i stäv med det etablerade handlingsmönstret underminerar densamma.[13]

4.3.1 Statspraxis

Som tidigare konstaterats medför artikel 38(1)b i Internationella domstolens stadga att sedvanerätten konstitueras av två element, statspraxis och *opinio juris*. För att statspraxis – *usus* – skall kunna etableras som sedvanerätt krävs att sedvanan är allmän och enhetlig. Med allmän praxis avses en praxis som uppstår då den är enhetlig och involverar en praxis från de speciellt berörda staterna.[14] I *North Sea Continental Shelf Case* konstaterade domstolen att:

> an indispensible requirement would be that within the period in question, ... , State practice, including that of States whose interest are especially affected, should have been both extensive and virtually uniform ... .[15]

Ett antal staters avvikande praxis innebär däremot inte att den sedvanerättsliga utvecklingen etableras.[16] En stat som förväntas reagera mot en sedvanerättslig utveckling men som underlåter att protestera bidrar positivt till främjandet av att sedvanerätt etableras.[17]

Statspraxis blir enhetlig och konsekvent om staternas praxis konformt stödjer en och samma regel. Några osäkra eller motsägelsefulla staters praxis hindrar däremot inte att en sedvanerättslig regel etableras. En praxis som inte är kontinuerlig eller konsekvent underminerar däremot sedvänjans möjlighet att konstitueras till sedvanerätt.

Tidsfaktorn är en nödvändig komponent för att etablera sedvanerätt. Den har fortfarande en funktion att fylla för att få en sedvänja allmänt ac-

12. Mendelson, Formation of Customary International Law, 272 RdC 1988, s. 283 ff.
13. A a s. 283.
14. Villiger, Customary International Law and Treaties, andra upplagan, The Hague 1997, s. 30 ff.
15. North Sea Continental Shelf Case ICJ Report, 1969, s. 43.
16. ICJ-domaren Tanaka i the South West Africa Case, (andra fasen), ICJ Reports 1966, s. 291.
17. Villiger, Customary International Law and Treaties, second edition, The Hague 1997, s. 37 ff.

cepterad eller för att få en inkonsekvent praxis enhetlig. Det råder emellertid samstämmighet i doktrinen om att tidsfaktorns innebörd reducerats och att:

> [a]lthough the passage of only a short period of time is not necessarily, or itself a bar to the formation of a new rule of customary international law ... .[18]

Däremot råder det i doktrinen delade meningar om huruvida praxis måste upprepas för att konstituera sedvanerätt.[19]

Det är i princip fullt möjligt att en rättsrelevant handling som berör ett större antal stater, där en *opinio juris* klart manifesteras, kan utgöra ett påtagligt bevis för att en sedvanerättsregel existerar. Detta kan ske mycket snabbt och tidsfaktorn har då i det närmaste reducerats till noll.[20]

Majoriteten av folkrättsförfattarna är av den uppfattningen att inte endast fysiska akter utan också uttalanden av en stat kan ingå i definitionen av vad som utgör rättsrelevant statspraxis. Om en stats handlande inte är konsekvent, dvs. det förekommer avvikelser i förhållande till vad den säger och hur den i praktiken handlar, kan man dra slutsatsen att sedvänjan inte är tillräckligt enhetlig. En närmare studie av vad som konstituerar rättsrelevant statspraxis följer i kapitel 5.

4.3.2 *Opinio juris*

Med *opinio juris* avses en sedvänja som med ovan angiven karakteristik kvalificeras till sedvanerätt genom att den efterföljs av en övertygelse från staternas sida om att handlingen ifråga är rättsligt bindande.[21] Detta konstaterade Haagdomstolen i *North Sea Continental Shelf Case*. Domstolen anförde i sina skäl bl.a. att:

> not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it ... The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation. The frequency, or even the habitual character of the acts is not in itself enough.[22]

18. North Sea Continental Shelf Case, ICJ Reports, 1969, s. 43.

19. Akehurst, Custom as a Source of International Law, 47, BYBIL, 1974/75, s. 12 ff.

20. A a s. 14; även Kontou, The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford 1994, s. 4.

21. Verzijil, International Law in Historical Perspective, s. 37–41; Mendelson, the Subjective Element in Customary International Law, 66 BYBIL, 1995, s. 177–208; Brownlie, Principles of Public International Law, fifth edition, Oxford 1998, s. 7 ff.

22. North Sea Continental Shelf Case, ICJ Report, 1969, s. 44. Också i t.ex. Nicaragua Case från 1986 där domstolen sade " ... The Court has next to consider what are the rules of customary international law applicable to the present dispute. For this purpose, it has to direct its attention to the practice and opinio juris of states ... ", ICJ Reports, 1986 s. 554.

Opinio juris möjliggör för staterna att urskilja en sedvänja från en rättssedvänja. Detta innebär att inte all sedvänja nödvändigtvis behöver kvalificeras till sedvanerätt. All mellanstatlig sedvana blir alltså inte rättsligt bindande, men kan trots detta följas på grund av god ordning eller hövlighet *courtoisie*. Handlingar på denna grund utgör *comitas gentium*.

En stats rättsövertygelse kan härledas från dess handlande eller underlåtenhet att handla i ett specifikt fall. Under alla förhållanden är det en *opinio juris communis* som krävs för att etablera sedvanerätt. En enskild stats rättsuppfattning är inte tillräcklig. Andra stater måste följa den sedvanerättsliga praxisutvecklingen eller avstå från att protestera i tron att handlingen är rättsligt förpliktande. En ingående studie av sedvanerättens subjektiva rekvisit, där bl.a. dessa frågor diskuteras följer i kapitel 6.

4.3.3 Passivitet och "acquiescence"

En allmänt accepterad uppfattning i doktrinen är att stater inte kan bindas folkrättsligt mot sin vilja. Som tidigare nämnts i detta kapitel förutsätter den allmänna folkrättens/sedvanerättens bindande verkan allmän konsensus från staternas sida. Något uttryckligt samtycke krävs dock inte från varje enskild stat för att staterna skall bindas *erga omnes*. Brist på reaktion från en stats sida kan under vissa omständigheter tolkas som passivitet, som om staten i tysthet avger sitt medgivande till att vara bunden. Detta tysta medgivande benämns "acquiescence".[23] "Acquiescence" är enligt Schwarzenberger: "the most passive form of unilateral and legally relevant attitude" [24]och är av stor praktisk betydelse för den sedvanerättsliga bundenheten. I *Gulf of Main Case* från 1984 var begreppet "acquiescence" synonymt "to tacit recognition manifested by unilateral conduct which the other party may interpret as consent".[25]

Ett konkret samtycke kan dock i realiteten vara svårt att fastställa vid en sedvanerättslig utvärdering. Detta medför att passivitet från en stats sida, även om det skulle bero på ren ovilja eller ointresse, betraktas som ett tyst medgivande, "acquiescence". Passivitet kombinerat med "acquiescen-

23. MacGibbon, Customary International Law and Acquiescence, 37 BYBIL, 1957, s. 115 ff.

24. Schwarzenberger, International Law, Vol. I, London 1957, s. 549. "In view of the presumtion against any renunciation of rights, it may be inferred only in circumstances in which, in accordance with the governing rule of good faith, a legal duty exists to avoid any such interpretation of silence. If this condition is fulfilled, acquiescence gives the sanctity of vested rights to an initially unlawful act, be it breached of general principles of law, rules of international customary law or treaties." s. 549. Brownlie skriver att "Acquiescence has the same effect as recognition, but arises from conduct, the absence of protest when this might reasonably be expected", Brownlie, Principles of Public International Law, Oxford, fifth edition, 1998, s. 157.

25. The Gulf of Main Case, ICJ Reports 1984 s. 246 och s. 395.

ce" används därför i doktrinen i positiv bemärkelse dvs. handlandet anses bekräfta en praxisutveckling.[26] Det är svårt att på ett klargörande sätt skilja mellan indirekt/tyst samtycke och "acquiesence". Begreppen används därför ofta på ett likalydande sätt i doktrinen.[27]

En stats aktiva förhållningssätt gentemot en sedvanerättsregel kan som vi sett utläsas genom att staten uttryckligen indikerar sitt ställningstagande. Detta var däremot en ganska sällsynt företeelse i folkrätten. Numera förekommer det dock ganska ofta att staterna tydliggör sina ställningstaganden. Denna utveckling har underlättats av bl.a. FN:s arbete.

Allmän folkrätt/sedvanerätt uppstår i regel sällan som ett resultat av en enskild handling utan är som tidigare nämnts, snarare ett resultat av en serie handlingar och uttalanden som i New Haven-skolans terminologi betecknas som "claims and respons". Men staten ifråga kan även indikera sitt ställningstagande implicit genom att agera passivt. Ett passivt förhållningssätt innebär att staten ifråga inte gör något alls för att framföra sitt ställningstagande. (Staten uttrycker inte något ställningstagande över huvud taget och således inte heller någon avvikande mening i förhållande till den framväxande sedvänjan). Ett passivt förhållningssätt från en stats sida, exempelvis vid en diplomat-konferens eller vid en session i FN:s sjätte – juridiska – utskott innebär att staten ifråga inte yttrar sig och att den avstår från att rösta. Det torde vara en allmänt rådande folkrättsuppfattning, att en stats passiva förhållningssätt kan manifestera en allmän praxis – "general praxis".

Artikel 38 i Internationella domstolens stadga återspeglar denna uppfattning dels genom att tala om en "general practice" – allmän praxis – i 38(1)b och dels genom att göra distinktionen "expressly recognized" – uttryckligen erkänd – i 38(1)a som berör traktater. Skillnaden mellan traktater och sedvanerätten är sålunda att den senare, för att få bindande verkan, inte kräver något uttryckligt eller implicit erkännande av samtliga stater.[28]

Internationella domstolen har vid några tillfällen uttryckt sin uppfattning i denna fråga. Den permanenta Haagdomstolen förklarade t.ex. 1927 i *Lotus Case* att:

26. Wallace, International Law, London 1997, s. 12.

27. D'Amato, The Concept of Custom in International Law, Ithaca, 1971, s. 195; Vamvoukas, Termination of Treaties in International Law, Clarendon Press 1985, s. 293.

28. Verdross, Entstehungsweisen un geltungsgrund des universellen völkerrechtlichen Gewohnenheitsrecht, 29 ZaöRV (1969) s 650, Villiger, Customary International Law and Treaties, The Hague, 1997, s. 37.

> the rules of law binding upon States ... emanate from their own free will as expressed ... by usages generally accepted as expresseing principles of law.[29]

Domstolen tillade vidare att bara om det gick att fastställa att underlåtenheten från statens sida att handla berodde på en medveten skyldighet att avstå från att handla kunde handlingen utgöra underlag för en sedvanerättslig bedömning.[30] I detta avseende anses Haagdomstolens hållning i *Lotusfallet* vara restriktiv eftersom passiviteten kopplats samman med sedvanerättens subjektiva *opinio juris*-element.[31]

I *North Sea Continental Shelf Case* intog domstolen en fastare hållning genom att inte undersöka huruvida den dåvarande Tyska förbundsrepubliken uttryckligen höll fast vid den påstådda sedvanerättsliga regel som återspeglades i artikel 6(2) i 1958-års kontinentalsockelkonvention.[32] Detta styrktes av att domstolen avstod från att diskutera det nederländska/danska påståendet att sedvanerättsregler "were binding on the Federal Republic independently of any specific assent",[33] och underströk ytterligare att "customary law rights and obligations ... must have equal force for all members of the international community."[34]

Domstolen vidhöll denna uppfattning i 1982 års *Continental Shelf Case* mellan Tunisien och Libyen. De tvistande parterna hade i detta fall bett domstolen beakta den nya praxisutveckling som etablerats/utvecklats från UNCLOS III. Domstolen förklarade emellertid att den inte kunde bortse från den nya havsrättskonventionens artikelutkast och drog därför slutsatsen att:

> the content of such provision was binding upon all members of the international community because it embodies or crystallizes a pre-existing or emergent rule of customary law.[35]

Domstolen åberopade underförstått sedvanerättsregler som inte uttryckligen accepterats av de tvistande parterna.

Den logiska förklaringen till att ett passivt handlande från en stats sida ges konstitutiv verkan i sedvanerättsliga sammanhang är att inte varje stat väljer att förbinda sig sedvanerättsligt. Inom vissa folkrättsliga områden t.ex. rymdrättens område har endast en handfull stater haft möjlighet att

29. S. S. Lotus Case, PCIJ (1927) Series A No. 10, s. 28.
30. A a s. 44.
31. Degan, Customary Process in International Law, TFYIL, 1990, s. 18.
32. North Sea Continental Shelf Case, ICJ Reports 1969 s. 41–45
33. A a s. 28.
34. A a s. 38.
35. Continental Shelf Case (Tunisia/Libya), ICJ Reports 1982 s. 38.

uppta en praxis på området. Rymdrätten anses trots detta binda samtliga stater *erga omnes*.

Tysthet från en stats sida kan emellertid också vara en indikation på att staten är missnöjd med det framväxande handlingsmönstret ifråga. Den kan vid flera tidigare tillfällen kontinuerligt ha protesterat mot den specifika regeln. Den kan också konsekvent ha vägrat att applicera regeln under förutsättning att andra stater känt till den ifrågavarande statens avvikande position.

För att en stats passiva handlande skall kunna utvärderas konstitutivt krävs att passiviteten är kvalificerad. Detta betyder att staten ifråga inte uttryckligt eller implicit har visat sitt missnöje med den framväxande normen. En längre tid måste också ha förflutit där tillfällen skall ha givits för att andra stater i god tro skall ha kunnat uppfatta den ifrågavarande statens eventuella missnöje.[36]

Ett "acquiescence"-förfarande utgör alltså en del av det underlag som ligger till grund för en "allmän praxis". Detta erfordras för att etablera en sedvanerättsregel som enligt allmän folkrätt blir bindande för samtliga stater, även för sådana stater som inte aktivt deltagit i den praxis som leder fram till att en sedvanerättsregel etableras. Det har emellertid blivit lättare att i dagens internationella samhälle göra en utvärdering om huruvida ett entydigt samtycke föreligger eller inte. Ett uttalande förhindrar däremot staten ifråga från att senare bestrida sin ursprungliga position.

Några folkrättsjurister har pekat på att en stats passivitet kan bero på att staten ifråga inte är medveten om sedvanans existens eller att staten helt enkelt gjort bedömningen att den ifrågavarande sedvanan är irrelevant. Således skriver t.ex. D'Amato att "surely one cannot draw any conclusion from the fact that a state did not do what it was not capable of doing".[37] Ett passivt handlande från en stats sida kan bara resultera i kvalificerad tysthet ("acquiescence") om staten känner till övriga staters handlingsmönster och den framväxande internationella sedvanerättsregelns innebörd. Det går inte att skylla på att man inte känner till lagen ifråga.

Haagdomstolen resonerade på detta sätt i *Anglo-Norwegian Fisheries Case* från 1951 i vilket ganska höga krav ställdes på juridisk medvetenhet från Storbritanniens sida. Storbritannien bestred att den varit medveten om den norska, sedan 1869 konsekvent hävdade praxisen på området. Metoden som Norge använt sig av för att beräkna bredden på Norges ter-

36. Müller, Vertrauensschutz im Völkerrecht, Berlin 1971, s. 38 och s. 258.
37. D'Amato, The Concept of Custom in International Law, Ithaca 1971, s. 82.

ritorialvatten påstods inte vara förenlig med folkrättens regler. Domstolen svarade med att konstatera att:

> As a coastal State on the North Sea, greatly interested in the fisheries in this area, as a maritime Power traditionally concerned with the law of the sea and concerned particularly to defend the freedom of the seas, the United Kingdom could not have been ignorant of the Decree of 1869 which had at once provoked a request of explanations by the French Government.[38]

Okunnighet om ett specifikt sakförhållande kan knappast längre åberopas eftersom många utkast produceras och cirkuleras i samband med att en traktat eller en konvention förbereds. Detta kännetecknar stora delar av FN:s arbete.[39] Publiceringen och cirkulationen av texter bland FN:s medlemmar som förberetts av olika förberedande utskott i kombination med de efterföljande diskussioner som förs i olika kommittéer/utskott och diplomatkonferenser medför att staterna får en ökad kännedom om de regler/artiklar som är i färd att debatteras.

Avslutningsvis kan man också ställa sig frågan hur många passiva stater som krävs för att förhindra att sedvanerätt etableras. En på förhand uppskattad bedömning kan inte göras. Utöver tidsfaktorn, beror svaret på hur pass inkonsekvent handlingsmönstret ifråga är. Om underlaget för en sedvanerättslig utvärdering mer eller mindre är enhetlig från början och om *opinio juris* klart går att fastställa, kan de praxispådrivande staterna vara relativt få och ett relativt stort antal stater kan då inta ett passivt förhållningssätt.[40] Om den sedvanerättsliga utvärderingen däremot skulle visa sig innehålla en inkonsekvent praxis måste ett större antalet aktiva staters konsekventa handlande (över en längre tidsperiod) läggas till grund för att etablera en sedvanerättsregel. Omvänt skulle då ett färre antal stater kunna inta en passiv hållning. Antalet inaktiva stater blir automatiskt också mindre om man ser till FN-sammanhang där alla stater har gott om tillfällen att uttrycka sin uppfattning om en framväxande sedvänja. Dessutom förefaller fastställandet av ett tyst kvalificerat handlingsmönster vara mindre problematiskt mot bakgrund av de röster som avgetts på separata artiklar och på slutgiltiga utkast, speciellt om dessa antagits enhälligt.[41] Rent allmänt skulle man kunna säga att med dagens förberedelserutiner och teknologi är det ganska osannolikt att en stat inte känner till en pågående sedvanerättslig utveckling inom ett område.

38. Anglo-Norwegian Fisheries Cae, ICJ Reports 1951, s. 139.
39. Müller, Vertrauensschutz im Völkerrecht, Berlin 1971 s. 242.
40. Bernhardt, Ungeschribenes Völkerrecht, 36 ZaöRV 1976, s. 66.
41. Villiger, Customary International Law and Treaties, second edition, The Hague 1997, s. 40.

4.4 Avvikande staters praxis

Den internationella sedvanerätten har traditionellt betecknats som allmän folkrätt. Den allmänna folkrätten/sedvanerätten anses binda samtliga stater *erga omnes*. En stat som varken visar att den samtycker eller tar avstånd från en praxisutveckling blir, som tidigare nämnts, folkrättsligt bunden av densamma.[42] Som tidigare också konstaterats resulterar emellertid inte all statspraxis i en bindande sedvanerättsregel. När en viss sedvanerättsregel håller på att bildas eller när en ny regel etablerats kan vissa stater tänkas ha en avvikande mening. De kanske har en annan åsikt i förhållande till den ifrågavarande regelns slutgiltiga utformning.

En stat som tydligt visar att den tar avstånd från en framväxande sedvanerättsregel är i en helt annan situation än den stat som inte tar avstånd från densamma. Det måste dock klart framgå att en stat opponerar sig mot den norm som görs gällande annars presumeras staten genom "acquiescence"-mekanismens inverkan vara juridiskt bunden av denna norm.[43]

En stats avvikande uppfattning kan förmedlas på olika sätt. Staten kan konkret genom olika uttalanden eller under ett röstningsförfarande visa sitt ställningstagande. Staten kan också framföra en protest eller indirekt förmedla sin uppfattning genom att avstå från att följa den ifrågavarande sedvänjan. Staten kan också visa sitt ställningstagande genom att helt enkelt följa en annan, konträr praxis som etablerats parallellt inom området. Om traktatregleringar behandlar en sedvanerättsregel kan reservationer som görs i förhållande till normen ifråga indikera en avvikande mening.[44] Bara om en stat aktivt visar att den tar avstånd från en praxisutveckling anses staten ifråga inte bli juridiskt bunden.

4.4.1 "Persistent objector"

En stat som inte deltar aktivt i en sedvanerättslig utveckling och inte heller indikerar något tyst medgivande – "acquiesce" – kan under vissa omständigheter befrias från juridisk bundenhet. För att en stat inte skall bli bunden av en sedvanerättsregel krävs att staten ifråga opponerar sig mot den ifrågavarande regeln genom att agera som en "persistent objector". Folkrätten ställer strikta formkrav på hur oppositionen skall göras. Den oppo-

42. Akehurst, Custom as a Source of International Law, 47 BYBIL, 1974/75, s. 24; Charney, The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law, 56 BYBIL, 1985, s. 1.

43. Brownlie, Principles of International Law, fifth edition, Oxford 1998, s. 10.

44. Villiger, Customary International Law and Treaties, second edition, The Hague 1997, s. 33.

nerande staten måste under hela den tid en viss regel gjorts gällande inför det internationella samfundet ihärdigt ha opponerat sig mot den ifrågavarande regeln.[45] För att en stat skall kunna agera som en "persistent objector" förutsätts oppositionen ha tagit sin början *in statu nascendi* och den framförda ståndpunkten skall därefter oavbrutet framhärdas. En stat som kontinuerligt opponerat sig mot en sedvanerättsregel anses i regel inte vara juridiskt bunden. En förutsättning är dock att regeln ifråga inte hunnit kvalificeras som sedvanerätt. Stater kan ange sin avvikande mening eller framföra sina protester i förhållande till en framväxande sedvanerättsregel antingen under den pågående, rättsbildande fasen eller efter det att rättssedvänjan etablerats. I det första fallet betecknas förfarandet som en "persistent objector" och i det senare fallet, som "subsequent objector".

Akehurst skriver således att en stat som i ett tidigt skede opponerar sig mot en sedvanerättsregels existens (eller utformning) och därefter konsekvent bibehåller denna ståndpunkt kan förhindra att en norm blir juridiskt bindande för denna stat.[46] Brownlie bekräftar detta men skriver att invändningen som görs måste vara tydlig och att det antagligen måste finns en presumtion för att staten ifråga accepterat den sedvanerättsliga regeln. Denna presumtion måste då motbevisas av den opponerande staten.[47]

Detta bekräftas också av internationella domstolens praxis i *Anglo-Norwegian Fisheries Case* från 1951. Haagdomstolens utlåtande innebar att den praxis som etablerats till stöd för att bukter/sund vars öppningar översteg 10-milsgränsen tillhörande territorialhavet inte ansågs vara etablerad sedvanerätt på området och att det i vilket fall som helst:

> would appear to be inapplicable against Norway inasmuch as she has always opposed any attempt to apply it to the Norwegian coast.[48]

Inför domstolsförhandlingarna ifrågasatte Storbritannien Norges agerande i sakfrågan men opponerade sig inte över möjligheten för en stat att kunna agera som en "persistent objector" i allmänhet. Domstolen konstaterade att en stat kan undvika att bli bunden av internationell sedvanerätt

45. ILA Report of the sixty-eight conference, Taipei 1998, s. 333.

46. Akehurst, Custom as a Source of International Law, 47 BYBIL 1974/75, s. 24.

47. Brownlie, Principles of Public International Law, fifth edition, Oxford, 1998, s. 10.

48. Anglo-Norwegian Fisheries Case, ICJ Report 1951 s. 131. Domslutet som avkunnades gjorde slut på en lång kontrovers mellan de tvistande staterna och hade ett stort allmänt intresse bland övriga stater. 1935 antog Norge ett dekret genom vilket vissa fiskrättigheter utanför landets kust öronmärkts för dess fiske. Frågan som stod på spel rörde det antagna dekret och huruvida detta, som föranstaltade om en metod varpå bredden på Norges territorialhav beräknades genom dragandet av räta baslinjer, var giltig i enlighet med folkrättens regler. Domstolen baserade sin uppfattning på den praxis som utvecklats efter andra världskriget och som senare bekräftades genom artikel 4 i 1958 års kontinentalsockelkonvention.

om den uttryckligen och konsekvent har avvisat regeln innan regeln hunnit etableras.[49]

I *North Sea Continental Shelf Case* från 1969 fann domstolen ingen anledning att ta upp frågan avseende kontinuerlig opposition, eftersom den lyckades avvisa artikel 6 paragraf 2 i 1958 års Genèvekonvention på andra mer övertygande grunder än rent sedvanerättsliga.[50] I en avvikande mening behandlades dock Tyska förbundsrepubliken som en "persistent objector" medan andra ILC-domare uppfattade handlingsmönstret som om det tillhörde ett agerande som kännetecknade en efterföljande opponents handlingsmönster.[51]

Sammanfattningsvis kan följande sägas om "persistent objection". För att en "persistent objector"-stat inte skall bindas till en internationell sedvanerättsregel förutsätts alltså att två villkor uppfylls.[52] För det första skall oppositionen ha inletts i ett begynnande stadium innan en sedvanerättsregel hunnit etableras och för det andra, när den väl etablerats skall oppositionen oavbrutet därefter framhärdas.

4.4.1.1 Inkonsekvent handlande

Oppositionen som fullföljs måste också ske konsekvent. Om en stat handlar inkonsekvent genom att i vissa fall opponera sig mot en ifrågavarande regel och i andra fall åberopar samma regel som den tidigare opponerat sig mot, anses det ifrågavarande handlingsmönstret inte vara konsekvent. Ett sådant handlingsmönster frambringar inte det resultat som en kontinuerlig opponent genom sitt handlande ämnar uppnå. En inkonsekvent handlande stat anses därför vara bunden av den etablerade sedvanerättsregeln. I de händelser där oklarhet råder huruvida en stat skall anses uppbära den kontinuerligt opponerande statens egenskaper anses bevisbördan åvila den opponerande staten som då åläggs klargöra sitt ställningstagande.

49. Fisheries Case, ICJ Pleadings 1951, IV 98-9 (UK oral argument).

50. Bland annat för att inte *opinio juris* kunde bevisas, ICJ Reports 1968 s. 44 ff.

51. North Sea Continental Shelf Case, ICJ Reports 1969, s. 97, se domarnas Padilla Nervo, Lachs s. 232 ff. och Sörensens, s. 253, avvikande meningar. Den genom 1958 års konvention om kontinentalsockeln antagna principen om ekvidistanslinjen gäller vid avgränsningen av kontinentalsockeln mellan intilliggande stater. Tillämpningen av denna princip kan i vissa situationer ge upphov till orimliga resultat. Detta var fallet då delningen av den konkava kustlinjen mellan Tyskland, Danmarks och Nederländernas kustlinje skulle göras. Domstolen avvisade ekvidistanslinjen som en lämplig metod att avgransa kontinentalsockeln på eftersom denna metod skulle tilldela Tyskland en mycket liten del av sockeln. Delningen mellan staterna genomfördes genom avtal i enlighet med skäliga principer.

52. Anglo-Norweigian Fisheries Case, ICJ Reports 1951 s. 138 ("consistently and uninterruptedly" – oppositionen skall framföras konsekvent och oavbrutet).

När en internationell sedvanerättsregel väl etablerats förefaller den kontinuerligt intagna opponentens position vara svår att vidmakthålla och den kanske inte heller med lätthet kan motiveras eller förstås.[53] Den opponerande staten kan då endast försvara sin opposition genom att mycket noggrant följa de uppställda villkoren för den intagna oppositionen.[54]

I FN-sammanhang eller vid diplomatkonferenser ges den opponerande staten möjlighet att framföra sin opposition och således handla konsekvent. Utkastförslag som där behandlas kan kritiseras och på det sättet kan den opponerande statens kontinuerliga opposition bibehållas.[55]

Ett exempel på inkonsekvent handlande är hur den franska regeringens delegation vid 1969 års Wienkonferens röstade mot antagandet av 1969 års Wienkonvention om traktaträtten. Kritiken riktades främst mot Wienkonventionens del V, närmare bestämt artiklarna 42–72. (Traktaters ogiltighet, upphörande och suspension.) En noggrann genomläsning av den franska delegationens uttalanden under Wienkonventionens förberedande fas visade att vid vissa tillfällen stöddes bestämmelserna i artikel 52 (tvång mot stat genom hot om eller bruk av våld) och artikel 62 (*clausula rebus sic statibus*) och att delegationen vid vissa andra tillfällen, opponerade sig mot artiklarna 53 och 64 beträffande normer avseende tvingande allmän folkrätt (*jus cogens*).[56]

Ett annat fall där inkonsekvent handlande från en stats sida uppmärksammats finns i *Nicaragua Case*. Där noterade Haagdomstolen att ett uttalande av USA:s regering avseende en resolution som antagits av FN:s generalförsamling vars text endast utgjorde "a statement of political intention and not a formulation of law" i en efterföljande deklaration, som delvis upprepade den tidigare åberopade resolutionen, inte refererade till det tidigare ställningstagandet. [57]

Ytterligare ett fall berör frågan huruvida generella och abstrakta regler från 1982 års havsrättskonvention kan tillämpas som sedvanerättsliga regler på stater som röstade mot konventionens antagande i Montego Bay 1982. USA som var en av de fyra stater som röstade mot konventionen beslutade redan 1981 att särskilt granska konventionens del XI om havsbotten och dennas underlag utanför gränserna för nationell jurisdiktion. Age-

53. Berhardt, Custom and Treaty in the Law of the Sea, 205 RdC 1987-V s. 269, Charney, The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law, 56 BYBIL, 1985, s. 24.

54. Colson, How Persistent Must the Persistent Objector be? 61 Washington Law Review, 1962, s. 957–970.

55. Villiger, Customary International Law and Treaties, second edition, The Hague 1997, s. 35.

56. Official Reccords 1969 Plenary s. 203 f.

57. Nicaragua Case, ICJ Reports 1986 s. 107.

randet ansågs knappast räcka till för att bekräfta en kontinuerligt opponerande stats ställningstagande.[58]

För att en utvärdering skall kunna göras måste denna ske mot bakgrund av USA:s ställningstagande under samtliga elva sessioner på havsrättskonferensen, under normernas framväxande fas och gentemot de berättigade förväntningarna hos de övriga staterna.[59]

4.4.1.2 Kritik – "persistent objector"

Möjligheten att genom ett agerande som "persistent objector" undvika att juridiskt bli bunden av en framväxande sedvänja torde alltså vara en accepterad uppfattning i doktrinen.[60] Det finns dock kritiska röster.

Kritiken som riktas mot konceptet "persistent objector" har i doktrinen bl.a. kommit från Sörensen. Han hävdar att om resonemanget om kontinuerlig opposition hårdras slutar det med att man upplöser den folkrättsliga rättsordningen i en mångfald bilaterala regler.[61] En liknande uppfattning delas av bl.a. Charney.[62] Han tillhör de ivrigaste kritikerna. Hans uppfattning anses exceptionell[63] och torde dock representera en minoritetsuppfattning i doktrinen då han hävdar att begreppet "persistent objector" inte har någon legitim grund inom folkrätten.[64]

I praktiken är detta också folkrättsligt sett ett osannolikt scenario. Som tidigare konstaterats kräver den allmänna folkrätten/sedvanerätten inte att den är universellt accepterad utan endast allmänt accepterd. Akehursts tillägg är därför berättigat, då han konstaterar att "[i]f the dissent of a single State could prevent the creation of a new rule, new rules would hardly ever

58. A a s. 107.

59. Oxman, The Third United Nations Conference on the Law of the Sea: Tenth Session (1981), 76 AJIL 1982 s. 2 ff.; D'Amato, An alternative to the Law of the Sea Convention, 77 AJIL 1983 s. 281 ff.

60. Brownlie, Principles of Public International Law, fifth edition, Oxford, 1998, s. 10; Tunkin, Theory of International Law, translated by Butler, 1974, s. 130; Villiger, Customary International Law and Treaties, second edition, The Hague 1997, s. 33–37; Wolfke, Custom in Present International Law, second edition, Dordrecht 1993, s. 66–67; Danielenko, Law-Making in the International Community, Dordrecht 1993, s. 109–113.

61. Sörensen, Principes de droit international public, RdC, 101 1960-III s. 44. "[o]n finit par désintégrer le systéme du droit international et le dessoudre dans une multitude de règles bilatérales."

62. Charney, The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law, 56 BYBIL, 1985, s. 1–25.

63. Charney, Universal International Law, 87 AJIL, s. 538 ff., av samme författare, The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law, 56 BYBIL 1985, s. 1; se även D'Amato, The Concept of Custom in International Law, Ithaca 1973, s. 233–263; Stein, The Approach of the Different Drummer. The Principle of the Persistent Objector in International Law, 26 Harvard ILJ, 1985, s. 457.

64. Charney, The Assistent Objector Rule and the Department of Custom International Law, 56 BYBIL 1985, s. 21.

be created."[65] Således kan man dra slutsatsen att ett fåtal kontinuerligt opponerande staters opposition inte kan påverka etablerandet av den sedvanerättsliga processen. Hur många stater som däremot behövs för att etablera en internationell sedvanerättsregel är emellertid svårt att säga. Bara i de fall då ett stort antal stater opponerar sig mot en ifrågavarande sedvanerättsregel kan den sedvanerättsliga processen påverkas negativt. Resultatet av oppositionen kan bli att sedvänjan inte blir allmänt spridd, och därmed inte kan göras gällande som sedvanerätt.[66]

Uppfattningen om den opponerande statens möjlighet att agera intar en central plats i det internationella samfundets struktur. Staterna agerar både som objekt och subjekt i det mellanstatliga umgänget. Detta innebär att staterna själva skapar de normer som de antingen bestämmer sig för att följa eller överträda. Det finns inte heller någon majoritetsregel som styr den sedvanerättsliga formbildningen. Eftersom alla stater involveras i den sedvanerättsliga processen, måste också nya stater ha möjlighet att opponera från och med det datum då självstädigheten uppnåddes. Detta är emellertid en kontroversiell fråga inom folkrätten som diskuteras i nästa avhandlingsavsnitt.

4.4.2 *"Subsequent objector"*

En annan form av opposition berör en stat som efter det att en sedvanerättslig regel etablerats agerar som en efterföljande opponent "subsequent objector". Denna form av opposition är alltså inte en lika klart accepterad företeelse i den folkrättsliga doktrinen. Akehurst skriver t.ex. att:

> A state can 'opt out' of a rule of customary international law by dissenting before the rule becomes well established, but not afterwards.[67]

Med tanke på vad som ovan sagts är en efterföljande opponents agerande i princip ohållbart eftersom andra stater kommit att förlita sig på den efterföljande opponentens ursprungliga position. Dessutom är den allmänna folkrätten/sedvanerätten juridiskt bindande för samtliga stater och kan inte enligt Internationella domstolen vara föremål för "any right of unilateral exclusion exercisable at will by anyone of (the members of the international community) in its own favour".[68]

65. Akehurst, Custom as a Source of International Law, 47 BYBIL 1974/75 s. 26 ff.
66. A a s. 26 ff.
67. A a s. 28.
68. North Sea Continental Shelf Case, ICJ Reports 1969 s. 38 f.

Problemet som den efterföljande opponenten aktualiserar berör enligt Brownlie frågan om ändringar (modifikation) av en sedvanerättslig regim. Brownlie är av den uppfattningen att:

> Presumably, if a substantial number of states assert a new rule, the momentum of increased defection, complemented by acquiescence, may result in a new rule, as in the case of the law on the continental shelf.[69]

Den efterföljande opponenten avviker således från och bryter möjligen också mot, den ursprunliga sedvanerättsregeln.

I likhet med "persistent objector" kan ett antal efterföljande opponerande stater inte kullkasta en allmän folkrättslig/sedvanerättslig regel. Ett stort antal efterföljande opponenter kan däremot sätta en accepterad regel ur spel eller göra att den ifrågavarande normen modifieras eller att det resulterar i *desuetudo*.[70] Om denna process sker långsamt och det varken finns en majoritet för den gamla eller nya regeln blir konsekvensen att ett nätverk av särskilda förhållanden uppstår som enligt Brownlie bygger på "opposability, acquiescence, and historical title".[71]

4.5 Nya stater och folkrätt

Den traditionella uppfattningen i doktrinen anses vara att alla nya stater som träder in i statssamfundet automatiskt binds till folkrätten och att de således också accepterar gällande internationella rättsordning.[72] Detta möjliggörs genom att den allmänna folkrätten med de undantag som ovan angivits, på en konsensuell basis anses kunna binda samtliga stater *erga omnes* utan att dessa behöver avge sitt uttryckliga samtycke därtill.[73]

Konkret innebär detta som tidigare nämnts att passivitet från en stats sida tolkas som "acquiescence" och används i konstitutiv mening till stöd för att bekräfta den allmänna folkrätten/sedvanerätten.[74]

69. Brownlie, Public International Law, fourth edition, Oxford, 1990, s. 11.

70. Villiger, Customary International Law and Treaties, The Hague 1997, s. 37.

71. Brownlie, Public International Law, fourth edition Oxford, 1990, s. 11, se även avsnitt 7.13.

72. Waldock, General Course on Public International Law, 106 RdC, 1962-II, s. 51–53; Kelsen, Principles of International Law, second edition, New York 1996, s. 445; Franck, Fairness in International Law and Institutions, Oxford 1997, s. 44, särskilt not 70; van Hoof, Rethinking the Sources of International Law, Deventer 1983, s. 77–78; Villiger, Customary International Law, s. 21, second edition The Hague, 1997, s. 39; Danielenko, Law-Making in the International Community, Dordrecht 1997, s. 113–118.

73. Det enda undantaget som finns i detta sammanhang gäller som tidigare nämnts till förmån för de opponerande staterna "persistant objectors".

74. Se kap. 4.3.3.

Denna uppfattning går emellertid stick i stäv med den *voluntaristiska* uppfattningen som innebär krav på samtycke (eng. consent) för juridisk bundenhet. Detta var sovjet-doktrinens uppfattning och framfördes ivrigast av dess främste förespråkare Tunkin. Uppfattningen är emellertid fortfarande aktuell och väl förankrad i den folkrättsliga doktrinen, må vara att den numera presenteras i modifierad form. Förespråkare för den voluntaristiska uppfattningen har låtit sig influeras av den klassiska doktrinen och den historiska skolans läror. De hävdar att staterna antingen kan avge sitt samtycke uttryckligt som i traktater eller då det gäller sedvanerätten genom tysta överenskommelser – *pacitum tacitum*.[75] Wolfke som har modifierat sin syn skriver att " ... the old simplistic voluntarist definition of international custom as a 'tacit agreement' cannot be considerad seriously anymore".[76] Voluntarister av i dag har däremot tonat ner betydelsen av tysta överenskommelser. Skillnaderna mellan de båda inriktningarna är därmed mindre än förr.

Den bakomliggande tanken med den voluntaristiska uppfattningen är att staterna på grund av sin oberoende ställning inte kan bindas juridiskt till något som de inte uttryckligen har samtyckt till. Om juridisk bundenhet skulle uppstå mot statens vilja skulle statens oberoende undermineras.

Den väsentliga skillnaden mellan dessa båda uppfattningar ligger däri att den voluntaristiska skolan till skillnad från den traditionella, konsensuella uppfattningen inte översätter en stats passiva handlande med "acquiescence", tyst medgivande.[77].

Båda uppfattningarna synes tangera varandra. Enligt den traditionella uppfattningen anses den allmänna folkrätten/sedvanerätten binda samtliga stater. Detta sägs vara en bekräftelse på att folkrätten är en konsensuell rättsordning.[78] Detta är ett antagande som helt enkelt måste accepteras för att man skall kunna bekräfta slutsatsen.[79] Undantaget från den allmänna folkrättens förmåga att binda samtliga stater sades vara "persistent objectors". Detta är ett konsensuellt antagande som möjliggörs genom att staterna kan agera som både objekt och subjekt vilket innebär att de kan agera som lagstiftare och skapa normer som de antingen bestämmer sig för att följa eller överträda.[80] Nackdelen med den traditionella uppfattningen är att den är ologisk och svår att bevisa. Många författare i doktrinen konstaterar därför,

75. Se kap. 6.

76. Essays on the Law of Treaties, (Klabbers and Lefeber eds.), The Hague, 1998, s. 32.

77. Villiger, Customary International Law and Treaties, second edition, The Hague 1997, s. 41.

78. van Hoof, Rethinking the Sources of Internationa Law, Deventer 1983, s. 77–78.

79. A a s. 78.

80. Lysén, Europas Grundlag, andra upplagan, Uppsala, 1993, s. 36.

utan att tillföra några ytterligare argument i sakfrågan, att det helt enkelt bara förhåller sig på ett visst sätt. Detta gör till och med Mendelson som talar om " ... *the undisputed fact* [min kursiv.] that general customary rules bind States who have given no intimation of such consent".[81]

Den voluntaristiska uppfattningens svaga sida är att om den tillämpas strikt undermineras den allmänna folkrättens/sedvanerättens existens.[82] Voluntaristerna är medvetna om detta och Tunkin introducerade därför ett viktigt kriterium som – vid en sedvanerättslig utvärdering/bedömning – borde beaktas. Tunkin menade att inte all tysthet från en stats sida skulle betraktas som ett tyst medgivande. När en sedvanerättslig praxisutveckling vid ett givet tillfälle inte hade någon inverkan på en stat, kunde statens tysthet inte betraktas som ett tyst medgivande. I de fall en sedvanerättslig praxisutveckling påverkade en stats intressen och inga invändningar gjorts efter en viss tid, kunde statens agerande däremot i regel betraktas som ett tyst medgivande.[83]

Villiger hävdar, och det är lätt att hålla med honom om att om en stats passiva handlande likställs med ett tyst medgivande och detta görs beroende av hur en stats intressen påverkas är det ingen större skillnad från den traditionella, konsensuella uppfattningen.[84] Villiger konstaterar att skillnaden i stort sett blir akademisk i en miljö som FN:s där alla stater t.ex. är representerade inom ramen för en kommissions utarbetande av ett konventionsutkast. Varje stat ges där åtskilliga tillfällen att avge sin uppfattning antingen de accepterar eller opponerar sig mot utkasten.[85] Här kan också följande rader av Kelly citeras som helt frankt konstaterar att "[b]oth implied consent and general acceptance are fictions used at different historical periods to justify the universalization of preffered norms".[86]

En reell betraktelse av problemet ger vid handen att de nya stater som uppkommer *en bloc* accepterar den internationella rättsordning som då gäller. (Skälet för detta behöver inte vara styrt av juridiska hänseenden.) Det har hittills aldrig förekommit att en ny stat opponerat sig mot den internationella rättsordningen som sådan. Efter bildandet ges den nya staten möjlighet att deltaga i traktatförhandlingar och i den sedvanerättsliga

81. Mendelson, The Subjective Element in Customary International Law, 66 BYBIL, 1995, s. 178; se även van Hoof som gor ett liknande konstaterande. Rethinking the Sources of International Law, Deventer 1983, s. 178.

82. Villiger, Customary International Law and Treaties, second edition, The Hague 1997, s. 41–42.

83. Tunkin, Theory of International Law (translated by Butler), London 1974, s. 129.

84. Villiger, Customary International Law and Treaties, second edition, The Hague 1997, s. 42.

85. A a s. 42.

86. Kelly, The Twilight Of Customary International Law, 40 Va.J.INT'L L, 2000, s. 452.

praxisutvecklingen och ges på det sättet möjlighet att påverka det folkrättsliga innehållet. En ny stat som inom rimlig tid efter inträdandet i det internationella samfundet kontinuerligt börjar opponera sig mot en etablerad sedvanerättsregel, torde därför betraktas som fullödig opponent.[87]

Mot bakgrund av vad som ovan sagts förefaller därför följande rader av Akehurst beaktansvärda.

> Unfortunately for the new States, most rules of customary international law were well established before the State concerned became indipendent; independence came to late for them to dissent effectively.[88]

Såvitt denna studie har kunnat påvisa har hittills inga nya stater deklarerat att de inte betraktar sig som bundna av allmän folkrätt/sedvanerätt. Tvärtom konstaterar många stater i sina konstitutioner att de anser sig bundna av folkrätten och att de dessutom betraktar den internationella rätten vara del av landets egen lag.[89]

Genom att vägra nya stater möjligheten att opponera sig, kränks staternas oberoende ställning och principen om staters lika värde. Dessutom förvärras de rådande socio-ekonomiska klyftorna i det internationella samfundet och underminerar den internationella rättens trovärdighet.[90]

Av det ovan sagda framgår att det i doktrinen finns ett teoretiskt resonemang till fördel för en konsensuell uppfattning vilken ytterst syftar till att skapa stabilitet inom folkrätten.[91] I praktiken framgår också tydligt att staterna handlar i enlighet med den traditionella, konsensuella uppfattningen. Däremot kan de nya staterna opponera sig mot en redan etablerad sedvanerättsregel. Detta bekräftar att en *consent*-baserad uppfattning i detta avseende genomsyrar folkrätten. Detta är kanske ett exempel på att kritik kan riktas mot folkrätten, något som bekräftar CLS-skolans uppfattning att den internationella rätten inte kan vara både teori och doktrin.[92]

Casseses rader kan däremot sammanfatta den nu gällande uppfattningen i doktrinen. Cassese skriver att:

87. Villiger, Customary International Law and Treaties, second edition, The Hague 1997, s. 34.

88. Akehurst, Custom as a Source of International Law, 47 BYIL 1974/75, s. 28.

89. Se t.ex. artikel 15(4) i den Ryska federationens konstitution; artikel 3 i Estlands konstitution; i preambeln till och artikel 17 i den Uzbekiska konstitutionen; artikel 6 i den Turkmenska konstitutionen; artikel 8 i den Vitryska konstitutionen. Se vidare Vereshetin, New Constitutions and the Old Problem of the Relationship between International Law and National Law, 7 EJIL 1996, s. 28.

90. Villiger, Customary International Law and Treaties, second edition, The Hague 1997, s. 36.

91. van Hoof, Rethinking the Sources of International Law, Deventer 1983, s. 77.

92. Se avsnitt 2.1 ovan.

> Similarly, whenever a new State emerges in the international community, it is bound by all the pre-existing general rules of international law and may not challenge them legallay (although of cource it may contest their scope and purport politically, in the relevant international fora).[93]

4.6 Allmän folkrätt

Sedvanerättens spännvidd är vidsträckt och kan alltså omfatta, särskild, allmän och universell sedvanerätt. Den internationella sedvanerätten har som tidigare nämnts traditionellt betraktats som allmän folkrätt. För att en sedvanerättsregel skall etableras krävs att staterna godtar en allmän praxis såsom gällande rätt. Begreppet allmän praxis innebär i regel att det skall finnas en tillräckligt enhetligt manifesterad och omfattande praxis inom ett område för att binda samtliga stater – med det enda undantag som ovan angivits avseende "persistent objector". Detta är fallet även om inte alla stater skulle ha avgivit sitt samtycke eller engagerat sig aktivt i den sedvanerättsliga processen. Den allmänna folkrätten/sedvanerätten och den universella sedvanerätten påminner således om varandra. Deras effekt blir densamma. De binder alltså samtliga stater. Skillnaden mellan dem är att den allmänna folkrätten inrymmer fall där en kontinuerligt opponerande stat kan göra gällande att den inte är juridiskt bunden av en viss sedvanerättsregel. Från den universellt bindande folkrätten kan däremot en stat inte bestrida bundenhet. Den är tvingande och inrymmer alltså inget utrymme för opposition. Allmän sedvanerätt/folkrätt är således dispositiv medan den universella sedvanerätten är indispositiv, tvingande.

Det finns många exempel i den folkrättsliga doktrinen som refererar till *allmän praxis*. Där förklaras att om en praxis manifesterats i tillräckligt stor utsträckning är den juridiskt bindande *erga omnes*.[94] Detta var t.ex. fallet i *Fisheries Case*, där domstolen förklarade att trots att:

> the ten-mile rule has been adopted by certain States both in their national law and in their treaties and conventions, and although certain arbitral decisions have applied it as between these States, other States have adopted a different limit. Consequently, the ten mile rule has not aquired the authority of a general rule of law.[95]

För att en sedvanerättsregel skall klassificeras som allmän praxis och inte som särskild/partikulär måste den vara omfattande "extensive". Det är det

93. Cassese, International Law, Oxford, 2001, s. 124.

94. Med det undantag som vid åtskilliga tillfällen tidigare gjorts avseende den kontinuerligt opponerande staten – "persisten objector".

95. Fisheries Case, ICJ Reports 1951, s. 131, domare Lachs uppfattning.

begrepp som Haagdomstolen 1969 använde i *North Sea Cases*. Domstolen förutsatte att "[s]tate practice should have been ... extensive." Det framgår emellertid av sammanhanget att domstolen inte ansåg att denna förutsättning uppfyllts *in casu*, när den sade att:

> some fifteen cases have been cited in the course of the present proceedings ... in which continental shelf boundaries have been delimited according to the equidistance principle ... (E)ven if these various cases constituted more than a very small portion of those potentially calling for delimitation in the world as a whole, the Court would not think it necessary to enumerate ... them separately since there are, *a priori*, several grounds which deprive them of weight as precedents in the present context.[96]

Domstolen gjorde alltså klart att det inte endast gick att uppräkna ett antal stater. Praxisen ifråga skulle också vara representativ och inkludera "speciellt berörda staters intressen".[97] Diskussionen rörde frågan om 1958 års konvention om kontinetalsockeln hade bidragit till att framkalla ny sedvanerätt på området. Den specifika frågan rörde delningen av kontinentalsockeln mellan mittemot varandra liggande stater, eller som fallet var här, angränsande stater. Domstolen tillade att:

> even if allowance is made for the existence of a number of States to whom participation in the Geneva Convention is not open, or which, by reason for instance of being land-locked States, would have no interest in becoming parties to it, the number of ratifications and accessions so far secured is, though respectable, hardly sufficient.[98]

Då domen avgavs hade 39 stater varav 26 kustlösa, ratificerat eller anslutit sig till konventionen.[99] Med tanke på att det då fanns över 130 stater som var berättigade att ratificera konventionen är siffran inte speciellt hög.[100] Hur representativ denna grupp var kommenterades inte av domstolen. Av säkerhetsrådets fem permanenta stater var Kina den enda stat som inte hade ratificerat konventionen. Arabstaterna, många latinamerikanska stater, samt de afrikanska och asiatiska staterna hade heller inte ratificerat konventionen. Några få europeiska stater hade inte ratificerat konventionen däribland Tyskland, Italien och Belgien. Många av dessa stater skulle om de hade ratificerat konventionen ha sorterats in under de stater som rubricerats "särskilt berörda". Domstolen hävdade att deltagandet i konventionen inte var tillräckligt väl representerat.[101]

96. North Sea Continental Shelf Case, ICJ Reports 1969, s 43.
97. A a s. 3 och s. 43.
98. A a s. 3.
99. A a s. 25.
100. A a s. 218.
101. A a s. särskilt domare Lachs avvikande mening, s. 218 och s. 225–229.

Fallet är också intressant då det gäller att fastställa i vilken utsträckning deltagandet i en praxisutveckling kan tänkas vara tillräckligt stort för att fastställa en *allmän praxis*. Danmark och Nederländerna anförde till stöd för sin uppfattning 15 länder som efter konventionens ingående delat kontinentalsockeln mellan sig med hjälp av ekvidistansprincipen. De flesta var genomförda i form av bilaterala avtal medan andra grundades på ensidiga handlingar. Några delningar var ännu inte slutförda. Båda staterna hävdade att de påvisade fallen bekräftade att ekvidistansprincipen som intagits i konventionen återspeglade gällande sedvanerätt på området. Domstolen avvisade emellertid argumentet genom att säga att:

> even if these various cases constituted more than a very small proportion of those potentially calling for delimitation in the world as a whole, the Court would not think it necessary to enumerate or evaluate them separately, since there are, a priori, several grounds which deprive them of weight as precedents in the present context.[102]

De finns ytterligare fall som kan åberopas men de nu angivna exemplen räcker för att dra vissa slutsatser om hur man skall fastställa allmän praxis.[103]

Begreppet allmän praxis innebär att det erfordras en allmänt vidsträckt och accepterad praxis.[104] Folkrätten kräver som tidigare nämnts inte en universellt accepterad praxisutveckling utan snarare att den skall anses vara "representativ",[105] för de centrala politiska och socio-ekonomiska systemen i världen. Det som tidigare ansågs vara svårt, nämligen att fastställa och utvärdera huruvida en internationell praxisutveckling tangerade de uppställda rekvisiten för en allmän praxis, har numera underlättats genom FN-systemet. Medlemssaternas aktiva deltagande vid utskotts- och kommittéarbeten skapar en näst intill universell miljö – med för närvarande 200 medlemsstater i FN. Detta ger möjlighet att *a priori* skapa de förutsättningar som krävs för att etablera en allmänt accepterad praxis.[106]

Av det ovan sagda kan man generellt konstatera att det förefaller vara en näst intill omöjlig uppgift att konkret fastställa hur många stater som måste medverka i en internationell praxisutveckling för att etablera allmän praxis. Det avgörande kriteriet synes snarare vara kvalitativt än kvantita-

102. A a s. 43.
103. Se Mendelson, The Formation of Customary International Law, 272 RdC, s. 218–227.
104. Villiger, Customary International Law and Treaties, second edition, The Hague 1997, s. 29.
105. North Sea Continental Shelf Case, ICJ Reports 1969, s. 42.
106. Villiger, Customary International Law and Treaties, second edition, The Hague 1997, s. 30.

tivt.[107] Det är alltså inte bara en fråga om hur många stater som deltar i en praxisutveckling utan vilka dessa stater är.

Kriteriet för hur representativ en allmän praxis skall vara har också två aspekter som måste beröras. En som kan sägas vara positiv och en negativ. Den positiva aspekten är att om alla betydande intressen från "speciellt berörda stater" finns representerade behöver nödvändigtvis inte en majoritet stater finnas med för att konstituera en allmänt godtagen praxis. Ett begränsat antal stater kan då framkalla det underlag som erfordras för att fastställa detta kriterium.

Den negativa aspekten är att det kan förefalla odemokratiskt. Då betydelsefulla stater inte accepterar en praxisutveckling försvåras den sedvanerättsliga processens vardande.[108] Omvänt kan man säga att om de betydelsefulla staterna vill provocera fram en allmän praxis (som grundas på intressen) har de möjlighet att göra detta. Kritik som kan riktas mot denna aspekt är att det förefaller odemokratiskt eftersom det inte rör sig om ett renodlat kvantitativt antal utan att det är andra faktorer som påverkar bedömningen. Staterna kan inte på lika villkor påverka en sedvanerättslig process som i en pågående traktatsförhandling.[109] De viktiga staternas deltagande spelar sålunda en särskild viktig roll i den sedvanerättsliga processen. I detta avseende sägs den internationella sedvanerätten vara i fas med den politiska verkligheten.[110] Vilka stater som tillhör kategorin "särskilt påverkande" varierar från fall till fall och beror ytterst på omständigheterna. De mäktiga staternas geopolitiska intressen gör att de ofta tillhör kategorin "särskilt berörda stater".

Två förutsättningar avseende den internationella sedvanerättsregelns allmänna praxis bör också uppmärksammas. För det första; sedvanan i kombination med *opinio* är att betrakta som en allmänt accepterad norm och förefaller därmed vara en nödvändig förutsättning för att allmän praxis skall antas ha verkan *erga omnes*, dvs. binda samtliga stater. Detta uttrycktes tydligt av domstolen i *North Sea Cases* där det fastslogs att "customary law rules and obligations, ... by their very nature, must have equal force for all members of the international community."[111] Det är denna allmänt bindande kraft som möjliggör fastställandet av statspraxis "in the world as a whole",[112] dvs. en av grunderna för att en allmänt accepterad

107. A a s. 29.

108. ILA:s slutliga rapport (London 2000), Committee on the Formation of Customary International Law, s. 737.

109. Se avhandlingsavsnitt 3.3.

110. ILA:s slutliga rapport (London 2000), s. 737.

111. North Sea Continental Shelf Case, ICJ Reports 1969, s. 38.

112. A a s. 43.

praxis, snarare än i uppförandet av ett begränsat antal stater. Om praxisen ifråga inte är tillräckligt allmän så kan den fortfarande tillskapa partikulär/ särskild sedvanerätt.

För det andra; i begreppet allmän praxis inbegrips en försäkran om att en allmän internationell sedvanerättsregel är i färd att manifesteras. Den ifrågavarande sedvänjan måste anses vara så vittomfattande/vidsträckt att avvikande praxis kan anses vara marginell och inte ha någon påverkbar effekt på den internationella sedvanerättsliga rättsbildningen. Om statspraxis däremot divergerar, anses den framväxande normen inte ha den vittomspännande räckvidd som är nödvändig för att kvalificeras som en allmän regel. I det fallet kan däremot en modifierad statspraxis manifestera en partikulär sedvanerätt.

Rent allmänt riktas kritik mot konceptet allmän praxis. Kelly skriver t.ex. att "[i]n a world of many cultures and values, general acceptance is neither acertaiable nor verifiable".[113] Denna kritik noteras här men vidareutvecklas inte mer än vad som nämnts i detta arbete.

4.7 Partikulär sedvanerätt

4.7.1 Allmänt

Sedvanerättens bindande karaktär har hittills beskrivits *erga omnes* med undantag för en stats agerade som "persistent objector". Sedvanerättens dispositiva karaktär tillåter emellertid sedvanerätten att vara partikulär i sin karaktär och då endast binda ett begränsat antal stater.[114] Detta har emellertid inte varit uppenbart i doktrinen. Artikel 38(1)b refererar endast till " a general practice accepted as law". Ingen hänvisning görs i artikeln till partikulär/särskild sedvanerätt vilket numera är en allmänt accepterad företeelse i folkrätten.[115]

Basdevant skrev redan 1936 i Haagakademins skriftserie att han eftersökte en extensiv tolkning av artikeln. Han hänvisade till en som han kallade "relative custom" som syftade till en regionalt baserad praxis som etablerats i Latinamerika.[116] Basdevant pekade på den praxis som före andra

113. Kelly, The Twilight Of Customary International Law, 40 Va.J.INT'L L, 2000, s. 452.

114. Akehurst, Custom as a Source of International Law, 47 BYBIL, 1974/75, s. 28; D'Amato, The Concept of Special Custom in International Law, 63 AJIL, 1969, s. 211–223.

115. Sörensen, Les Sources de droit international, Copenhague, 1946, s. 104; Akehurst, Custom as a Source of International Law, 47, BYBIL 1974/75, s. 28; Wolfke, Custom in Present International Law, Dordrect 1993, s. 88–89.

116. Basdevant, Régles générales du droit de la paix, 58 RdC 1936-II, s. 486,

världskriget tagit form i regionen. Denna praxis motsvarade den Panamerikanska Unionens kodifierande aktiviteter vilket resulterade i att man etablerade en regionalt bindande praxis *inter se*.

Andra folkrättsförfattare refererar i sina arbeten till lokal,[117] regional,[118] partikulär[119] och speciell sedvanerätt.[120]

Utöver den särskilt etablerade sedvanan kan man också skönja en som etableras bilateralt, mellan två – i regel angränsande – stater. Ännu en benämning återfinns. Den är central för avhandlingsarbetet och kan etableras mellan parterna i en traktat. Den refereras till som särskild utvecklad sedvanerätt inom en traktat regim – "special custom within treaty relations".[121] Villiger refererar också till en regionalt utvecklad sedvanerätt som kan utvecklas mellan stater som har gemensamma socio-ekonomiska intressen.[122] Alla benämningar sammanförs i detta kapitel under den gemensamma huvudrubriken partikulär sedvanerätt.[123]

Partikulär/särskild sedvanerätt kan etableras som ett första led i en process som kan leda fram till att skapa allmän folkrätt/sedvanerätt. Detta kan uppstå om praxisutvecklingen av någon anledning skulle avstanna och därför inte bli tillräckligt omfattande utan endast intressera ett begränsat antal stater. Om en ny regel skulle bli allmän folkrätt/sedvanerätt kan den gamla regeln fortfarande appliceras som särskild sedvanerätt. Särskild sedvanerätt kan uppstå som ett led för att etablera en norm som ett undantag från en allmän folkrättslig/sedvanerättslig norm. I samtliga fall reglerar den särskilda sedvanerätten endast förhållandet mellan parterna *inter se*. Detta möjliggörs genom att sedvanerätten intar en primär roll i den internationella rättsordningen, medan särskild sedvanerätt intar en sekundär roll som avviker från och kompletterar den allmänna folkrätten.[124]

Den särskilda sedvanerätten kan antingen vara regional eller lokal. Den kan också i vissa fall binda endast två stater utan att dessa stater har några andra band mellan sig än att de följer en särskild sedvänja som de anser vara rättsligt bindande.[125] Termen särskild sedvanerätt används också för

117. Se Cohen, "La coutume locale", AFDI 1961, s. 119–140.

118. Se t.ex. Reuter, Droit international public, Paris 1958, s. 36.

119. Sörensen, Principes de droit international public, 101 RdC 1960-III, s. 43.

120. D'Amato, The Concept of Special Custom in International Law, 63 AJIL 1969, s. 221–223.

121. Degan, Sources of International Law, The Hague 1997, s.244.

122. Villiger, Customary International Law and Treaties, The Hague 1997, s. 56.

123. Mendelson, The Formation of Customary International Law, 272 RdC 1998, s. 215, Mendelsons och andra författares sammanhängande rubrik benamns "partikulär" sedvaneratt.

124. Kontou, The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford 1994, s. 6; Bring & Mahmoudi, Sverige och folkrätten, Stockholm, 1998, s. 23.

125. Akehurst, Custom as a Source of International Law, 47 BYBIL, 1974/75, s. 31.

att beskriva historiska rättigheter; "built up by a particular State or States, through a process of prescription" och "acquired as against the world in general".[126]

Medan allmän folkrätt/sedvanerätt endast kräver en allmän acceptans, måste en stat som förlitar sig på särskild sedvanerätt däremot bevisa att den stat som berörs uttryckligen eller implicit samtyckt till regeln ifråga.[127] Detta klargjordes i *Asylum Case* från 1950 då Haagdomstolen klargjorde att:

> [t]he Party which relies on a custom of this kind must prove that this custom is established in such a manner that it has become binding on the other Party.[128]

Domstolen menade att den stat som påstod att särskild sedvanerätt etablerats (Colombia) även var tvungen att visa att den andra staten (Peru) ansåg att normen ifråga var rättsligt bindande.[129]

Partikulär/särskild sedvanerätt har fördelen av att den kan ge upphov till det som Dupuy kallat för sedvanerättslig mångfaldig –"pluralisme coutumier"[130] – och som kan tillgodose olika intressen som återspeglas i det internationella samfundet. Särskild sedvanerätt kan existera vid sidan av annan icke-identisk särskild sedvanerätt eller konkurrera med allmän folkrätt/sedvanerätt.

4.7.2 Partikulär sedvanerätt som utvecklas inom en traktatregim?

Frågan huruvida partikulär/särskild sedvanerätt som utvecklats inom ramen för en traktatregim kan modifiera en traktat kan ha varit tanken bakom formaliseringen av artikel 38 i ILC:s artikelutkast om: "Modification of treaties by subsequent practice".[131] Av en rad anledningar togs emellertid artikel 38 inte med i Wienkonventionen. Detta kommer att diskuteras utförligt i kapitel 7.

Artikel 38 lyder:

> A treaty may be modified by subsequent practice in the application of the treaty establishing the agreement of the parties to modify its provisions.

126. Fitzmaurice, The Law and Procedure of the International Court of Justice: General Principles and Sources of Law, 30 BYBIL 1953, s. 68–69.

127. Akehurst, Custom as a Source of International Law, 47 BYBIL, 1974/75, s. 31.

128. The Asylum Case, ICJ Reports 1950, s. 276.

129. Degan, Sources of International Law, Kluwer, 1997, s. 245; Villiger, Customary International Law and Treaties, Kluwer, 1997, s. 56.

130. Dupuy, Droit de la mer et communauté internationale, i Mélanges Paul Reuter, s. 22.

131. Akehurst, The Hierarchy of the Sources of International Law, 47 BYBIL, 1974/75, s. 276 ff.

Parterna i en traktat kan kringgå en traktats uttryckliga bestämmelser. Detta är möjligt av flera skäl. En praxisutveckling kan etableras parallellt med den gällande traktaten då denna av olika anledningar inte modifieras i enlighet med de bestämmelser traktaten föreskriver. Parterna i en multilateral traktat förfogar över avtalets innehåll och kan informellt modifiera traktatens innehåll genom att en ny praxisutveckling vinner allmän acceptans.

Villiger skriver att det är högst sannolikt att denna bestämmelse inte syftade på sedvanerätt. Det är troligt att bestämmelsen syftade på en kontraktuell process där parterna tillämpar en traktat på ett sätt som skiljer sig åt från vad som föreskrivs i någon av dess bestämmelser och som både kan ge upphov till tolkning och modifiering av en kontraktuell regel.[132] Villiger skriver vidare och hänvisar till Wienkonventionens förarbeten där det framgår att artikel 38 förutsätter en "implied agreement" varmed inte varje stat aktivt behöver medverka i praxisutvecklingen. Villger skriver slutligen:

> to the extent that Article 38 admits of tacit acceptance it cannot be referring to special (non-regional) customary law, since the latter requires explicit recognition by *all* parties.[133]

Det är alltså inte särskild sedvanerätt som utvecklas inom ett kontraktuellt system utan en praxis som är distinkt från sedvanerättens karakteristika. Denna praxis betingas av att traktatparterna disponerar över avtalsinnehållet. Detta innebär att de kan ändra på traktatens innehåll genom att en praxisutveckling vinner allmän acceptans (se kap. 7).

4.7.3 Lokal sedvanerätt

Partikulär sedvanerätt kan binda så få stater som två. Man talar då om lokal sedvanerätt. Uppfattningen i doktrinen har däremot varit tveksamt inställd till om det är möjligt att etablera sedvanerätt för ett så begränsat antal stater. Tveksamheten skingrades dock då begreppet "lokal sedvanerätt" användes första gången i *Rights of Nationals of the United States of*

132. Villiger, Customary International Law and Treaties, The Hague 1997, s. 57; se även Konferensen i Wien 1968 och 1969 angående traktaträtten, Stockholm 1970, s. 156; se även kommentarerna till Waldocks utkast III, artikel 73 i YBILC 1964-II s. 62 paragraf 33, "[n]o doubt, it might be possible to regard the subsequent practice as generating a special customary rule ... It is believed, however, to be more appropriate and more usual to classify it as a case of variation of the treaty by tacit agreement".

133. Villiger, Customary International Law and Treaties, second edition, The Hague 1997, s. 57; Kontou, The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford 1994, s. 27–28.

America in Marocco.[134] Lokal sedvanerätt betyder inte nödvändigtvis att det är fråga om ett begränsat antal stater. Det kan också vara fråga om lokal i bemärkelsen att den relaterar till en viss specifik plats på jorden.[135] Det har funnits ett visst motstånd i doktrinen mot att skapa sedvanerättsligt bindande regler på detta begränsade sätt. Det gavs emellertid i *Rights of Passage over Indian Territory Case* från 1960. I domslutet avvisar Haagdomstolen Indiens yrkande på att sedvanerättsliga regler inte gick att etablera mellan endast två stater:

> It is difficult to see why the number of States between which a local custom may be established on the basis of long practice must necessarily be larger than two. The Court sees no reason why long continued practice between two States accepted by them as regulating their relations should not form the basis of mutual rights and obligations between two States.[136]

Domstolen fastställde att passagen över indiskt territorium av privatpersoner, offentligt anställda och transporter av varor på grund av en konsekvent och enhetlig praxis "constant and uniform practice" hade accepterats av parterna som gällande rätt. En sedvanerättsregel hade skapats.[137] Domstolen avvisade emellertid det portugisiska påståendet att en sådan sedvanerättslig regel också etablerats för passagen av portugisiska militära förband, polis och transporter av vapen och ammunition. Motivet för detta var att för varje sådan transport erfordrades ett speciellt tillstånd, fastän ett sådant aldrig godkänts.[138]

4.8 Universell sedvanerätt

I tidigare avsnitt beskrevs sedvanerättens vidsträckta spännvidd. Detta möjliggjordes genom att sedvanerätten, som tidigare nämnts, kan vara både dispositiv och indispositiv. I de fall sedvanerätten är indispositiv binds samtliga stater utan undantag. Folkrättens vålds- och aggressionsförbud i FN-stadgans artikel 2(4), med undantag för självförsvarsrätten, hör hit. Ett annat exempel är sedvanerättens *pacta sunt servanda*-regel och principen om det fria havet. Avhandlingen undersöker inte om dessa maximer skall klassificeras som regler eller principen, eller om det finns andra begrepp som skall sorteras in under rubriken inte heller om de är självklara

134. Rights of Nationals of the United States of America in Marocco, ICJ Reports 1952, s. 200.
135. Mendelson, The Formation of Customary International Law, 272 RdC 1998, s. 215.
136. Rights of Passage over Indian Territory Case, ICJ Reports 1960, s. 39.
137. A a s. 40.
138. A a s. 40–43.

i en rättsordning[139] eller om och hur de är universellt accepterade. Syftet är snarare att endast visa sedvanerättens flexibilitet och dess likhet med allmän folkrätt.

4.9 Slutsatser

Sedvanerätten kan vara allmän, partikulär och universell. Den kan vara dispositiv eller tvingande. Den kan å ena sidan ändras och samtidigt binda samtliga stater utan att något uttryckligt stöd behöver inhämtas från dessa stater, å andra sidan tillåts stater opponera sig mot en sedvanerättsregel *in nascendi*. Detta resulterar i att de stater som konsekvent agerar som "persistent objectors" inte binds juridiskt till den ifrågavarande sedvanerättsregeln som är i färd att etableras. Ytterligare ett karakteristiskt drag är att en rättskränkning i vissa fall kan leda fram till att en ny sedvanerättsregel etableras. Ett agerande *contra legem* från en eller flera stater kan om sedvanerätten gör sig gällande konstituera ny sedvanerätt. Här är det då fråga om modifikation av en tidigare gällande regel. Även om nyligen etablerade stater *en bloc* accepterar den internationella rättsordningen som sådan kan ett agerande som "subsequent objector" på sikt framkalla att ny sedvanerätt etableras.

En konträr praxis kan även etableras inom en traktatregim. Denna praxis kan ge upphov till att en traktat eller en bestämmelse i densamma modifieras. En vanlig uppfattning i doktrinen är att det är partikulär/särskild sedvanerätt som etableras mellan parterna och att den ger upphov till att traktaten eller en bestämmelse i traktaten modifieras informellt. Denna fråga är inte reglerad i någon konvention. Förarbetena till Wienkonventionen angående traktaträtten ger däremot viss vägledning. Den ger vid handen att det inte var partikulär/särskild sedvanerätt som låg bakom formaliseringen av artikelutkast 38. Av den diskussion som fördes av ILC framgår att det rör sig om tysta överenskommelser mellan traktatsparterna. Då särskild sedvanerätt kräver ett uttryckligt stöd från de berörda staterna kan det inte vara tal om särskild sedvanerätt som bildas inom en traktatregim och som förmår modifiera dess bestämmelser. Det är alltså inte särskild sedvanerätt som modifierar en traktats bestämmelser utan efterföljande praxis som utvecklas inom en traktatregim. Denna praxis besitter inte sedvanerättens karakteristika.

139. Schachter, International Law in Theory and Practice: General Cource in Public International Law, 178 RdC 1982-V, s. 20–30 och s. 49–55.

Del II – SÄRSKILD DEL

Kapitel 5 – Sedvanerättens objektiva element

5.1 Introduktion

Den vanligaste formen av rättsändring eller rättsbildning sker genom en stats handlande. Det är staternas praxis som är den huvudsakliga komponenten i den process som driver folkrätten framåt. Staternas potential genomsyrar också internationella organisationers handlande. Frågan som diskuteras i detta kapitel och som inleder denna särskilda del berör sedvanerättens objektiva elements karakteristik. Detta element beskrivs starkt formalistiskt i doktrinen till skillnad mot det subjektiva rekvisitet som beskrivs som formlöst.

Måste det objektiva elementet vara en konkret handling eller kan det vara fråga om en mindre konkret akt i form av uttalanden som kan generera rättsrelevant statspraxis? Detta är en av frågorna som studeras i detta kapitel. Vidare belyses hur pass nära knuten det objektiva elementet är med det som berör sedvanerättens subjektiva element. Det ena elementet tangerar i vissa skeenden det andra. Detta kommer att diskuteras närmare i kapitel 6 men aktualiseras även i detta kapitel. Efter den allmänna presentationen behandlas närmare frågan om vad som konstituerar rättsrelevant statspraxis. Frågan hur nationell lagstiftning skall behandlas diskuteras här liksom frågan hur internationell sedvanerätt bevisas och hur doktrinen betraktar olika typer av bevismaterial. I anslutning härtill studeras också frågan hur olika staters storlek och politiska betydelse influerar denna bedömning. Därefter refereras närmare den ovan berörda frågan om konkreta och mindre konkreta akters betydelse i den sedvanerättsliga processen. Uppfattningarna i doktrinen som återges i en restriktiv och en extensiv uppfattning diskuteras. Frågan om hur traktater skall utvärderas behandlas, liksom frågan om hur praxisframkallande FN-resolutioner skall utvärderas. En analys av den utvärdering om generalförsamlingens resolutioner som gjorts av *Institute of International Law* och en motsvarande utvärdering som gjorts av *International Law Association* (ILA) följer.

Avsnittet följs av en nära knuten fråga som berör "double counting"-problematiken, där elementen i princip är sammansvetsade och nästan omöjliga att separera från varandra. Diskussionen övergår sedan till att behandla frågan om det objektiva rekvisitets element. För att en sedvänja skall kunna konstituera statspraxis måste den uppfylla vissa rekvisit. Ett av dessa är tidsrekvisitet som behandlas i avsnitt 5.12. Kapitlet avslutas med en diskussion om det kontroversiella och motsägelsefulla begreppet "instant customary international law" och om det objektiva elementet har någon inverkan i denna process.

5.2 Allmänt

Sedvanerättens materiella,[1] objektiva *usus*-moment döljer som tidigare nämnts kontroversiella frågor och doktrinen är även i detta avseende fylld av olika uppfattningar som gör sig gällande i den folkrättsliga litteraturen. Det objektiva elementets något mer konkreta karaktär gör emellertid att diskussionen inte genomgående förs på samma abstrakta nivå som i stor utsträckning kännetecknar det subjektiva *opinio juris*-elementets frågeställningar.[2]

Statspraxis – *usus* – beskrivs ofta i doktrinen som sedvanerättens råmaterial. *Usus* anses i allmänhet utgöras av en objektiv identifierbar handling som vid en utvärdering skall kunna utläsas ur en stats konkreta handlingsmönster. För att få svar på frågan vad som konstituerar statspraxis måste man emellertid enligt Brierly undersöka hur staterna agerar i sina relationer gentemot varandra[3] eller som i enlighet med New Haven-skolans terminologi annorlunda uttryckt kan utläsas som en "process of continous interaction, of continous demand and response".[4]

Nästa avsnitt (avsnitt 5.3) berör den övergripande frågan om vad som konstituerar statspraxis. Kapitlet inleds med två centrala frågor. Vad konstituerar rättsrelevant praxis och vad klassificeras som statspraxis. Därefter studeras det objektiva elementets rekvisit.

1. Bör inte blandas ihop med källbeteckningens *materiella* källor.
2. Degan, Sources of International Law, The Hague 1997, s. 147.
3. Brierly, The Law of Nations, Oxford 1942, s. 59.
4. Mc Dougal, The Hydrogen Bomb Tests and the International Law of the Sea, AJIL 49, 1955, s. 357.

5.3 Vad konstituerar statspraxis

Det objektiva elementets huvudsakliga komponent har sagts bestå av statspraxis. De främsta aktörerna som folkrättssubjekt är stater och mellanstatliga organisationer. Det är dessa som bidrar till att statspraxis etableras.

När det gäller mellanstatliga organisationer torde den gängse uppfattningen i doktrinen vara att de internationella organisationer som besitter egna sekretariat kan generera rättsrelevant praxis. I FN:s generalförsamling har medlemsstaterna möjlighet att manifestera statssamfundets gemensamma *opinio juris*. Detta gällde beträffande Friendly Relations-deklarationen som antogs 1970.[5]

Oberoende stater utgör de huvudsakliga producenterna och adressaterna av statspraxis. Praxis från internationella organisationer, icke-statliga organisationer (t.ex. Amnesty International, the Institute of International Law och the International Law Association) kan också påverka den sedvanerättsliga utvecklingen. I viss utsträckning kan också multinationella och nationella företag inverka på denna utveckling. Vissa författare inkluderar också individer som folkrättsliga rättssubjekt i den mån de berörs av folkrättsliga regler – mänskliga rättigheter eller humanitär rätt.[6]

Gällande praxis på området indikerar att internationell sedvanerätt kan konstitueras av samstämmiga länders lagstiftning eller av några staters samtidiga unilaterala akter dvs. ensidiga rättshandlingar. Även ett lands interna rätt kan påverka den sedvanerättsliga utvecklingen. En befogad fråga som följer är vems statspraxis – vilka statsorgan – som skall beaktas vid en sedvanerättslig utvärdering.

Tidigare folkrättsjurister som t.ex. Strupp och Anzilotti var anhängare av den s.k. voluntaristiska uppfattningen. De hade en ganska restriktiv syn på vem som kunde påverka rättsutvecklingen. De beaktade därför endast den praxis som utvecklats genom de för staten behöriga aktörernas handlingar som relevanta. Hit räknades endast sådana statsorgan som ägde företräda främmande makter som t.ex. statschefer, regeringschefer, utrikesministrar och andra personer med behörighet att agera – s.k. "full powers" eller "treaty making power".[7] Men denna restriktiva uppfattning har sedan länge förlorat aktualitet.

5. Bring, FN-stadgan och världspolitiken, andra upplagan, Stockholm 1997, s. 30.

6. Mendelson, The Formation of Customary International Law, 272 RdC 1998, s. 201–203; Degan, Sources of Law, The Hague 1997, s. 148.

7. Strupp, Les règles générales du droit de la paix, 47 RdC 1934-I, s. 313–315; Anzilotti, Cour de droit international, vol. 1, Paris 1929, s. 74–75. Jfr artikel 6 i VCLT.

5.4 Nationell lagstiftning

Som exempel på hur nationell rätt kan användas som underlag vid en sedvanerättslig utvärdering och hur nationell rätt påverkat rättsutvecklingen inom folkrätten hänvisas ofta till det amerikanska HD-fallet från 1878 *Scotia*. Ett brittiskt skepp *Scotia* kolliderade med det amerikanska skeppet Berkshire, som sjönk. Orsaken till kollisionen ansågs vara att *Scotia* färdats mörklagd utan att, i enlighet med en British Order in Council från 1863 och en Act of Congress från 1864, ha haft lyktor tända. I den amerikanska högsta domstolen (Supreme Court) hävdade Storbritannien att reglerna ifråga, som var av nationell karaktär och som låg till grund för domstolens uttalande, inte kunde tillämpas vid en skadeståndsrättslig bedömning mellan stater. Frågan som i stället ansågs vara relevant var huruvida rättsreglerna för tvisten skulle sökas i allmänna sjörättsliga regler före 1863.

Efter att ha klargjort att lagstiftning från endast en eller två nationer inte kunde utgöra ett rättsrelevant underlag för en internationell rättsordning övergick domstolen till att undersöka huruvida den brittiska lagstiftningen hade tillämpats analogt av andra sjöfartsnationer och om den kunde anses sortera in under rubriken internationell rätt. I detta avseende noterade domstolen att:

> This is not giving to the statutes of any nation extraterritorial effect. It is not treating them as general maritime laws, but it is recognition of the historical fact that, by common consent of mankind, these rules have been acquiesced in as of general obligation. Of that fact we think we may take judicial note.[8]

Slutsatsen som dras av det amerikanska HD-fallet är att om en majoritet sjöfarande stater analogt beaktar ett annat lands lagstiftning kan detta ge upphov till att en ny sedvanerättslig regel etableras. Denna utveckling har i realiteten framför allt skådats inom den nya havsrättens område.[9]

Den nationella lagstiftningens förmåga att generera rättsrelevant statspraxis har inte varit självklar i den folkrättsliga doktrinen.

Förespråkarna för den voluntaristiska uppfattningen har länge ansett att nationell lagstiftning inte kan inkluderas som ett rättsrelevant kriterium för den internationella rätten.[10] Rosseau är av den uppfattningen att *opi-*

8. Se O'Connel, International Law, vol I, Second Edition, London, 1970, s 16–17.

9. Degan, Sources of International Law, The Hague 1997, s. 149–150.

10. Se Akehurst, Modern Introduction to International Law, seventh edition, (Malanczuk, ed.), London 1997, s. 8–10. Denna uppfattning har främst karakteriserats av marxistisk doktrin. Lukasahuk, Customary Norms in Conteporary International Law, i Soviet Yearbook of International Law, s. 86–100, speciellt s. 98, 1978; Tunkin var däremot inte av denna uppfattning utan inkluderade nationell lagstiftning och domstolsutslag som rättsrelevanta kriterier.

nio juris utgör en nödvändig förutsättning för att konstituera sedvanerätt. Således hävdar han att nationell lagstiftning kan konstituera rättsrelevant praxis bara om den kombineras med *opinio juris*.[11] Skubiszewski är däremot av en annan uppfattning när han säger att "legislation and decisions of municipal courts are not part of the relations between Governments and their purpose is not to shape these relations".[12]

5.5 Hur bevisas internationell sedvanerätt?

För att på empirisk väg kunna identifiera sedvanerätt har jurister och domstolar genomgående betraktat olika typer av bevismaterial. För att ge auktoritativ vägledning presenterade FN:s International Law Commission (ILC) genom sin specielle rapportör, Harvardprofessorn Hudson, 1950 en förteckning över vilka statsakter som kunde tänkas utgöra "Evidence of Customary International Law". Förteckningen upptog traktater, rättsliga avgörande från nationella och internationella domstolar, nationell lagstiftning, diplomatisk korrespondens, juridiska rådgivares åsikter och praxis från internationella organisationer.[13]

Uppfattningen i doktrinen är i dag mer heltäckande än så och som bevisunderlag för en sedvanerättslig utvärdering torde allt publicerat material kunna inkluderas. Hit hör allt från t.ex. allmänna deklarationer om ett lands utrikespolitik, tidningsartiklar, uttalanden som gjorts av regeringstjänstemän och pressuttalanden från internationella konferenser till nationell lagstiftning, rättsliga avgöranden, diplomatisk korrespondens (*aidés-mémoires*, brev, m.m.), pressmeddelanden och vissa resolutioner från FN:s generalförsamling.[14]

I den utvärdering som professor Zemanek gjort läggs ytterligare några kriterier till grund för en sedvanerättslig bedömning.[15] I sin utvärdering över vad som konstituerar sedvanerättsligt relevant statspraxis har Zemanek kommit fram till följande slutsats i sin artikel "What Is 'State Practice' and who Makes It?". Zemanek som tonar ned fysiska handlingar skriver:

11. Rousseu, Droit International Public, vol 1, Paris, 1953 s. 332.

12. Skubiszewski, Elements of custom and the Hague Court, 31 ZaoRV, s. 812–815. På s. 824 definierar han "custom-creating practice" på följande New Haven inspirerade sätt: "The interplay of claim and respons is the fabric of practice that leads to custom".

13. YBILC 1950-I, s. 26 ff. och YBILC 1950-II, s. 368–374.

14. Brownlie, Principles of International Law, fourth edition, Oxford 1990, s. 5; se även Villiger, Customary International Law and Treaties, The Hague, 1997, s. 17.

15. Zamanek, What s "State Practice" and Who makes It?, Festschrift für Rudolf Bernhardt, Berlin, 1995, s. 297.

> The beloved 'real' acts become less frequent because international law, and the Charter of the UN in particular, place more and more restraints on States in this respect. And what formerly was confined to diplomatic notes is now often transmitted via new forms of communication, mainly for reasons of domestic or international policy. The present information society forces governments which seek the widest possible support for their stance to resort to publicity.[16]

Med elektronisk post kan t.ex. information på några minuter spridas över hela världen. Att kommentera ett dokument som skickats från en FN-delegation i New York till hemlandets utrikesministerium och sedan tillbaka till delegationen kan i princip göras under en och samma arbetsdag. Detta material torde också kunna inkluderas i det sedvanerättsliga underlaget men den redovisade uppfattningen är inte oomstridd.

5.6 Staters storlek och politiska betydelse

Richard Baxter är av den uppfattningen att vid en sedvanerättslig bedömning skall speciell vikt tillmätas:

> the size of the State, the volume of its international relations, and in general, the contribution that it makes to the development of international law.[17]

Med tanke på den vedertagna folkrättsliga uppfattningen om staters lika värde förefaller Baxters tes vara svår att integrera i den folkrättsliga doktrinen. Akehurst tillägger emellertid att sådana förslag är attraktiva för mäktiga nationer men att deras möjlighet att accepteras av andra nationer är begränsade.[18] Akehurst gör också klart att avgörande för en sedvänjas framtida utveckling är att den imiteras och inte att den iscensätts av en mäktig nation.[19] Det kan också förekomma viss misstänksamhet gentemot de mäktiga staternas agerande vilket kan resultera i att småstaterna är mera benägna att imitera andra småstaters handlingsmönster.[20] Jiménez de Aréchaga har på ett övertygande sätt förklarat att när nutida traktatsutkast förbereds frambringas internationell sedvanerätt "on the basis of the equal participation of all States and not by the *fiat* of a few preponderant States."[21] Rebecca Wallace är däremot av den uppfattningen att vad som

16. Zamanek, What is "State Practice" and Who makes It?, i Festchrift für Rudolf Bernhardt, Berlin 1995, 289–306, s. 306. Se även av samme författare The Legal Foundations of the International System, 266 RdC 1997, s. 158 ff.

17. Baxter, Treaties and Custom, RdC 129 1970-I, s. 66

18. Akehurst, Custom as a Source of International Law, 47 BYBIL 1974/75 s. 22.

19. A a s. 23.

20. A a s. 23.

21. Se Cassese A./Weiler J.H.H., Change and Stability in International Law-Making, Berlin, 1988, s. 2.

är viktigare än antalet involverade stater är attityderna hos de stater vars intressen är berörda.[22]

Alla stater är rättsligt likvärdiga men i praktiken fastslår Shaw att "the precept that some are more equal than others ... is not without its grain of truth".[23] Detta märks som tidigare nämnts framför allt när det gäller att påverka den sedvanerättsliga utveckling eftersom en mäktig stat har större förutsättningar att påverka rättsbildningen än en liten stat.[24]

5.7 Problemet konkreta mindre konkreta akter

Det råder delade meningar i doktrinen om huruvida endast konkreta statsakter – handlingar – skall användas som underlag i den sedvanerättsliga formbildningen eller om också mindre, icke konkreta handlingar – uttalanden – skall kunna räknas hit. Till den senare kategorin hör uttalanden (verbala akter) som nedtecknats eller framförts muntligt av statsförvaltningens representanter, vid röstningsförfarandet på diplomatkonferenser eller i FN-sammanhang såsom röstandet vid sjätte – juridiska – utskottet. Oenigheten i doktrinen kan sägas röra problemet mellan vad en stat säger och vad den gör, så att säga "word versus action"[25] eller mellan "actual practice" och "non-actual".[26]

5.7.1 Restriktiv uppfattning – konkreta handlingar

Vissa folkrättsförfattare som förespråkar den restriktiva uppfattningen hävdar t.ex. att endast konkret iakttagbar statspraxis kan utgöra underlag för en rättsrelevant handling. Fitzmaurice är anhängare av denna uppfattning. Han hävdar att:

> the essential element in the practice of states (is) their overt *actions*, rather than such things as claims, declarations, municipal legislation, etc.[27]

22. Wallace, International Law, London 1986, s. 11.
23. Shaw, International Law, third edition, Cambridge 1995, s. 62.
24. Byers, Custom, Power and the Power of Rules, 17 MJIL, 1995, s. 115.
25. Fidler, Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law, 39 GYIL 1996, s. 202.
26. Mullerson, The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law, International Law: Theory and Practice, Essays and Practice, Welles (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, 1998, s. 162.
27. Fitzmaurice, The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951–54: General Principles and Sources of International Law, 30 BYBIL 1953, s. 1–70.

Av samma uppfattning förefaller ICJ-domaren Read vara när han i sin avvikande och ofta citerade uppfattning i *Anglo Norwegian Fisheries Case* hävdar att uttalanden kan vara viktiga i en begynnande fas men att:

> customary international law is the generalization of the practice of States. This cannot be established by citing cases where coastal States have made extensive claims, but have not maintained their claims by the actual assertation of sovereignity over foreign ships ... The only convincing evidence is to be found in seizures, where the coastal State asserts its sovereignity over tresspassing ships.[28]

D'Amato och Wolfke tillhör också denna krets folkrättsjurister som påstår att endast konkreta – fysiska – akter utgör rättsrelevant statspraxis. D'Amato tillmäter samtidigt viss vikt vid att en norm kan *artikuleras* som en internationell rättsregel, dvs. att den påstås vara rättsligt bindande. Detta hävdar D'Amato eftersom en stat:

> may say many things; it speaks with many voices some reflecting divisions within top governmental circles, some expressing popular opinion via mass media, and some being 'trail balloons' or other argumentative tactics. But a state can act in only one way at one time, and its unique actions, recorded in history, speak eloquently and decisively. [29]

5.7.2 Extensiv uppfattning – icke konkreta handlingar

5.7.2.1 Uttalanden – verbala akter

En del författare som t.ex. Thirlway hävdar i motsats till den ovan angivna uppfattningen som representeras av D'Amato och Wolfke att:

> [c]laims may be made in the widest of general terms; but the occasion of an act of State practice contributing to the formation of custom must always be some specific dispute or potential dispute. The mere assertion *in abstracto* of the existance of a ... legal rule is not an act of State practice ... (S)uch assertions can be relied on as supplementary evidence both of State practice and the existance of the *opinio juris*.[30]

Thirlway som således anser att även påståenden och uttalanden kan ligga till grund för bildandet av statspraxis gör detta under förutsättning att

28. Anglo Norwegian Fisheries Case (UK/Norway), ICJ Reports 1951, s. 191.

29. D'Amato, The Concept of Custom, s. 51; se även s. 88 och Trashing Customary International Law, 81 AJIL 101, 1987; Wolfke, Custom in Present International Law, second edition, Dordrecht, 1993, s. 42 och 84; se även av samme författare, Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law, 24 NYIL 1, 1993, s. 3–4.

30. Thirlway, International Customary Law and Codification, Leyden 1972, s. 57–58; se aven MacGibbon, Means for the Identification of International Law. General Assembly Resolutions: Custom, Practice and Mistaken Identity, i Cheng (ed), International Law: Teaching and Practice, London, 1982 s. 19–20.

dessa inte görs *in abstracto*. De måste göras i relation till en konkret händelse eller som han själv säger vara "intended to have an immediate effect on the legal relationships of the State concerned; ... acts which are relevant only as assertations in the abstract ... are not constitutive of practice and thus of custom, but only a confirmatory of it".[31] Ett abstrakt uttalande kan alltså mycket väl skapa sedvanerättslig relevant statspraxis om det tillsammans med övriga sedvanerättsliga kriterier klart indikerar förekomsten av allmän folkrätt.

En som tycks gå ännu längre än så är den tidigare nämnde företrädaren för den policy-orienterade New Haven-skolan, McDougal. Han avslutar en redogörelse med att tillägga "[b]ut also every written document, every record of act or spoken word which presents an authentic picture of the practice of states in their international dealings" skall kunna utgöra underlag i en sedvanerättsliga utvärderingen.[32]

Lang menar däremot att om uttalanden skall konstituera rättsrelevant statspraxis riskerar detta att skapa en återhållsam attityd vid internationella konferenser. Man kan riskera att låsas i någon förutbestämd "prise de position".[33]

Antonio Cassese hänvisar till ett uttalande som gjorts av en medlem ur det amerikanska Judge Advocate's Office[34] där det hävdas att statspraxis inom den humanitära rätten och krigets lagar skapas och utvecklas på gräsrotsnivå av militären på krigsskådeplatsen. Det är bara i händelsernas centrum som staterna kan visa att de anser sig bundna av en regel genom att antingen följa eller bryta mot densamma. Reglerna skapas inte genom officiella uttalanden från bekväma lokaler i New York eller Geneve.[35]

31. Se de Aréchaga, The Classical "Sources" of International Law Revisited, i Cassese/Weiler (eds.), Change and Stability in International Law-Making, Berlin 1988, s. 2; Bernhard, Custom and Traty in the Law of the Sea, RdC 205 1987-V, s. 266 ff.; Bos, The Identification of Custom in International Law, 25 GYBIL 1982, 22 f, 30; Sloane, General Assembly Resolutions (Forty Years Later) 58 BYBIL, 1987, s. 72 f.; Evensen, Working Methods and Procedures in the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 199 RdC 1986-IV, s. 502 f.

32. McDougal, (et al.), Human Rights and World Public Order, the Basic Policies of an International Law of Human Dignity, New Haven, 1980, s. 270, not 348.

33. Citatet hämtat från Villiger, Customary International Law and Treaties, The Hague, 1997, s. 18.

34. En "Judge Advocate General" är en befattningshavare som overvakar den humanitära rättens tillämpning i den nationella försvarsmakten. Ämbetet förekommer bl.a. i USA, Kanada och Norge.

35. De Aréchaga, Customary Law and Codification, i Cassese/Weiler (eds.), Change and Stability in International Law-Making, Berlin, 1988, s 24.

En annan auktoritet inom området, Brownlie, sorterar in uttalanden under sedvanerättens materiella källor.[36] Uppfattningarna är många men en majoritet av författarna i doktrinen torde tillmäta begreppet statspraxis en vidare – *extensivare* – mening genom att även inkludera:

> any act, articulation or other behaviour of a State, as long as the behaviour in question discloses the State's conscious attitude with respect to – its recognition of – a customary rule.[37]

Till och med verbala icke-konkreta statsakter såsom officiella ställningstagande *in abstracto* kan konstituera rättsrelevant statspraxis, men här torde doktrinen som vi kommer att se ytterligare divergera.

Rättsrelevant statspraxis innefattar alltså uttalanden och alla övriga tänkbara handlingar som härrör från en stats medvetna handlande i förhållande till den rättsrelevanta handling som står i tur att accepteras.[38]

En heltäckande definition – kanske fortfarande den bästa – framförs av Akehurst som hävdar att:

> It is submitted that State practice covers any act or statement by a State from which views can be inferred about international law ... it can also include omissions and silence on the part of States.[39]

Akehurst och Marc Villiger[40] har alltså en generös syn på vad som konstituerar sedvanerättslig relevant statspraxis. Även verbala och icke-konkreta statsakter kan enligt dessa författare ge upphov till och bekräfta sedvanerätt.[41] Den generösare uppfattningen har också fått genomslag i Haagdomstolens praxis.

I linje med det ovan sagda torde kunna hävdas att verbala uttalanden kan tillmätas samma rättsrelevanta status som konkreta handlingar. För representanter av den voluntaristiska skolan utgör båda former en bekräftelse på statsviljan. För dem som tonar ned kravet på staters konkreta samtycke som förutsättning för sedvanerättsliga reglers bindande verkan förefaller verbala akter i form av uttalanden återspegla en rättsövertygelse bättre än rent fysiska handlingar från vilka en uppfattning ändå måste härledas.

36. Brownlie, Principles of Public International Law, fifth edition, Oxford 1998, s. 5, Jfr med avhandlingsavsnitt 2.7.2.3, *Materiella* kallor bevisar förekomsten av regler som när de väl styrks får rättsligt bindande verkan av allmän räckvidd.

37. Villiger, Customary International Law and Treaties, The Hague, 1985, s. 4.

38. Ferrari-Bravo, Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des Etats, 192 RdC 1985-III, s. 261.

39. Akehurst, Custom as a Source of International Law, 47 BYBIL, 1974/1975, s. 10.

40. Villiger, Customary International Law and Treaties, second edition, The Hague, 1997, s. 23.

41. Bring, FN-stadgan och världspolitiken, Stockholm, 1997, s. 25.

Verbala akter är jämfört med konkreta fysiska handlingar, som t.ex. att konfiskera egendom eller arrestera personer, den numera vanligast förekommande formen av statspraxis.[42]

Praxis från internationella domstolar visar att verbala akter vid åtskilliga tillfällen behandlats som statspraxis.[43] Som ytterligare ett exempel kan nämnas Nicaragua-fallet där Haagdomstolen hänvisar till uttalanden som gjorts vid diplomatkonferenser. Domstolen säger:

> [a] further confirmation for the validity as customary international law of the principle of the prohibition of the use of force expressed in Article 2, paragraph 4, of the Charter of the United Nations (lies) in the fact that it is frequently referred to in statements of State representatives as being not only a principle of customary international law but also a fundamental or cardinal principle of such law.[44]

Som tidigare nämnts kan även uttalanden beaktas vid den sedvanerättsliga bildningsprocessen och en majoritet folkrättsförfattare gör därför ofta sådana hänvisningar i den folkrättsliga litteraturen. [45] Uttalanden kan antingen vara deklaratoriska eller konstitutiva. Ett uttalande är deklaratoriskt i förhållande till *lex lata* och konstitutivt i förhållande till *lex ferenda*.

5.7.2.2 Offentliggörande av uttalanden

Uttalande kan manifesteras på en rad olika sätt. För att uttalanden skall kunna kvalificera sig som statspraxis krävs någon form av offentliggörande, verbal akt. Detta behöver inte kommuniceras inför världssamfundet i sin helhet. Det kan också nedtecknas och publiceras i olika former. Om det inte nedtecknas måste de åtminstone kommuniceras till en annan stat. Som exempel kan nämnas att diplomatiska protester inte alltid offentliggörs. De kommuniceras i stället till den stat det berör. Interna minnesanteckningar utgör därför i sig inte en rättsrelevant handling. En konfidentiellt förmedlad uppfattning av en juridisk rådgivare från ett lands regeringskansli eller utrikesdepartement utgör inte heller något underlag av betydelse vid rättsbildning.[46]

42. Villiger, Customary International Law and Treaties, The Hague 1997, s. 20.

43. ILA Report 1998 Taipei, s. 325., Se te.x. Lotus fallet, PCIJ Ser. A, No. 10, s. 23, 26–30; Nottebohm fallet (second phase), ICJ Reports 1955, s. 4, s. 21–23; Fisheries Jurisdiction (Advisory opinion) ICJ Reports, 1951 s. 3, s. 24–26; Nicaragua fallet (advisory opinion), ICJ Reports, 1986, s. 14, s. 97–109.

44. Nicaragua Case, ICJ Reports 1986 s. 100.

45. Se Bernhardt, Custom and Treaty in the Law of the Sea, 205 RdC, 1987-V, s. 266 ff.; Sloane, General Assembly Resolutions Revisited (Forty Years Later), 58 BYBIL, 1987, s. 72 ff.; Villiger, Customary International Law and Treaties, second edition, The Hague 1997, s. 20.

46. ILA Report 1998, s. 325.

På samma sätt kan resultatet av en hemlighållen fysisk akt som t.ex. buggning vid diplomatiska beskickningar inte utgöra något underlag för att utvärdera det objektiva rekvisitet. Om resultatet av den illegala handlingen skulle upptäckas skulle den antagligen inte heller medräknas som en rättsrelevant handling om inte den buggande staten ifråga i efterhand försvarade agerandet med att hävda att handlingen var juridisk relevant.

Uttalanden kan alltså manifesteras på en rad olika sätt. Dessa kan utgöra skriftliga referat av textutkast från olika FN-organ eller kommittéer (t.ex. ILC eller från FN:s sjätte – juridiska – utskott) eller från diplomatkonferenser.[47] Uttalanden kan också återges från dem som görs i generalförsamlingen som en förklaring till olika röstningsförfaranden. Ändringar i traktater som görs vid konferenser, tolkningsföreträden och reservationer i samband med texters antaganden utgör också ett rättsrelevant underlag för en sedvanerättslig utvärdering.[48]

5.7.2.3 Omröstning

Vid en omröstning vid t.ex. diplomatkonferenser är det av avgörande betydelse hur den röstande staten lägger sin röst vad gäller exempelvis enstaka stadgeförslag, ändringar som görs i stadgeförslag eller kompletta textförslag. Det har också betydelse med avseende på övriga stater i det internationella samfundet. En enskild stat som lägger sin röst på ett textförslag ger på detta sätt en indikation på en rättsövertygelse – *opinio juris*. I detta sammanhang torde nedlagda röster kunna uppfattas som stöd för det föreslagna textförslaget. I samtliga fall är den avgivna rösten inte avgörande i sig utan det är de åtföljande kommentarerna och förklaringarna till reservationerna som tillsammans utgör det sedvanerättsliga underlaget.

En omröstnings utfall, ett stort antal för eller mot, eller mer eller mindre lika rösttal eller ett stort antal nedlagda röster kan på detta sätt förändra en existerande *opinio juris*. En majoritet som röstat till fördel för en regel blir avgörande för det återspeglar ett allmänt godkännande av texten. Beroende på hur många stater som röstat kan detta allmänna godkännande återspegla statssamfundets gemensamma juridiska uppfattning – *communis opinio juris*.[49]

47. The US Nationals in Marocco Case, ICJ Report 1952, s. 209, var Haagdomstolen benägen att undersöka konferensanteckningar – protokoll – för att fastställa en sedvanerättslig regel, i the North Sea Cases, ICJ Reports 1969, para. 62; och 35, para, 54, studerade Haagdomstolen protokollet från Genèvekonferensen i syfte att fastställa en artikels – artikel 6 paragraf 2 från 1958 års konvention – deklaratoriska karaktär.

48. Villiger, Customary International Law and Treaties, The Hague 1997, s. 23.

49. A a s. 24.

5.7.2.4 Konsensusantagna texter

Konsensus som en speciell beslutsmetod har applicerats av ett antal mellanstatliga organisationer och konferenser och tillämpades också vid UNCLOS III. Karakteristiskt för denna beslutsmetod är att alla viktiga beslut som rör den huvudsakliga texten skall fattas genom konsensus vid informella förhandlingar i förberedande grupper där textförslaget utarbetas.

Resultatet av förhandlingarna innebär att så många som möjligt av de förhandlande delegationerna accepterar förslaget. Ofta förekommer det att stater sinsemellan försonas om vissa bestämmelser i texten för att i andra fall göra eftergifter. Sett ur ett sedvanerättsligt perspektiv ger ett konsensusbeslut bara en indikation på en *communis opinio juris*.

På grund av de typiska förfaringssätt som kännetecknar de förberedande faserna för den konsensus-antagna metoden blir dess värde inte fullt så entydigt som resultatet av en omröstning där en text enhälligt antagits. Detta gäller än mer i de fall – *a fortiori* – där stater lägger till motsägande uttalanden eller där de gör reservationer till den konsensus-antagna texten.

Vilka fördelarna med de konsensus-antagna texterna än är försvagas staternas möjlighet att genom egen praxis indikera hur de egentligen ställer sig till den sedvanerättsliga normer som i ett konkret fall är i färd att etableras.

De informella förhandlingarna som kännetecknar den konsensus-antagna beslutsmetoden innebär att dessa inte är protokollförda ett faktum, som på sikt också kan försvåra eller förlänga den sedvanerättsliga bildningsprocessen. Utöver detta saknar den konsensus-antagna beslutsmetoden ett "precise paternity"[50] vilket medför att de enskilda staternas positioner ofta blir oklara.

Sammantaget kan man säga att denna beslutsmetod minskar staternas möjlighet att klargöra sin position i det enskilda fallet vilket också gör att staterna inte kan agera som "persistent objectors".

5.7.2.5 Paketlösningen som beslutsmetod

Paketlösningen – "package deal" – som beslutsmetod spelade en viktig roll vid 1969 års Wienkonvention och senare under UNCLOS III. Metoden går ut på att olika ämnesområden/ämnesförslag förhandlas som en enhet. Detta görs ofta i informella förberedande grupper där målet är att nå en slutlig

50. Sperduti, Consensus in International Law, ItalYBIL 2 1976 s. 35.

paketlösning.[51] Resultatet återspeglar diverse intresseavvägningar mellan de olika deltagande delegationerna. Denna beslutsmetod karakteriseras av ett stort givande och tagande eller som Schermers skriver:

> It sometimes happens in international conferences that a deligation 'buyes' the vote of another delegation for a proposal which it considers important by 'selling' its own vote to a proposal which the other Members wants to see adopted. This exchange of support is a logical result of the fact that not all delegations represent the same interest ... [s]ometimes the organization adops a system of exchange of support to escape a deadlock. By bringing together a number of proposals, each fervently supported by some delegations but opposed by others, it may be possible to obtain a 'package' which contains attractive features for so many States that it will gain wide support, even though each State also finds some less acceptable elements in the 'package'.[52]

En betydelsefull konsekvens av paketlösningen som beslutsmetod vid UNCLOS III var att inga reservationer eller undantag tilläts, eftersom konventionen betraktades som en helhet som vuxit fram ur en rad olika kompromissförslag.[53] Paketlösningens relevans som statspraxis baseras ofta på en icke tillgänglig text och uttalanden som gjorts där och som inte behöver vara samstämmiga. Paketlösningen som beslutsmetod leder då inte enligt Villiger heller till att någon ny sedvanerättslig regel etableras.[54]

Men det förefaller snarare vara så som Mahmoudi hävdar att paketlösningen som beslutsmetod har gjort att det har blivit svårare att fastställa när och hur sedvanerätten uppstår.[55]

5.7.2.6 Kollektiva ställningstaganden

Stater kan bilda grupper för att stärka sina positioner i specifika frågor genom att göra gemensamma ställningstaganden i internationella organisationer eller vid konferenser. Vad gäller statspraxis, återspeglar det gemensamma ställningstagandet de antalet staters gemensamma praxis. Detta gäller under förutsättning att ställningstagandet kan identifieras indivi-

51. Se te.x. Bernardo Zuletas *Introduction*, United Nations Convention on the Law of the Sea, United Nations, xxviv ff. Se också Jennings Law-Making and Package Deal i Mélanges Offerts à Paul Reuter. Le droit international: unité et diversité, Paris 1981, s. 347 ff.

52. Schermers, International Institutional Law, Sijthoff & Noordhoff, 1980, s. 385.

53. Artikel 309 i 1982 års LOSC.

54. Villiger, Customary International Law and Treaties, The Hague, 1997, s. 25. Se också Caminos och Molitor, Progressive Developments of International Law and the Package Deal, 79 AJIL 1985 s. 871 ff.; Jennings, The Identification of International Law, i Cheng B. (ed.) International Law: Teaching and Practice, London 1982, s. 5.

55. Mahmoudi, Customary International Law and Transit Passage, i 20 Transit Passage and International Law 1989, s. 168.

duellt till de berörda staternas egna ställningstaganden.[56] För att staterna skall bindas till den etablerade praxisen måste staterna dessutom konsekvent handla efter ställningstagandet.

5.7.2.7 Underlåtenhet att handla

Det har tidigare konstaterats att det inte krävs något uttryckligt samtycke från varje enskild stat för att allmän folkrätt/sedvanerätt skall etableras. Brist på reaktion från en stats sida kan under vissa omständigheter tolkas som om staten indirekt eller i tysthet accepterar den aktuella sedvänjan. Således kan statspraxis utläsas inte bara genom ett faktiskt agerande utan också genom andra yttringar. Underlåtenhet från en stats sida att handla i en viss situation hör hit. Många regler inom folkrätten förbjuder stater att utföra vissa handlingar och när en regel skall bevisas är det nödvändigt att undersöka inte bara vad en stat gjort utan också vad den inte gjort.[57]

Även tysthet från en stats sida är således relevant i en sådan bedömning. Passivitet från en stat i förhållande till yrkanden från andra stater kan framkalla bundenhet för den passiva (tysta) staten. Detta framkallas genom *acquiescence*-mekanismens inverkan. I *Lotus Case* från 1927 sade den Permanenta skiljedomstolen i Haag att:

> States have often abstained from instituting criminal proceedings ... only if such abstention were based on their becoming conscious of a duty to abstain would it be possible to speak of an international custom.[58]

I det fallet klargjorde domstolen att den inte kunde härleda en *opinio juris* från en särskild handling om inte den involverade staten i fråga var medveten om att den hade en skyldighet i den delen. I vissa situationer då inte samma grad av oklarhet råder som i det senast citerade fallet förefaller det rimligt att betrakta underlåtenhet att handla som något som kan generera statspraxis. Ett sådant exempel skulle kunna vara då en stat förbereder åtal mot en diplomat, men som till följd av en protest avhåller sig från att fullfölja åtalet.[59]

56. Villiger, Customary International and Treaties, The Hague 1997, s. 25.

57. Akehurst. Modern Introduction to International Law, seventh edition, (Peter Malanczuk, ed.), London, 1997, s. 43; ILA Report 1998, s. 325.

58. Lotus Case, PCIJ 1927 Reports, Ser. A, No 10, s. 28.

59. ILA Report of the Sixty-ninth Conference London, 2000, Committee on the Formation of Customary (General) International Law, s. 726–727.

5.8 Traktater, konventioner m.m. – som statspraxis

En viktig fråga är hur olika texter, traktater, konventioner m.m. som antagits på en konferens, signerats eller trätt i kraft skall utvärderas sedvanerättsligt. Hit hör till exempel utkast från FN:s *International Law Commission* eller från statliga och icke-statliga organisationer. Andra texter är de som användes som förhandlingsbas under UNCLOS III som t.ex. *Revised Single Negotiating Text* (RSNT) och *Informal Composite Negotiating Text* (ICNT).[60]

Wolfke skriver att traktater aldrig i sig själva kan leda till att internationell sedvanerätt etableras.[61] Detta är en accepterad uppfattning i doktrinen men ibland kan traktater kodifiera gällande sedvanerätt på området.[62] Detta bekräftades av Internationella domstolen 1969 i *North Sea Continental Shelf Case* där domstolen sade:

> There is no doubt that this process is perfectly possible one and does from time to time occur: it constitutes indeed one of the recognized methods by which new rules of customary international law may be formed.[63]

D'Amato, som tidigare nämnts har en restriktiv syn på vad som konstituerar rättsrelevant statspraxis, är också benägen att ge traktater rättsrelevant status i detta avseende. Men det är inte alla traktater som kan räknas hit. D'Amato hävdar att det endast är traktater som innehåller generaliserande regler som kan ha denna effekt.[64] I D'Amatos modell har sedvanerättens subjektiva element utbytts mot en faktisk företeelse som han kallar för *artikulering*. Språket i en traktatsbestämmelse tjänar i detta avseende som utfyllnad för denna artikulering och en stats åtagande/förpliktelse att i enlighet med traktaten följa dess bestämmelser utgör sedvanerättens kvantitativa element, dvs. statens konkreta åtagande.[65] D'Amato hävdar att de flesta sedvanerättsliga regler har börjat som bestämmelser i trak-

60. Villiger, Customary International Law and Treaties, The Hague 1997, s. 25–26.

61. Wolfke, Custom in Present International Law, second edition, Dordrecht 1993, s. 68–72; Charney, 'Remarks' i Disentangling Treaty and Customary International Law, 81 PASIL, 1987, s. 163.

62. Se t.ex. UNCLOS III där det i introduktionen går att läsa att " ... the Convention represents not only the codification of customary norms, ... "

63. North Sea Continental Shelf Case, ICJ Reports, 1969, s. 41; ILA:s rapport från den 69:e konferensen i London år 2000, s.757.

64. D'Amato, The Cocept of Custom in International Law, Ithaca, 1971, s. 105.

65. A a s. 88–89 och 160, D'Amatos modell presenteras i förenklad form under avhandlingsavsnitt 6.6.4.

tater. Till och med den fundamentala folkrättsliga principen som hävdar att avtal skall hållas, hör enligt honom hit.[66]

Akehurst har, som tidigare nämnts, en extensiv syn på vad som konstituerar statspraxis. Han har därför inte heller några svårigheter att betrakta traktater som statspraxis, men tillägger att statspraxis för att kunna ge upphov till sedvanerätt måste åtföljas av *opinio juris*.[67]

För att skrivna regler skall kunna konstituera ett bevisunderlag i sedvanerättslig bemärkelse behövs konkreta exempel på praxis som referens till den skrivna regeln. Det är inte texten i sig utan snarare de tillfällen där stater använder sig av reglerna på ett konkret sätt som frambringar sedvanerätt. Villiger skriver att en skriven text inte innebär något annat än "a consideration of the human mind put on paper",[68] Denna uppfattning bekräftades också i Nicaragua Case där Haagdomstolen refererade till ett av ILC utarbetat textförslag som en bekräftelse på förekomsten av en sedvanerättslig regel.[69]

Bevisunderlag genereras antingen genom att texten refereras till- eller genom att den röstas på. Jennings poängterar däremot att domstolen i *Continental Shelf Arbitration* mellan Storbritannien och Frankrike knappast undersökte det stora antalet bilaterala avtal som förelåg som bedömningsunderlag:

> (this) was eminently sensible. It would be absurd to try to arrive at the general law of continental shelf boundaries by looking at theese agreements for 'usage' and '*opinio juris*' .[70]

Men när en internationell sedvanerättsregel väl etablerats, kan texten vid t.ex. en utvärdering fungera som ett sedvanerättsligt bevisunderlag.[71]

Ratifikation av traktater

En stat som samtyckt till att vara bunden av en traktat gör detta genom att ratificera – godtaga, godkänna eller ansluta sig till – traktaten.[72] Samtycket i den form som anges i traktaten skapar folkrättslig bundenhet och en traktaträttslig skyldighet för traktatsparterna. En uppfattning som vinner stöd

66. D'Amato, International Law: Process and Prospect, New York, 1987, s. 125, fotnot 3.
67. Akehurst, Custom as a Source of International Law, BYBIL 47 1974/1975 s. 43 och 53, men se också s. 3.
68. Villiger, Customary International Law and Treaties, The Hague 1997, s. 26.
69. ICJ Reports, 1986, s. 100.
70. Jennings, What is International Law and How do We Tell When We See It, SJIR 37 1981 s. 68.
71. Villiger, Customary International Law and Treaties, The Hague 1997, s. 26.
72. Se VCLT artikel 11.

i doktrinen är att de handlingar som reglerar den folkrättsliga bundenheten också kan anses ha avgörande betydelse för den sedvanerättsliga utvecklingen. Frågan är om ratifikation av traktaten också kan ses som ett implicerat *opinio juris*.

Ett antal folkrättsjurister delar denna uppfattning, exempelvis Baxter. Han hävdar att "with ratification and with entry into force of the agreement the signatory firmly commits himself to the view of customary law set forth in the treaty."[73] Denna uppfattning framförs också av Dicke, som menar att "[t]he strongest expression of *opinio juris* is the ratification of a lawmaking treaty."[74]

Resonemangen kan i viss utsträckning härledas till *Asylum Case* när Haagdomstolen fastslog att:

> [a] custom could not be invoked against Peru, which far from having by its attitude adhered to it, has on the contrary, repudiated it by refraining from ratifying the Montevideo Conventions.[75]

Motsvarande ställningstagande låg till grund för Internationella domstolen i *North Sea Cases*, där den fastslog att "a very widespread and representative participation in the convention might suffice of itself"[76] för att en traktaträttslig regel hur som helst skall generera sedvanerätt.

Villiger delar däremot inte denna uppfattning. Han medger att accepterandet av en traktat kan antyda en viss förtrogenhet med reglerna i texten men hävdar att reglernas betydelse av statspraxis som ett uttryck av *opinio juris* förtas. Han anger tre skäl för detta. För det första för att det kanske redan finns en sedvanerättslig regel på området eller för att staterna ämnar upphäva icke identiska rättsregler i konventionen[77] För det andra kan ett antagande av en traktattext medför ett erkännande av ett antal bestämmelser med ett obestämbart innehåll. För att en *opinio juris* skall effektueras måste den riktas mot en konkret juridisk – sedvanerättslig – norm i traktaten. För det tredje inbegriper begreppet *opinio juris* en övertygelse om att handlingen ifråga rör en sedvanerättslig norm. Ratifikation – godtagande, godkännande och samtycke – är ett sätt att uttrycka samtycke till bundenhet av en traktat i enlighet men artikel 11 i 1969 års traktaträttskonvention. Villiger menar att en stat som är i färd med att ratificera en traktat i första hand ser till dess kontraktuella innehåll och inte om handlingen i sig

73. Baxter, Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law, 41 BYBIL 1965/66 s. 275 ff.

74. Dicke, The Heleanna Case and International Lawmaking Treaties: A New Form of Concluding a Treaty, 69 AJIL 1975 s. 627.

75. Asylum Case, ICJ Reports 1950 s. 277 ff.

76. North Sea Continental Shelf Case, ICJ Reports 1969 s. 42.

77. Villiger, Customary International Law and Treaties, The Hague s. 1997, s. 27

kan generera ett underlag för en sedvanerättslig bedömning.[78] Villiger hävdar vidare att ingen i doktrinen på ett tillfredsställande sätt lyckats förklara hur samtycke till att vara bunden av ett traktaträttsligt åtagande skulle kunna likställas med en rättsövertygelse avseende en sedvanerättslig norm som är eller håller på att bli rättsligt bindande. Därför menar Villiger att ratifikation inte bör rangordnas högre än uttalanden som görs om sedvanerättsliga regler. Samma synsätt gäller inte bara då en traktat föreskriver att bundenheten uppstår i samband med undertecknandet utan också vad gäller den efterföljande tillämpningen av de konventionella reglerna. De kontraktsanslutna parterna fullbordar då sina kontraktuella skyldigheter eftersom dessa bör ses som en självständig källa avskild från sedvanerätten.[79]

I *North Sea Cases* gjordes detta klart genom att "over half the States concerned ... were or shortly became parties to the Convention, (1958 Geneva Continental Shelf Convention) and were therefore presumably ... acting actually or potentially in the application of the Convention. From their action no inference could legitemately be drawn as to the existence of a rule of customary international law."[80]

Detsamma kan man utläsa i *Nicaragua Case* där Haagdomstolen fastslog att "(w)here two States agree to incorporate a particular rule in a treaty, their agreement suffices to make that rule a legal one, binding upon them; but in the field of customary international law, the shared view of the Parties as to the content of what they regard as a rule is not enough."

För att undertecknande eller ratifikation av en traktat eller för att parternas efterföljande praxis över huvud taget skall kunna påverka den sedvanerättsliga rättsbildningen förefaller staternas rättsövertygelse – *opinio juris* – vara nödvändig att påvisas även utanför de kontraktsenliga åtagandena. Detta är fullt möjligt i de fall som stater t.ex. vid själva godtagandet av konventionen vidmakthåller att den ifrågavarande traktaträttsliga regeln samtidigt är att betrakta som sedvanerätt. För att tydliggöra detta kan den hänvisningen som görs i introduktionen till UNCLOS III vara klargörande. Där står att "[a]n examination of the character of the individual provision reveals that the Convention represents not only the codification of customary norms, but also and more significantly the progressive developments of international law".

Detta gäller också om de fördragsslutande staterna tillämpar reglerna som bindande gentemot tredje stat innan konventionen trätt i kraft. Efter

78. A a s. 27.
79. A a s. 27.
80. North Sea Continental Shelf Case, ICJ Reports 1969, s. 43.

ikraftträdandet kan stater hävda att de skulle ha anslutit sig till den konventionella normen på bekostnad av den internationella sedvanerättsregeln som införlivats i den.

Motsättningarna mellan de författare som hävdar att endast konkreta statsakter utgör rättsrelevant statspraxis och de som har en extensivare uppfattning blir än mer uppenbara i den diskussion som följer om FN:s generalförsamlings resolutioner och deklarationer. Frågan som diskuteras i nästa stycke är hur och på vilket sätt dessa kan utgöra rättsrelevant underlag i den sedvanerättsliga processen.

5.9 Praxisframkallande FN-resolutioner

Då generalförsamlingen enligt FN-stadgan framlägger förslag[81] – "makes recommendations" – genom att antaga resolutioner fastslås handlingsregler för stater som kan variera i precision.[82] Begreppet deklaration eller resolutioner innehåller en mängd olika föreskrifter med varierande juridisk innebörd. Några resolutioner gör anspråk på att fastställa gällande rätt, s.k. *deklaratoriska*, medan andra åsyftar till att vara *konstitutiva* – rättsbildande. En sedvanerättslig utvärdering av resolutioner måste göras i lju-

81. Jfr FN-stadgans artikel 11 och 13. FN-stadgan fastslår inte att generalförsamlingen skall fungera som en lagstiftande institution och det var därför inte heller tänkt att resolutinerna skulla ha någon bindande verkan på stater. Detta framkom under den konferens som hölls i San Francisco sommaren 1945 som bl.a. berörde frågan om församlingens resolutioner skulle ges en rattslig bindande funktion eller ej. Förslaget angående resolutionernas bindande verkan väcktes av den filippinska delegationen som förespråkade att: "[t]he General Assembly should be vested with the legislative authority to enact rules of international law which should become effective and binding upon the members of the Organization after such rules have been approved by a majority vote of the Security Council. Should the Security Council fail to act on any of such rules within a period of thirty (30) days after submission therof to the Security Council, the same should become effective and binding as approved by the Security Council", UNCIO Docs. 1945, III, s. 536–37, IX, 70. Det filippinska förslaget röstades emellertid ned med 26 röster mot 1. Likaså refuserades ett tidigare presenterat belgiskt förslag som gick på samma linje som det filippinska förslaget. UNCIO Docs. 1945, III, s. 319; Se Romulo, A Third World Soldier at the UN, New York, 1987, s. 169–171.

82. Jfr 62 AIDI, 1987-II, Session du Caire, s. 274 ff. (Institut de droit internationals arbete diskuteras i avhandlingsavsnitt 5.9.1); Arangio-Ruiz, The Normative Role of the General Assembly and the Declaration of Principle of Friendly Resolutions, 137 RdC 1972-III, s. 419; Castanêda, Legal Effects of United Nations Resolutions New York, 1969; Cheng, United Nations Resolutions on Outer Space: Instant International Customary Law? I Cheng (ed.), International Law: Teaching and Practice, London, 1982, s. 237; Falk, On the Quasi-Legislative Competence of the General Assembly, 60 AJIL 1962, s. 782; Higgins, The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations, Oxford 1963; The Development of International Law by the Political Organs of the United Nations, PASIL, 1965, s. 116; Sloan General Assembly Resolutions Revisited (Forty Years Later), 58 BYBIL 198, s. 39.

set av de specifika omständigheter som berör resolutioners egenskaper som sådana eller såsom det uttryckts av Higgins:

> [w]hether resolutions with similar content, repeated through time, voted by overwhelming majorities, giving rise to a general *opinio juris*, have created the norm in question.[83]

Även om det finns delade meningar om generalförsamlingens resolutioner skall ses som en rättskälla i sig torde det vara generellt accepterat att deklaratoriska resolutioner – "law declaraing resolutions" – utgör en bekräftelse på en sedvanerättsregels existens. Resolutioner som ger sig ut för att vara konstitutiva – rättsbildande – utgör grunden för att en praxisutveckling kan frambringas som på sikt kan ge upphov till att en ny sedvanerättsregel etableras. Generalförsamlingens resolutioner ges en obestridlig rekommenderande verkan i stadgan. Dessa kan emellertid i vissa fall framkalla rättsverkan för stater. Internationella domstolen i Haag har i allmänna ordalag förklarat detta samband i sitt rådgivande yttrande från 1996 i *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons.*

> The Court notes that General Assembly resolutions, even if they are not binding, may sometimes have normative value. They can, in certain circumstances, provide evidence important for establishing the existence of a rule of the emergance of an *opinio juris*. To establish whether this is true of a given General Assembly resolution, it is necessary to look at its content and the conditions of its adoption; it is also necessary to see whether an *opinio juris* exists as to its normative character. Or a series of resolutions may show the gradual evolution of the *opinio juris* required for the establishement of a new rule.[84]

Domstolen uppfattning synes ha influerats av *Nicaragua Case (Merits)*, genom att i sitt domslut fastställa att en rad resolutioner som antagits av FN:s generalförsamling spelat en avgörande roll i främjandet av en sedvanerättslig utveckling. Domstolen undersökte huruvida det gick att fastställa *opinio juris* med tanke på de folkrättsliga principer som formulerats och antagits i de av generalförsamlingen 1970 konsensus-antagna resolution 2625 om vänskapliga förbindelser och resolution 3314 angående aggressionsbegreppets definition. Domstolen var av den uppfattningen att:

> the effect of consent to the text of such resolutions ... may be understood as an acceptance of the validity of the rule or set of rules declarad by the resolution by themselves.[85]

83. Higgins, The United Nations and Law-Making, 37 PASIL 1970, s. 43.
84. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, ICJ Reports 1996, s. 254.
85. Nicaragua Case. ICJ Reports 1986, s. 99–100.

Denna uppfattning har emellertid ifrågasatts av en rad mäktiga nationer och några folkrättsförfattare i doktrinen.[86]

Uppfattningen delas inte heller av Wolfke som hävdar att verbala akter såsom en röst på en FN-resolution "do not constitute acts of conduct, nor even multiplied, any conclusive evidence of any state practice".[87] Arangio Ruiz är av samma uppfattning och hans kända rader brukar ofta citeras i detta sammanhang. Han påpekar att det vore för enkelt om

> the 'shouting out' of rules through General Assembly resolutions were to be law-making simply as a matter of 'times' shouted and size of the choir.[88]

Villiger som har en extensivare uppfattning om vad som konstituerar rättsrelevant statspraxis konstaterar att den vidare uppfattningen generellt sett har många fördelar.

> Thus the abundant and easily accessible records of the UN General Assembly and its committees, the International Law Commission, and diplomatic conferences, render obsolete the problems of the paucity and unavailability of State practice.[89]

Haagdomstolen fastslog i sitt rådgivande yttrandet i *Namibia Case* 1971 att:

> it would not be correct to assume that, because the General assembly is in principle vested with recommendatory powers, it is debarred from adopting, in specific cases within the framework of its competence, resolutions which make determinations or have operative design.[90]

Rättsläget inom detta område är komplicerat men oerhört centralt för folkrätten. För att få klarhet i frågan om hur generalförsamlingens resolutioner skall betraktas vid en sedvanerättslig utvärdering har två oberoende folkrättsliga institut försökt ge en auktoritativ bedömning av rättsläget. I nästkommande avsnitt diskuteras dessa arbeten.

5.9.1 The Institute of International Law

Försök att fastställa den allmänna folkrätten genom att på auktoritativt sätt formulera vad dessa regler utsäger – eller bör utsäga – har kännetteck-

86. Byers, Custom, Power and the Power of Rules, Cambridge, 1999, s. 135.

87. Wolfke, Custom in Present International Law, second revised edition, Dordrecht 1993, s. 84.

88. Ruiz, The UN Declaration on Friendly Relations and the System of the Sources of International Law, Alphen aan den Rijn, 1979, s. 46.

89. Villiger, Customary International Law and Treaties, second edition, The Hague 1977, s. 21.

90. Säkerhetsrådet bekräftade 1969 att Sydafrikas FN-mandat över Sydvästafrika avslutats och förklarade Sydafrikas fortsatta närvaro i Namibia som olaglig. Alla Sydafrikas åtgärder beträffande Namibia förklarades ogiltiga. S/RES/276(1970), Namibia Case, ICJ Report 1971.

nat arbetet inom flera internationella sammanslutningar. En av dessa är det i Genève belägna Institute of International Law – Institut de droit international. Institutet antog en kommissionsrapport i Kairo 1987. Rapporten diskuterar FN:s generalförsamlings resolutioner som underlag vid utformningen av internationell rätt.[91] Kommissionens slutrapport är betitlad *The elaboration of general multilateral conventions and of non-contractual instruments having a normative function or objective (13th Commission) Resolutions of the General Assembly of the United Nations.*

Studien som sammanställts av kommissionens polske rapportör professor Skubiszewski, är uppdelad i åtta sektioner med tjugosex efterföljande s.k. slutsatser "conclusions". Rapporten inleds med att kommissionen konstaterar att FN-stadgan inte ger generalförsamlingens resolutioner bindande verkan *inter se* men att man trots detta kan dra vissa slutsatser genom att generalförsamlingen:

> may make recommendations contributing to the progressive development of international law, its consolidation and codification. This may be accomplished through a variety of resolutions.[92]

Det finns olika typer av resolutioner. Några resolutioner kan utgöra ett återgivande – eng."restatement" eller fr. "réaffirment" – av gällande rätt och kan vara s.k. "law-declaring resolutions" – deklaratoriska resolutioner. Dessa resolutioner karakteriseras av att de bekräftar en viss redan existerande regel.[93] Resolutionerna kan antingen fastställa en regel eller utgöra en regeltolkning. De kan också utgöra bevis för en internationell sedvänja eller frambringa allmänna rättsgrundsatser.[94] De kan också fungera som ett komplement för att fastställa en sedvanerättsregel i synnerhet i de fall där statspraxis eller *opinio juris* inte så lätt går att fastställa.[95]

91. Se Annuaire de l'Institut de Droit International, Session du Caire, (AIDI), vol. 62-II, Paris 1987, s. 274–288. I arbetet görs hänvisningar till kommissionens slutsatser. Institutets arbete föregicks av ett utkast som utarbetats under en session i Helsingfors, 1985, jfr med IDI, *Session of Hesinki*, vol. 61-I, Paris 1985, I detta arbete hänvisas till en "List of General Assembly resolutions cited in the Preliminary Exposé and/or *the Provisional Report*, Annex I, s. 243 ff.; se även Degan, Sources of International Law, The Hague, 1997, s. 195–201; Schachter, New Custom: power, *opinio juris* and contrary practice, s. 531–540; Sohn, Enhancing the Role of the General Assembly of the United Nations in Crystallizing International Law s. 449–561, i Theory of International Law at the 21st Century, Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski, Kluwer International, 1996, s. 449–561; Skubiszewski, A New Source of the Law of Nations: Resolutions of International Organisations, Recueil d'Etudes de Droit International En Hommage à Paul Guggenheim, Genève 1968.

92. Conclusion 1, s. 276, *Recommendations.*

93. Conclusion 3(2) och 4, s. 278, *Law-Declaring Resolutions.*

94. A a s. 278.

95. Conclusion 19 s. 284, *Means for the Determination of Law.*

Andra resolutioner kan vara rättsutvecklande – "law-developing". Det innebär att de kan bidra till att främja den internationell sedvanerätten och utveckla allmänna rättsgrundsatser. Detta sker genom att underlätta de multilaterala förhandlingarna genom att presentera regler som bör finnas med i framtida överenskommelser eller genom att fastställa riktlinjer som bestämmer innehållet *lex ferenda* antingen dessa är sedvanerättsliga eller kontraktuella.[96]

Beteckningen *deklaration* används för att ge tyngd åt det ämne som behandlas och för att ge en högtidligare prägel åt det program som deklarationen avser eller för att tydliggöra principer vars syfte är att främja den internationella rättens fortgående utveckling.[97]

En resolution som är av deklaratorisk karaktär och som antagits utan negativa eller nedlagda röster presumeras innehålla en korrekt framställning *lex lata*. Denna presumtion kan emellertid motbevisas.[98] En enhälligt antagen resolution kan i de fall en sedvanerättsregel håller på att bildas eller där det fortfarande råder viss osäkerhet om en regels existens, bekräfta densamma eller undanröja eventuell tveksamhet som kan ha funnits mot den framväxande normen.[99]

En resolutions auktoritet förbättras avsevärt om den är konsensus-antagen[100] eller antagen av en majoritet stater som representerar de centrala rättssystemen i världen.[101] Om däremot antalet negativa eller nedlagda röster är många eller kvalitativt signifikativa förtas resolutionens rättsutvecklande effekt.[102]

En deklaratorisk resolution kan som tidigare nämnts tänkas tjäna som ett komplement för att fastställa en sedvanerättsregel särskilt i de fall där statspraxis eller *opinio juris* är oklar.[103] Den kan också tjäna som ett sedvanerättsligt bevisunderlag eller fastställa något av sedvanerättens element – *usus* eller *opinio juris*. Detta gäller särskilt i de fall staterna haft för avsikt att uppnå detta genom antagandet av resolutionen eller när den tillämpade proceduren resulterat i en vidareutveckling av ett rättsligt uttalande.[104] Det framgår emellertid att bevis som tillhandahålls genom en resolution går att motbevisa/vederlägga.[105]

96. Conclusion 3(2) och 5, s. 278.
97. Conclusion 12, s. 282, *Declarations.*
98. Conclusion 13, s. 282, Unanimous Statement of Existing Law
99. Conclusion, 14, s. 284, *Unanimity and the Development of the New Law.*
100. Conclusion 16, s. 284, *Consensus.*
101. Conclusion 15(1), s. 284, *Majority.*
102. Conclusion 15(2) s. 284.
103. Conclusion 19, s. 284, *Means for the Determination of Law.*
104. Conclusion 20, s. 286, *Evidence of International Custom.*
105. Conclusion 21, 286, *Rebuttable Evidence of Intetrnational Custom.*

Principer och regler som tillkännages i deklaratoriska resolutioner kan påverka statspraxis, eller initiera ny praxis som ger upphov till att ny sedvanerättsregel etableras. En resolution kan bidraga till att befästa statspraxis, eller främja bildandet av en *opinio juris communis*.[106]

Dessutom kan man i en resolution eller en antagen serie resolutioner skönja en folkrättslig utvecklingslinje. Sådana resolutioner kan tänkas fastställa en policy-inriktning antingen genom att formulera principer eller mer detaljerade regler eller genom att tydliggöra det huvudsakliga syftet med den tilltänkta normen.[107]

I de fall det rör sig om rättssutvecklande resolutioner vilka avgivits i en befallande ton kan dessa efter viss tid bli deklaratoriska. Detta under förutsättning att den sedvanerättsliga process som den härrör från fullbordas i en sedvanerättsregel.[108]

Kommissionen har i "conclusion 6" räknat upp sex kriterier – a till f – som kan tänkas underlätta en identifiering av en resolution som faller in under en av de tidigare nämnda kategorierna.[109]

Det första kriteriet är att beakta staternas avsikter och förväntningar. Det andra är att hänsyn bör tagas till resolutionens procedurmässiga fordringar. Det tredje är att beakta resolutionens textuella innehåll. Det fjärde är att undersöka i vilken utsträckning resolutionen stöds. Det femte är att undersöka i vilket sammanhang resolutionen utarbetats och antagits. Den sista punkten som omnämns är att beakta de procedurer som resolutionen stipulerar för att den skall verkställas.[110]

En närmare genomgång av dessa kriterier och en studie av rapportens förarbeten tydliggör rapportens konklusioner.

I förarbetena till det första kriteriet som berör staternas avsikt och förväntningar konstateras att detta inte är tillräckligt för att omvandla en resolution till att bli normativ. Olika faktorer måste förekomma som visar den rådande avsikten eller förväntningen på att staterna beslutat sig för att tilldela resolutionerna normativ verkan.[111]

Det andra kriteriet tar hänsyn till t.ex. utkast som framtagits av ILC vars uppgift är att befordra det internationella samarbetet på det politiska området och främja den internationella rättens fortgående utveckling och kodifiering. Sådana resolutioner rangordnas högre än andra i den sedvane-

106. Conclusion 22, s. 286, *International Custom. VIII. Particular Issues Relating to Law-Developing Resolutions.*

107. Conclusion 26, s. 288, *Legal Policies.*

108. Degan, Sources of International Law, The Hague, 1997, s. 196.

109. Conclusion 6, s. 278, *Relevant Elements.*

110. Conclusion 6, punkterna a–f, s. 279–280.

111. Annuaire de l'Institut de Droit international 1985, Session d'Helsinki, Vol 61-I, s. 316.

rättsliga processen och kommissionen har i detta avseende dragit följande slutsatser. Därför talas det om "negotiated arrangements",[112] den utarbetande instansens sammansättning och de särskilt intresserade eller berörda staternas medverkan.[113] Ett remissförfarande av utkastet är också till viss del önskvärt.[114]

Resolutionens text och sammanhang underlättar enligt det tredje kriteriet fastställandet av resolutionens innebörd. Hänvisningar till eller ett avsiktligt utelämnande av internationell rätt eller andra motsvarande fraser är ett relevant men i sig inte avgörande element.[115]

Det fjärde kriteriet undersöker i vilken utsträckning resolutionen godkänns eller förkastas av de andra staterna. Utöver det som tidigare nämnts i detta avsnitt kan följande nämnas. I de fall resolutioner utgör föremål för reservation kan innebörden av en sådan reservation vara att resolutionen antingen kvalificerar eller begränsar omfattningen av bifallet från de reserverande staterna. Detta behöver inte betyda att resolutionen förkastas. Den kan helt enkelt uttrycka tveksamhet. Om en resolution däremot uttrycker *lex lata* kan en stat inte undgå juridisk bundenhet genom att reservera sig.[116]

I det femte fallet beaktades även relevanta politiska omständigheter i det sammanhang som resolutionen utarbetats och antagits på. Kommissionsrapporten ger inte heller här någon vägledning i hur denna fråga skall tacklas. Genom att granska förarbeten till det organ som utarbetar utkast till resolutioner, kommentarer från regeringar, utkast som cirkulerat och protokoll från generalförsamlingens debatter kan man däremot få information.[117] I det sista fallet beaktas de procedurer som verkställer resolutionen. Medtagandet av bestämmelser i en resolution om hur den skall verkställas, eller hur övervakningen av resolutionen skall tillmötesgås påverkar hur bestämmelsen tolkas eller leder till att en ny bestämmelse skapas.[118] Genom generalförsamlingens resolution 1654 (XIV) från 1961 tillsattes en kommitté för att övervaka implementeringen av kolonialdeklarationen dvs. generalförsamlingens resolution 1514 (XV). Denna procedur fick avgörande konsekvenser för principen om lika rättigheter och folkens självbestämmande.[119]

112. Conclusion 7, *Negotiation as a Method*, s. 280.
113. Conclusion 8, *Composition of the Intergovernmental Organ*, s. 280.
114. Conclusion 9, *Circulation of Drafts*, s. 280.
115. Conclusion 10, *Importance of Terminology, IV. The Language of Resolutions*, jfr också conclusion 12, *Declarations*. Se även Degan, Sources of International Law, The Hague, 1997, s. 198–199.
116. Conclusion 17, s. 200.
117. Degan, Sources of International Law, The Hague 1997, s. 200.
118. Conclusion 18, *Implementing Procedures, VI. Implementation of resolutions*, s. 284.

5.9.2 *The International Law Association (ILA)*

Tretton år efter det att the Institute of International Law lagt fram sin slutrapport presenterade ILA:s kommitté (Committee on formation of customary general international law) en rapport som betitlades "*Formation of Customary (General) International Law*".[120] Rapporten behandlar sedvanerättens uppkomst och förhållandet mellan traktaträtt och sedvanerätt samt FN:s generalförsamlings resolutioner och sedvanerätt. Avsnittet som följer redogör för rapportens avsnitt V vilken berör generalförsamlingens resolutioner och sedvanerätt. ILA:s rapport är inte lika omfattande som Skubiszewkis rapport från 1987 utan bygger på fem sektioner, 28–33. Den sista berör resolutioner från internationella konferenser. Varje sektion följs av kommitténs kommentarer. Referens till Skubiszewkis rapport görs i ILA:s rapport vilka i vissa avseenden tangerar varandra.

I rapportens första sektion (28) konstateras att generalförsamlingens resolutioner i vissa fall kan utgöra ett sedvanerättsligt bevisunderlag, ge form åt en framväxande sedvanerättsregel eller bidra till att ny sedvanerätt bildas. Som en generell regel och med förbehåll för rapportens sektion 32 kan däremot resolutioner inte *ipso facto* skapa ny sedvanerätt.[121]

Rapporten understryker att generalförsamlingens resolutioner berör administrativa åtgärder eller uttrycker politiska önskemål. De gör inte några anspråk på att frambringa rättsliga förpliktelser. Det är bara när resolutioner, direkt eller indirekt, formulerar rättsliga regler eller principer som frågan om sedvanerätt överhuvudtaget aktualiseras. Det är bara i sådana sammanhang som resolutioner förtjänar benämningen "legal pronouncements".[122]

Vidare måste man i resolutionen skilja mellan uttalanden som uttrycker en önskan om rättens utveckling *lex ferenda* och gällande rätt *lex lata*. Under gynnsamma förhållanden kan framställningar *lex ferenda*, frambringa en rättsändring eller rättsbildning av en ny sedvanerättsregel. I de fall uttalanden görs *lex lata* är resolutionen helt enkelt deklaratorisk (och utgör ett bevisunderlag) till skillnad mot ett konstitutivt uttalande om gällande rätt.[123] En till synes deklaratorisk resolution kan emellertid i realiteten i sin

119. Degan, Sources of International Law, The Hague 1997, s. 200.

120. ILA Report of the sixty-ninth conference, London, 25–29/7-2000. Ordföranden i kommittén var Maurice Mendelson med Rein Müllerson som rapportör.

121. ILA:s rapport, Sektion 28, s. 766, "As explained in Sections 29–32, resolutions of the United Nations General Assembly may in some instances constitute evidence of customary international law; help to crystallize emerging customary law; or contribute to the formation of new customary law. But as a general rule, and subjekt to Section 32, they do not ipso facto create new rules of customary law".

122. A a s. sektion 28, s. 766.

helhet eller till vissa delar, för några eller för samtliga anhängare, tolkas *de lege ferenda*. Därtill kommer att en upprepning av en redan existerande sedvanerättsregel på sätt och vis alltid är konstitutiv eftersom den sedvanerättsliga processen är en ständigt pågående process som stärks varje gång sedvanerättsregeln hävdas på nytt. Trots detta hävdas att det för analysens skull är meningsfullt att göra denna skillnad mellan ett deklaratoriskt och ett konstitutivt uttalande även om de i realiteten tangerar varandra.[124]

Resolutioner kan på samma sätt som traktater utgöra bevisunderlag eller främja den internationella sedvanerättens fortgående. Ett viktigt undantag som nämns är att traktater skapar rättsliga skyldigheter. I realiteten kan detta underlätta förändringen från partikulär till allmän folkrätt, även om det inte sker automatiskt. Generalförsamlingens resolutioner är till skillnad från traktater inte bindande som sådana.[125]

Resolutioner från generalförsamlingen som direkt eller indirekt gör anspråk på att en sedvanerättslig regel existerar utgör ett underlag som kan motbevisas.[126]

En resolution kanske inte uttryckligen hävdar att en viss regel existerar utan att staten eller staterna snarare är förpliktigade att följa regeln ifråga, eller att det står varje stat fritt att fullfölja en viss handling. Detta innebär inte att resolutionen uttryckligen åsyftar någon motsvarande regel. Som tidigare nämnts, konstaterade Haagdomstolen i sitt rådgivande yttrande från 1996 i *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons,* att resolutioner i vissa fall kunde användas som underlag för att fastställa förekomsten av en *opinio juris*.[127] På samma sätt hävdade den italienske representaten i generalförsamlingens sjätte – juridiska – utskott att allmänna resolutioner eller deklarationer antagna av FN kunde återge gällande sedvanerätt.[128] En resolution kan upprepa en redan existerande regel eller tjäna till att klargöra eller hjälpa till att fastställa en regel som är i färd att etableras.

Skubiszewski är av den uppfattningen att en resolution kan fungera som ett hjälpmedel genom vilket rätten kan identifieras inom ett oklart eller kontroversiellt rättsligt område. Detta kan ske särskilt i de fall där domslut och traktater inte har lyckats med att precisera rättsläget. En noggrant för-

123. A a s 28, s. 766–767.

124. ILA:s rapport, kommentarer till sektion 28, s. 766–767.

125. ILA:s rapport, kommentarer till sektion 28, s. 767.

126. ILA:s rapport, Sektion 29, s. 768, "Resolutions of the General Assembly expressly or impliedly asserting that a customary rule exists constitute rebuttable evidence that such is the case".

127. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, ICJ Report 1996, s. 226.

128. GAOR, 29 sess., sjätte–juridiska-utskottets 1429:e möte, 5/11-1974.

beredd resolution gör att otydligheter kan undvikas. Osäkerhet uppstår annars då en regel baseras på en analys som görs mot bakgrund av enskilda staters praxis.[129]

Castanêda hävdar att vissa resolutioner som den som bekräftade Nürnbergstadgan (resolution 95 (I)) inte är bindande för att den skapar nya förpliktelser utan snarare för att den är ett uttryck för en obligatorisk allmän rättsgrundsats.[130]

I vanliga fall skapar en resolution som direkt eller indirekt återger *lex lata* bara en presumtion för att lagen verkligen är tillkännagiven. En anledning till detta är att de stater som röstade mot resolutionen, de stater som inte var närvarande vid omröstningen och de stater som inte heller är medlemmar i FN inte kan motbevisa detta påstående. En annan anledning är att även i de fall som staterna röstade för resolutionen måste resolutionens ordalydelse och de omständigheter som var aktuella vid antagandet studeras innan det går att säkerställa om regeln ifråga antagits av staterna.[131] Det är därför nödvändigt att undersöka inte bara under vilka förutsättningar staterna röstade för resolutionen i sin helhet utan också förklaringarna till rösterna, paragraf för paragraf.

Vad språket beträffar innehåller resolutioner alltid en andemening som återspeglar textförfattarnas viljeyttring. ILA-rapporten hänvisar till Institute of International Law's tidigare diskuterade arbete. I förarbetena till 1987 års Kairo rapport studerades språkets innebörd av Skubiszewski. Han kom fram till att i vanliga fall innebär begreppet "should" – böra – en tillräcklig indikation på att normen ifråga inte är mer än rekommenderande.[132] Ibland kan delegationer känna att de kan rösta för en resolution bara för att de tror att resolutionerna inte har någon juridisk effekt. Det kan också vara så att vissa medlemmar uppfattar resolutionen som deklaratorisk medan andra kan tänkas uppfatta densamma *lex ferenda*. Det är därför nödvändigt att inte endast undersöka omständigheterna kring resolutionens antagande i sin helhet utan också undersöka staternas förklaringar till varför de lagt ned sina röster, paragraf för paragraf.[133]

I skiljedomsfallet *Texaco v. Libya* från 1977 undersökte den ende skiljedomaren professor Dupuy den serie resolutioner som kollektivt sett betraktas som den Nya Ekonomiska Mekanismen (NEO) för att se om de traditionella anspråken på expropriation hade ändrats. Han fann att den

129. Institute of International Law, 61-I Yearbook, 1985, s. 109

130. Castâneda, The Legal Effects of United Nations Resolutions, New York 1969, s. 192–193.

131. ILA:s rapport, sektion 29, s. 768–770.

132. Institute of International Law, 61-I, Yearbook, 1985, s. 177–178.

133. ILA:s rapport, sektion 30, s. 770.

konsensus-antagna resolutionen 1803 (on Permanent Sovereignity over Natural Resources) representerade gällande folkrätt på området, eftersom resolutionen hade antagits med stöd av de kapitalexporterande och kapitalimporterande staterna. Samma konsensus hade emellertid inte uppnåtts vid voteringen av the Charter of Economic Rights and Duties och NEO-deklarationen resolution 3201. Det Dupuy i korthet försökte göra var att fastställa om det fanns någon konsensus avseende gällande sedvanerätt.[134]

Med New Haven-skolans policy-orienterade tankesätt innebär det att:

> In order to decide whether a UN statement reflected an accurate description of what people's expectations were concerning the law, one needed to know several facts: Who voted for the statement? Who voted against it? What was the relative and the effective power of these voters? How compatible is the asserted policy with past expectations? What followed from the resolution? What were the expectations coming from the other sources? And so on.[135]

I *South West Africa Voting Advisory Opinion* från 1955 fann Haagdomstolen att upprepningen av en och samma regel i en serie resolutioner inte i och för sig förstärker de rättsliga förpliktelserna. Upprepningen kan antingen tjäna till att framhäva en uppfattning som representeras av majoriteten medlemsstater eller också framhäva en *opinio juris*. Men allt görs gällande beroende på omständigheterna. Även om, som några hävdar, en ökad skyldighet att beakta resolutionen i god tro uppstår innebär detta inte att en skyldighet uppstår att foga sig efter resolutionerna.

I Haagdomstolens rådgivande yttrande från 1996 i *Threat or Use of Nuclear Weapons* påpekade domstolen att upprepningen av en och samma regel i en serie resolutioner där man ifrågasatte "hotet eller användningen av kärnvapen" i något sammanhang, inte representerade bindande sedvanerätt. Detta mot bakgrund av den opposition som riktats från kärnvapenstaterna.[136]

Generalförsamlingens resolutioner kan – men behöver inte nödvändigtvis – utgöra underlaget för en ny sedvanerättslig materiell (historisk) källa.[137] I anslutning till ILA-rapportens kommentarer till 30:e sektionen framgår det att traktater på samma sätt som generalförsamlingens resolutioner kan utgöra inspirationskälla till utformningen av nya sedvanerättsregler. I kommentarerna påpekas att det är en okontroversiell källa. Likt

134. Texaco Overseas Petrolium Co. v. The Libyan Arabic Republic, 53 ILR 389; Higgins, Problem & Process, Oxford, 1994, s. 27–28; ILA:s rapport 2000, s .769.

135. Penal Discussion, The Legal Status of General Assembly Resolutions, PASIL 73rd 1979 Annual Meeting, s. 328–329.

136. Threat or Use of Nuclear Weapons, ICJ Reports, 1996, s. 254–255.

137. ILA:s rapport, Sektion 30, s. 770, "Resolutions of the General Assembly can (but do not necessarily) constitute a historic ("material") source of new customary rules".

traktater, finns det ingen presumtion för att den regel som gestaltas i resolutionen skall ge upphov till att en sedvanerättsregel etableras.[138]

Generalförsamlingens resolutioner kan vid lämpliga fall till viss del själva ingå i utformningen av en ny sedvanerättsregel.[139] Kommentarerna till 31:a sektionen inleds med att konstatera att den föregående sektionen (30) är okontroversiell delvis beroende på att ett uttalande från en person eller en organisation kan skapa inspiration så att statspraxis etableras. En svårare fråga är däremot om en resolution kan bli del av den formella rättsbildande processen. Denna fråga diskuteras i sektion 31. I kommentarerna till sektionen konstateras att det är möjligt att betrakta resolutioner som underlag för att etablera rättsrelevant praxis. Juridisk bundenhet uppstår genom att stater avger sitt samtycke. Ett sådant samtycke kan mycket väl manifesteras genom att en stat röstar för en resolution.[140] Resolutionens språk måste dock studeras (och alla de omständigheter som ligger till grund för antagandet) innan någon slutsats kan dras om att något samtycke eller erkännade existerar. Under vissa förhållanden kan emellertid detta vara fallet.

I *Nicaragua case (Merits)* hänvisar Haagdomstolen till resolution 2625, (the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations). Där sades att:

> The effect of consent to the text of such resolutions cannot be understood as merely that of a 'reteriation or elucidation' of the treaty comitment undertaken in the Charter. On the contrary, it may be understood as an acceptance of the validity of the rule or set of rules declared by the resolution by themselves.[141]

Rapporten hänvisar sedan till att vissa författare i doktrinen samtidigt som de hävdar att det objektiva elementet – statspraxis – görs gällande accepterar att (en röst för) en resolution kan innebära att sedvanerättens subjektiva element exponeras. Där framgår att för stater som inte aktivt kan producera statspraxis inom ett relevant område utgör verbala uttalanden den enda formen av manifesterad praxis. Vid en sedvanerättslig utvärdering bör det dock beaktas att det sedvanerättsliga underlaget inte består av ett kvantitativt material som kombineras med en rättsövertygelse utan att det endast utgör en rättsuppfattning som manifesteras antingen i form av kon-

138. Kommentarer till sektion 30, s. 770.

139. ILA:s rapport, Sektion 31, s. 770, "Resolutions of the General Assembly can in appropriate cases themselves constitute part of the process of formation of new rules of customary international law".

140. Kommentarerna till sektion 31, s. 770–772.

141. Nicaragua Case (Merits), ICJ Reports, 1986, s. 99–100.

kreta samtycken eller genom en klar övertygelse om att ett visst förhållande råder.

Rapporten fastslår att om generalförsamlingens resolutioner betraktas som organisationens egen praxis (vilket vissa författare, men inte kommittén, gör gällande) skulle det vara en form av dubbelräkning "double counting" av ett av sedvanerättens element. En sådan handling skulle alltså bli analog med statspraxis (organisationens) och också innebära en röst från varje medlemsstat.[142] Problemet med "double-counting" diskuteras ytterligare i avsnitt 5.10.

Enhälligt eller nästan enhälligt antagna resolutioner som utgör bevis för en tydlig avsikt från anhängarnas sida och som fastslår en internationell sedvanerättsregel, kan i exceptionella fall framkalla allmän folkrätt blott genom att de antas.[143]

Detta är rapportens mest kontroversiella sektion. Den nämner till skillnad mot den föregående sektionen att resolutioner i exceptionella fall kan framkalla allmän folkrätt. Den engelska texten använder sig av frasen "lay down [a rule of international law]". Frasen är medvetet vald för att den är mångtydig. Den kan antingen betyda att redan existerande rätt tillkännages eller att ny rätt skapas.

I kommentarerna betonas att det är ytterst ovanligt att det går att utröna en klar avsikt från statens sida om att de ämnar skapa ny rätt. Resolutionens språk och den process som ligger till grund för antagandet måste därför också studeras liksom även relevanta omständigheter i övrigt. Samstämmighet eller "konsensus" skapar inte nödvändigtvis denna avsikt. Tvärtom konstateras att priset för enhällighet kan resultera i att "förpliktelsen" blir så urvattnad att den inte längre utgör en juridisk förpliktelse eller att den blir så otydlig att den betyder olika saker för olika stater. I kommentarerna nämns vidare att även i de fall som rörde de enhälligt antagna resolutionerna om yttre rymdens nyttjande – som i stort sett berörde ett oreglerat rättsligt område och därför ansågs vara lämpliga att lagstifta om – fanns det ändå inte en tillräckligt omfattande eller representativ överenskommelse om att resolutionerna skulle utgöra "instant customary international law". Detta kom Cheng fram till efter att noggrant ha studerat de relevanta resolutionerna. Detta anses därför rättfärdiga valet av begreppet "in exceptional cases" som återfinns i den analyserade sektionens or-

142. Kommentater till sektion 31, s. 770–772.

143. ILA:s rapport, sektion 32, s. 772, "Resolutions accepted unanimously or almost unanimously, and which evince a clear intention on the part of their supporters to lay down a rule of international law, are capable, exceptionally, of creating general customary law by the mere fact of their adoption. In the event of a lack of unanimity... ".

dalydelse. Vid några enstaka tillfällen kan däremot förhållandena infrias som i fallet med den enhälligt antagna Friendly Relations-deklarationen i enlighet med Internationella domstolens utlåtande i *Nicaragua Case*.[144]

Kommentarerna diskuterar därefter begreppet "instant customary international law". Den första och vanligaste invändningen som görs mot begreppet är att det utgör en självmotsägelse. I vanliga fall behövs en viss mängd praxis under en viss tidsperiod, kort eller lång, för att konstituera sedvanerätt. Den andra invändningen som görs är att det också skulle bli för lätt för stater att utforma rättsregler utan att behöva följa den erforderliga ordningen genom att stödja uttalandena med handlingar. Den första invändningen förklaras med att det egentligen kanske endast är en fråga om terminologi. Begreppet internationell sedvanerätt inbegriper i sin helhet det internationella samfundets oskrivna viljeyttring. Denna viljeyttring har för det mesta skett genom en långsam praxisutveckling men detta är inte sedvanerättens utmärkande drag. I den andra invändningen som görs konstateras att det är möjligt att göra uttalanden i all hast utan att ha för avsikt att de skall tas på allvar eller att de skall få någon rättslig konsekvens. Men detta är inte undantagslöst. En formell protest är t.ex. en verbal handling som måste beaktas vid en sedvanerättslig utvärdering. Likaså är ett formellt ställningstagande som tas av en regering. I den mån formella ställningstaganden görs via generalförsamlingen finns det ingen anledning varför dessa inte skulle beaktas. I kommentarerna hävdas det vidare att om det går att fastställa att en stat (eller flera stater) givit sitt samtycke till att vara bunden av en regel är staten bunden av densamma. Om det således går att vederlägga att staterna i sin helhet verkligen samtyckt till en regel som återfinns i en resolution kommer dessa stater att vara bundna av den ifrågavarande regeln. Rapporten nämner att ordet "om" är viktigt i sammanhanget. Med tanke på att generalförsamlingens resolutioner inte är bindande – bortsett från beslut i de ganska klara fallen gällande staternas finansiella bidrag och beslut som betecknas som interna – behövs något mer än en bekräftande röst på en resolution för att fastställa samtycket.[145]

Begreppen "enhällig eller nästan enhälligt" som återfinns i den analyserade textens ordalydelse kommenteras också i ILA:s rapport. En anledning till att begreppen finns med är att om samtycke binder stater kan samtycke från fler stater skapa partikulär sedvanerätt och för att skapa allmän folkrätt krävs en omfattande och representativ acceptans från staternas sida. I den traditionella, sedvanerättsliga processen uppställs inte kravet på enhäl-

144. Kommentarer till sektion 32, s. 772–776.
145. A a s. 772–776.

lighet (eller nära enhällighet) utan en sedvanerättsregel kan uppstå genom att en sedvänja blir allmänt accepterad. Detta innebär att sedvanerätten kan etableras trots att inte alla stater deltar under förutsättning att inte några viktiga stater eller grupper av stater har en avvikande mening. Det faktum att nästan alla stater finns representerade i generalförsamlingen och att praktiskt taget samtliga intresserade parter kan uttrycka en avvikande mening ger vid handen att om några stater deklarerar en avvikande mening kommer förmodligen kravet på omfattande och representativ acceptans inte att uppnås.

En annan möjlig förklaring är att de författare som hävdar att "instant customary international law" är ett reellt folkrättsligt begrepp är benägna att förutsätta att resolutionen måste ha antagits enhälligt eller nästan enhälligt. Vissa, framför allt västligt influerade författare, har uttryckt oro över att enkel (eller två tredjedelars) majoritet i generalförsamlingen skulle kunna överrösta de mäktiga nationerna. Detta skulle medföra att en majoritet kunde tvinga på en minoritet av stater folkrättsliga regler. Kort sagt, om majoritetsantagna resolutioner skulle kunna konstituera "instant customary international law" skulle generalförsamlingen bli en lagstiftande församling vilket innebär att staternas oberoende skulle försvagas.[146]

Dessa invändningar blir däremot inte aktuella om resolutionen antas enhälligt eftersom ingen stat då kunde hänvisa till på att dess intressen inte beaktats eller åsidosatts. Möjligheten att agera som "persistent objectors" skulle också kunna inrymmas under "nästan enhälligt antagna" resolutioner. Om alla – eller nästan alla – stater skulle komma överens om en regel skulle utrymmet för en konträr praxis bli begränsad. Härav följer att det blir lättare att sluta sig till att en ny sedvanerättsregel har etablerats utan att behöva vänta och se hur praxis utvecklas. Detta är framförallt sant i en situation då det råder ett rättsligt tomrum inom ett område som måste regleras.[147]

5.10 "Double counting"

Problemet med "double counting" har tidigare berörts i detta kapitel. Syftet med detta avsnitt är att försöka ge en mer nyanserad bild av detta problem.

146. A a s. 774–775.
147. A a s. 772–776.

Den traditionella uppfattningen i doktrinen är att internationell sedvanerätt konstitueras av två element. Statspraxis och *opinio juris*. Sedvanerättens objektiva element – statspraxis – kombineras med det subjektiva *opinio juris*-baserade elementet som genom sin inverkan anses nödvändig (därav *sive necessitatis*) för att kvalificera sedvanerätt. Detta har varit en grundmurad uppfattning i doktrinen.[148]

Alla frågor som varit i fokus i detta kapitel har mer eller mindre kretsat kring samma problem. Problemet har varit att försöka klargöra vad – vilka handlingar – som kan utgöra rättsrelevant praxis och således utgöra underlag för en sedvanerättslig utvärdering. Från att i kapitlets inledning ha utgått från två distinkta sedvanerättsliga element har diskussionen underhand visat att elementen är mycket nära knutna till varandra och att det i vissa fall till och med är svårt att separera det ena elementet från det andra. Den ursprungliga orsaken till detta problem är att det i vissa fall implicit går att utläsa en *opinio juris* från en etablerad statspraxis. Frågan som därför kan ställas är om det går att särskilja det ena elementet från det andra.

Vissa författare i doktrinen hävdar att både konkreta statsakter och generella uttalanden kan konstituera rättsrelevant statspraxis. Med detta betraktelsesätt uppstår det som i doktrinen kallas för "double counting". Begreppet innebär att man ur en rättsrelevant handling samtidigt kan utläsa både det objektiva och det *opinio juris*-baserade elementet.[149] Detta betraktelsesätt medför att ett av sedvanerättens element blir överflödigt.[150]

Uttalanden kan genom att manifestera en *opinio juris* i en specifik fråga således konstituera en form av statspraxis och om det nedtecknas kan det samtidigt utgöra underlag för det objektiva elementet. I vissa fall kan man alltså ur en och samma handling utläsa sedvanerättens båda element. Om en stats- eller utrikesminister under en presskonferens muntligen styrker sin regerings ställningstagande i en viss fråga, kan detta i enlighet med ovannämnda resonemang rent tekniskt ses både som en handling/akt som innehåller statspraxis och en indikation eller bekräftelse på den ifrågavarande statens rättsövertygelse.

Internationella domstolen har inte heller på ett klargörande sätt lyckats göra gällande att – bara för att det rör sig om två distinkta element – det ur en sedvanerättslig handling inte skall kunna gå att utläsa båda elementen. I vissa fall är det nästan omöjligt att särskilja det ena elementet från

148. Danelienko, Law-Making in the International Community, Dordrecht 1993, s. 81–82.

149. Byers, diskuterar detta under rubriken "the epistemiological circle" i Custom, Power and the Power of Rules, Cambridge University Press, 1999, s. 136; Se även Danelienko, Law Making in the International Community, Dordrecht 1993, s. 80–81.

150. Byers, Custom, Power and the Power of Rules, Cambridge 1999, s. 136.

det andra. Detta har fått Haggenmacher att ställa frågan om det verkligen rör sig om två distinkta element:

> [e]n vérité, aucun des deux éléments n'existe comme tel dans les faits historiques censés être à la base d'une règle coutumière concrète. ... Les deux prétendus éléments n'ont en réalité aucune individualité propre; ils se trouvent inextricablement mêlés au sein d'une 'pratique' unitaire. Cette pratique forme pour ainsi dire un *seul* 'élément' complexe, fait d'aspects 'matériels' et 'psychologiques'.[151]

Haggenmachers uppfattning kan verka väl rigid men i realiteten är det svårt, i vissa fall näst intill omöjligt, att separera det ena elementet från det andra.

Mendelson är kritisk till det som betecknas "double counting"[152] och hans uppfattning har också påverkat ILA:s arbete.[153]

Mendelson menar att en diplomatisk protest eller ett yrkande således kan framkalla "double counting" genom att handlingen kan återspegla det sedvanerättsliga objektiva *usus*-elementet samtidigt som det subjektiva *opinio juris*-baserade kan finnas närvarande/eller kan låta sig fastställas. Detta kan inträffa om det kan antagas att det subjektiva rekvisitet innefattar ett officiellt ställningstagande. Då det objektiva rekvisitet återspeglas i en konkret fysisk handling kan man ur den handlingen bara dra vissa slutsatser om det subjektiva rekvisitet. Det kan vara mer eller mindre uppenbart att det mot bakgrund av den objektivt iaktagbara handlingen går att utläsa en stats rättsövertygelse. I det fall man mot bakgrund av en konkret handling försöker dra vissa slutsatser om det subjektiva momentet, görs detta i regel av en annan berörd stat, av andra stater eller av tredje part. Detta gör att det inte med säkerhet går att fastställa den agerande statens rättsövertygelse och konsekvensen blir då att bedömningen som görs får en spekulativ karaktär.[154] Rein Müllerson är däremot inte av samma uppfattning och kritiserar ILA:s och Mendelsons "double counting" -resonemang genom att hävda att "[m]ore often than not acts of states count in both ways". [155]

För att allmän folkrätt/sedvanerätt skall ta form fordras, utöver det ovan sagda, att ett visst – men inte nödvändigtvis kvantitaivt – kriterium

151. Haggenmacher, La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la practique de la cour internationale, 90 RGDIP 1986, s. 114.

152. Mendelson, The ICJ and the sources of international law, I Fitzmaurice, M. and Lowe, V (Eds), Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings, Cambridge, 1996, s. 68.

153. Se avhandlingsavsnitt 6.8.

154. ILA Report of the Sixty-eighth conference, Taipei 1998, s. 326.

155. Müllerson, the interplay of objective and subjective elements in customary international law, i Karel Welles (Ed.), International Law: Theory and Practice, Essays in Honour of Eric Suy, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, s. 166, not 21, s. 177.

uppfylls, nämligen att handlingen är upprepad och enhetlig vilket gör att effekten av "double counting" förtar handlingens verkan. Detta gör att fenomenet "double counting" försvårar handlingens utvärdering.[156]

5.11 Det materiella elementets rekvisit

5.11.1 Praxis likformighet

För att sedvanerätt skall etableras krävs som tidigare nämnts – i enlighet med artikel 38(1)b i Internationella domstolens stadga – att staterna godtar en allmän praxis som gällande rätt. Denna formel sades inbegripa såväl sedvanerättens objektiva som subjektiva element.

Allmän praxis och enhetlighet i kombination med ett tidsrekvisit är formalistiska kriterier som måste uppfyllas för att sedvanerättens objektiva *usus*-element skall vara uppfyllt. Dessa kriterier som är förknippade med sedvanerättens materiella rekvisit är mer eller mindre nödvändiga komponenter i den process som leder till att internationell sedvanerätt – i kombination med *opinio juris* – bildas.

Detta avsnitt syftar till att studera det materiella rekvisitet och försöka klargöra hur dessa kriterier förhåller sig till varandra. Kriterierna tangerar i viss mån varandra och kan i vissa fall vara svåra att separerera.[157]

Brownlie talar i detta sammanhang om tre element som är förbundna med det materiella *usus*-momentet, nämligen "(a) duration, (b) uniformity, consistency of the practice" och "(c) generality of the practice". Den fjärde komponenten, "*opinio juris et necessitatis*" är förknippad med det subjektiva rekvisitet.[158] I detta avsnitt diskuteras Brownlies två första punkter. Den tredje punkten diskuterades i avhandlingsavsnitt 4.10 under rubriken allmän folkrätt. Tidsfaktorn diskuteras under avhandlingsavsnitt 5.12.

Med enhetlig praxis menas att staternas handlingsmönster skall vara genomgående likartat och konsekvent. Detta gäller både ett lands interna handlingsmönster och i relation till andra stater kollektiva praxis. Med "intern enhetlighet" menas mer bestämt att den stats praxis som är i färd att utvärderas i praktiken bör vara konsekvent och enhetlig. Med "kollek-

156. ILA Report, of the Sixty-eighth conference, Taipei 1998, s. 326.

157. Se Fidler, Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law, 39 GYIL, 1996, s. 202, ... "generality and uniformity as distinct elements of CIL, in practice the two meld together in a unitary analytical process".

158. Brownlie, Principles of Public International Law, Oxford, 1990, s. 6; D'Amato, (ed.), International Law Anthology, Anderson Publishing Company, s. 65.

tiv enhetlighet" menas att de olika staternas praxis i praktiken måste vara konsekvent och likformig.[159]

Internationella domstolen har också vid åtskilliga tillfällen uttalat sig angående *usus*-elementets enhetlighets-kriterium.

I *Wimbledon Case* från 1923 avvisade Haagdomstolen ett yrkande från Tyskland i vilket man påstod att Kielkanalen som genom Versaillesfördraget efter första världskriget hållits öppet för alla fartyg från länder som befann sig i fred med Tyskland och på för alla lika villkor under krigstid var oförenlig med landets suveränitet. Domstolen fann att argumentet motsades "by consistent international practice".[160] Samma anspråk på "constant and uniform" upprepades av domstolen i *Rights of Passage Case* från 1960.

I *Asylum Case* sade domstolen att en sedvanerättslig regel skulle vara i överensstämmelse med en "constant and uniform usage".[161] Detta uttalande måste emellertid ses i ljuset av de händelser som kännetecknar fallet. Domstolen sade därvid att "The facts ... disclose so much uncertainty and contradiction, so much fluctuation and discrepancy in the exercise of diplomatic asylum and in the official views expressed on various occasions ... that it is not possible to discern ... any constant and uniform usage, accepted as law.[162] (I detta fall hade en peruansk rebelledare – Victor Raúl de la Torre – som anklagats för att ha anstiftat ett militärt uppror, beviljats asyl vid den colombianska ambassaden i Lima. Peru och Colombia vände sig till Haagdomstolen som hade att ta ställning till huruvida Colombia hade rätt att bevilja asyl och huruvida de la Torre skulle överlämnas till peruanska myndigheter eller om han skulle få säker lejd ut ur landet. Med andra ord, vad som förhindrade förekomsten av en rättsrelevant praxis att ta form var inte det förhållandet att sedvanan inte upprepats utan att den inte ansågs vara enhetligt utformad.

I *North Sea Continental Shelf Case* från 1969 pekade domstolen på att en av förutsättningarna för att konstituera en sedvanerättslig regel måste vara att handlingarna ifråga måste "amount to a settled practice".[163]

159. ILA Report of the sixty-eight conference, Taipei 1998 s. 331; se även Mendelson, Formation of Customary International Law, 272 RdC, 1998, s. 211–212.

160. The Wimbledon Case, PCIJ Series A, No.1, s. 25.

161. The Asylum Case, ICJ Reports 1950, s. 276.

162. A a s. 266–289, s. 277.

163. The North Sea Continental Shelf Case, ICJ Reports, 1969 s. 77.

5.11.2 Praxis konsistens

Vissa författare i doktrinen hävdar att det inte endast räcker med enhetlighet. Sedvänjan måste också vara konsistent. Kunz skriver t.ex. att:

> The practice must have been continued and repeted without interruption of continuity.[164]

Andra författare som Akehurst hävdar däremot att:

> A small amount of inconsistency does not prevent the establishment of customary rules; practice must be virtually uniform, not absolutely uniform.[165]

Även Tunkin förefaller gå på denna linje när han säger:

> it would be more correct to say that very likely not a single customary norm of international law has come to light as a consequence of uninterrupted international practice.[166]

En bekräftelse på den senare skolans uppfattning återfinns i *Nicaragua Case* från 1986 där domstolen sade:

> The Court does not consider that, for a rule to be established as customary, the corresponding practice must be in absolutely rigorous conformity with the rule. In order to deduce the existence of customary rules, the Court deems it sufficient that the conduct of States should, in general, be consistent with such rules, and that instances of State conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule. If a State acts in a way prima facia incompatible with a recognized rule, but defends its conduct by appealing to exceptions or justifications contained within the rule itself, then whether or not the State's conduct is in fact justifiable on that basis, the significance of that attitude is to confirm rather than to weaken the rule.[167]

Bristande enhetlighet i den praxis som utformas (dvs. att ett större antal staters praxis går stick i stäv mot en viss norm) försvårar utvecklingen av att en ny sedvanerättslig regel tar form. Som domstolen också påpekade i *Nicaragua Case* är ett motsägelsefullt agerande från en stats sida i vad den säger och vad den gör avgörande så länge inte staten ifråga försöker förklara sitt motsägelsefulla agerande med att hävda att det är juridiskt försvarbart.[168]

ILA:s rapport följer i princip Akehursts uppfattning när den talar om att praxisutvecklingen i praktiken måste vara enhällig. ILA gör däremot ytter-

164. Kunz, The Nature of Customary International Law, 47 AJIL 1953, s. 666.
165. Akehurst, Custom as a Source of International Law, 47 BYBIL, 1974–1975, s. 20.
166. Tunkin, Theory of International Law, translated by Butler, London 1974, s. 115.
167. The Nicaragua Case, ICJ Reports 1986 s. 98.
168. ILA Report of the sixty-eight conference, Taipei, 1998 s. 331.

ligare en distinktion genom att klargöra att "[t]he practice must be consistent both internally and collectively".[169]

5.11.3 *Praxis upprepning*

Sörensen hävdade att ett handlingsmönster som var på väg att etableras krävde en viss upprepning under en viss tidsperiod.[170] Frågan kan därför också ställas om en viss frekvens krävs för att fast etablera en sedvanerättslig regel.[171] ILA talar i detta avseende om "the density of the practice (its uniformity, extent and representative character)".[172] Haagdomstolen har emellertid på senare tid inte angivit kriteriet frekvens som ett separat villkor för *usus* utan det förmodas redan vara uppfyllt genom att det är en "allmän praxis" som godtas och som implicit tangerar långvarighetskriteriet. Tidsfaktorn fastställer den tidsperiod som ett handlingsmönster måste finnas till för att det skall kunna konstituera rättsrelevant praxis. Ju aktivare och allmännare sedvanan anses vara, desto större sannolikhet finns för att en hög frekvens uppnås. Som ett resultat av detta skulle det knappast vara möjligt att endast med några enstaka staters handlingar vid några enstaka tillfällen etablera en ny sedvanerättslig regel.

5.12 Sedvänjans långvarighetskriterium – tidsfaktorn

Praxis måste enligt den traditionella uppfattningen ha existerat under en längre tid innan den slutligen kvalificerades till sedvanerätt. Suarez skriver t.ex. att "[s]some ancient writers demanded an immemorial length of time; but this opinion is without basis, and has been abandoned as obsolete ... ten years is held to be necessary and sufficient, ... ".[173]

Men det fanns de som hävdade att ännu mer tid behövdes för att sedvanerätt skulle etableras. Av den uppfattningen var den rumänske *ad hoc* domaren Negulesco. I en ofta citerad, avvikande mening i Permanenta domstolens rådgivande yttrande i *Jurisdiction of the Danube Commission Case* från 1927 hänvisade han till en "continous practice from time immemori-

169. A a s. 331.
170. Sorensen, Les Sources du droit international, Copenhagen 1946, 85 ff.
171. A a s. 46.
172. ILA Report of the sixty-eight conference, Taipei, 1998 s. 331.
173. Suárez, De Legibus, Ac Deo Legislatore, 1612, Kapitel XV, i The Classics of International Law, James Brown Scott (ed.), London 1944, s. 567

al".[174] ILC:s specielle rapportör Manley O. Hudson talade i ett tidigare nämnt arbetsutkast från 1950 om "continuation or repetition of the practice over a considerable period of time"[175].

Frågan man kan ställa sig är hur avgörande tidsrekvisitet är i dag och om det finns något minimum-kriterium som måste fastställas för att en sedvänja med hjälp av det subjektiva rekvisitet skall kvalificeras till sedvanerätt?

Med det internationella samhällets snabba utveckling kan det förefalla naturligt att tidsfaktorn som en komponent i den sedvanerättsliga processen inte alls är lika aktuellt nu som det var förr. De mellanstatliga relationerna kunde tidigare inte manifesteras så snabbt på grund av dåtidens långsammare tempo, tröga kommunikationer och teknik samt för att det mellanstatliga umgänget för det mesta skedde på bilateral nivå. Tidsrymden har således krympt. Sedvanerättens materiella element är i vissa fall inte längre i lika stort behov av tidkomponentens utslag. I the *Continental Shelf Cases* fastlade Haagdomstolen att "the passage of only a short period of time is not necessarily, or itself, a bar to the formation of a new rule of customary international law".[176] ICJ-domaren Sir Robert Jennings klargjorde detta i sin avvikande mening där han hävdade att den allt snabbare takten i kommunikationen mellan staterna hade medfört att tidsfaktorns betydelse reducerats och att den sedvanerättsliga processen således accelererats. Vad som förr krävde hundra år kräver numera mindre än tio år.[177] Baxter menade att tidsfaktorn som en separat komponent vid en sedvanerättslig utvärdering numera förefaller irrelevant. En ny sedvanerättsregel etableras enligt honom så fort den erhållit erforderlig acceptans.[178] Detta innebär implicit att det ofrånkomligen finns en begränsad tidsaspekt kvar som inte kan negligeras vid en sedvanerättslig utvärdering.

De flesta folkrättsjurister torde härvidlag vara överens om att tidsfaktorn numera är ett relativt begrepp i den sedvanerättsliga formbildningen.[179]

Villiger skriver att sedvanans enhetlighetskriterium måste ses mot bakgrund av den sedvanerättsliga processen i sin helhet.[180] För det första är tidskriteriet nödvändigt för att urskilja enhetlig från icke enhetlig stats-

174. PCIJ Series B, 1927, No. 14, s. 105.
175. YBILC 1950-II, s. 26.
176. North Sea Continental Shelf Cases, ICJ Reports 1969, s. 3 och 43.
177. A a s. 3 och 177.
178. Baxter, Treaties and Custom, 129 RdC, 1970, s. 25, 67; se även Tunkin, Theory of International Law, translated by Butler, London 1974, s. 114–115.
179. Villiger, Customary International Law and Treaties, The Hague 1997, s. 45.
180. A a s. 45.

praxis och gör det således möjligt för den sedvanerättsliga processen att etableras.[181] För det andra möjliggör rekvisitet också för de "speciellt berörda staterna" att reagera över den ifrågavarande sedvanan och samtidigt undersöka andra staters reaktioner på denna. Tidsfaktorn skapar utrymme som ger staterna en viss trygghet som de kan förlita sig på. Dessutom, omvandlas ett passivt handlande från en stats sida till "acquiesence" först efter det att en viss tid förflutit. För det tredje ger också kontinuitetskriteriet möjlighet att vid en sedvanerättslig utvärdering utröna huruvida en stat som följer ett visst handlingsmönster gör detta i en övertygelse om att handlingen ifråga är rättsligt bindande. I ljuset av det sagda förefaller det nödvändiga tidskriteriet vara beroende av i huvudsak enhetlighetskriteriet.[182] Med andra ord, skriver Villiger, kan man säga att ju färre stater som aktivt engageras i utformandet av en sedvänja och ju mer inkonsekvent handlingsmönstret är desto längre tid tar det att skapa en sedvanerättslig regel. Tidsfaktorn gör sig då hörd. Omvänt gäller, att ett aktivt och konsekvent handlingssätt från en förhållandevis stor – "representativ" – grupp stater påskyndar en norms tillblivelse efter en relativt kort tidsperiod.[183]

5.12.1 Tidsfaktorns reducering

I *Wimbledon Case* drogs slutsatsen att två fall var tillräckligt för att fastställa en sedvanerättslig regel. Domstolen har endast krävt "constant practice" och aldrig specificerat sedvanans tidsgräns. Ett tydligt uttalande gjordes i *North Sea Continental Shelf Case* på frågan huruvida artikel 6(2) i Kontinentalsockelkonventionen, elva år efter konventionens antagande, hade utformats till en sedvanerättslig norm. Där sade domstolen att:

> even without the passage of any considerable period of time, a very widespread and representative participation in the convention might suffice of itself...Although the passage of only a short period of time is not necessarily, or of itself, a bar to the formation of a new rule of customary law ... within the period in question, short though it might be, State practice ... should have been both extensive and virtually uniform.[184]

I överensstämmelse med detta fall förefaller de flesta folkrättsförfattare idag vara överens om att tidsfaktorn i den sedvanerättsliga processen är ett relativt kriterium och att en sedvana kan utformas och etableras under en relativt kort tidsperiod. De två klassiska och ständigt återkommande exem-

181. A a s. 46.
182. A a s. 46.
183. A a s. 46.
184. ICJ Report 1969, s. 42–43.

plen på detta är som tidigare nämnts den snabba utvecklingen av kontinentalsockeln – Truman-deklarationen från 1945 – och den likaså snabba utvecklingen av suveräniteten över staternas luftterritorium – Chicagokonventionerna från 1944. Anledningen till att tidsfaktorn kontinuerligt har minimerats beror dels, som tidigare antytts, på den teknologiska utvecklingen vilket gjort att kommunikationen mellan stater fungerar bättre och snabbare och dels på politisk-sociala förändringar. Förr var det internationella tempot betydligt långsammare än idag och den mellanstatliga dialogen fördes främst på bilateral nivå, vilket skapade en naturlig trögheten i systemet. Men även i dagens snabba kommunikationssamhälle är tidsfaktorn ofrånkomlig. I de fall det rör sig om en sedvanerätt som uppstår i enlighet med New Haven-skolans synsätt genom ett "claim"- och "response"- baserat beteende utgör tidsfaktorn en komponent. Regeringar behöver tid för att förankra och avge svar. I vilket fall som helst krävs en viss "dencity of practice" som Waldock uttryckt det[185] och som Haagdomstolen refererade till i *Asylum Case* 1950 som "a contstant and uniform usage".[186] Men som Mendelson konstaterar tar detta tid att bygga upp.[187]

5.12.2 FN:s inverkan

Inom FN-systemets ram ges de förhandlande staterna möjlighet att dels få information om ett utkast och dels nästan momentant reagera och kommentera utkast från andra berörda stater. Den talrika mängden uttalanden resulterar i en omsorgsfullt nedtecknad statspraxis som etablerats under en kort tidsperiod. En text som beretts på en diplomat- eller utskottskonferens, utgör i sig inte ett tillräckligt underlag för att etablera en internationell sedvanerättsregel.[188]

5.13 "Instant customary international law"?

Den *voluntaristiska* uppfattningen som i äldre tid främst företräddes av Triepel, Strupp, Anzelotti m.fl. och i modern tid av bl.a. Tunkin och Danielenko baserar den sedvanerättsliga bundenheten på uttryckliga eller tysta avtal – *pacita tacitum*. För dem spelade tidsfaktorn inte någon avgörande roll utan den sedvanerättsliga rättsbildningen och folkrättslig bunden-

185. Waldock, General Cource on PublicInternational Law, 106 RdC 1962, s. 44.
186. Asylum Case, ICJ Reports 1950, s. 266.
187. Mendelson, The Formation of Customary International Law, 272 RdC 1998, s. 211.
188. A a s. 46.

heten mellan stater uppstod i samband med att staterna avgivit sitt samtycke. Den allmänna folkrätten ansågs bindande även för de stater som inte angav något samtycke. Dessa stater ansågs, som tidigare nämnts, bundna genom "aquiescence".

En rådande uppfattning i doktrinen är numera att sedvanerättsliga regler kan skapas mycket snabbt. Vissa författare går till och med så långt att de hävdar att det under vissa omständigheter kan ske i det närmaste ögonblickligen.[189] Många författare har inspirerats av Haagdomstolens uttalande i det ovan citerade *North Sea Continental Shelf Case* där domstolen konstaterade att tidsfaktorn inte var en avgörande komponent i den sedvanerättsliga processens vardande.[190]

Bin Cheng kan sägas vara av denna minimalistiska uppfattning om tidsfaktorns influens när han presenterade konceptet "instant customary international law" i en omtalad och kontroversiell artikel från 1965. I artikeln är den sedvanerättsliga tidsfaktorn reducerad till ett minimum och sedvanerättens konstitutiva element utgörs av *opinio juris*.[191] Tidsfaktorn och sedvanerättens objektiva rekvisit är av underordnad betydelse för Cheng. Argumentet som presenteras av Cheng anses vara ett typiskt voluntaristiskt påstående där

> the possibility of international customary law without usage becomes obvious if it is remembered that in international society States are their own law-makers.[192]

Cheng syftade främst på den 1963 av generalförsamlingen antagna resolutionen om principer för yttre rymdens nyttjande, som han hävdade hade framkallat "instant customary international law".[193] Som även ILA och Institute of International Law konstaterat kan under vissa omständigheter staternas *opinio juris* liksom en gemensam deklaratorisk statspraxis manifesteras i generalförsamlingen vid ett och samma tillfälle. Med resolutioners hjälp kan det mycket väl gå att åstadkomma "instant customary international law".[194]

189. Cheng, United Nations Resolutions on Outer Space – "Instant" International Customary Law? 5 IJIL, 1965. Se t.ex. också Carr och Scott, Multilateral treaties and the environment: A case study in the formation of customary international law, 2 Denver Journal of International Law, vol. 27, s. 313–335.

190. North Sea Continental Shelf Case, ICJ Report 1969, s. 42–43. Se även avsnitt 5.12 ovan.

191. Cheng hävdar att "[w]here there is *opinio juris* there is a rule of customary international law" i "Instant" Customary International Law? 5 IJIL, 1955, s. 36

192. A a s. 37. Återtryckt i Cheng (ed.), International Law: Teaching and Practice, 1982, s. 203.

193. Resolution 1962 (XVIII) "Declaration of Legal Principles Governing Activities of States in the Exploration and the Use of Outer Space". Resolutionen antogs den 5 december 1963.

Kritik som riktas mot tidsfaktorns reducering har tidigare berörts i detta kapitel (5.9.2. och 5.10). Utöver denna kritik kan nämnas att tidsfaktorn spelar en roll då det i vanliga fall tar en viss tid att skapa ett sedvanerättsligt underlag till stöd för eller som opposition till en etablerad regel.[195]

5.14 Slutsatser

Avhandlingens andra och särskilda del har redogjort för sedvanerättens objektiva element. Detta element beskrivs ofta i doktrinen som en konkret handling till skillnad mot det subjektiva *opinio juris*-baserade elementets ospecifika karaktär. Uppfattningen att det objektiva elementet utgörs av en konkret handling återspeglar den restriktiva uppfattningen om vad som konstituerar rättsrelevant statspraxis. Denna uppfattning har emellertid modifierats såtillvida att det råder en förskjutning från den traditionella restriktiva uppfattningen till en mer generös uppfattning. Detta förklaras med att den mellanstatliga dialogen förändrats i förhållande till hur den fördes för bara några decennier sedan.

Inget gränsöverskridande tänkande förekommer när den restriktiva uppfattningen presenteras. Elementen är då separerade från varandra. Däremot attraheras båda elementens poler till varandra när den extensiva uppfattningen presenteras. Desto mer uttalad den extensiva uppfattningen är desto svårare är det att separera det ena elementet från det andra. Detta exemplifieras bäst med hänseende till "double counting"-problematiken som bl.a. berör enstaka resolutioner som antagits av generalförsamlingen.

Med tanke på hur svårt det är att göra en sedvanerättslig utvärdering går det inte att på förhand inta någon förutbestämd position om vad som konstituerar rättsrelevant statspraxis. För att en sedvanerättslig utvärdering skall bli adekvat måste därför alla optioner och möjligheter beaktas. Allt material som är adekvat för bedömningen blir således relevant vid en sådan utvärdering.

Interaktionen mellan traktater och sedvanerätt är total. Detta förklaras med att traktater och sedvanerätt är normativt likställda. En traktat kan påverka den sedvanerättsliga utvecklingen likväl som traktater kan kodifiera gällande sedvanerätt.

194. Se Bring, FN-stadgan och världspolitiken, andra upplagan, Stockholm 1997, s. 27–28; se även avhandlingsavsnitt 8.7; Schachter, International Law in Theory and Practice, Dordrecht, 1991, s. 88.

195. Akehurst, Custom as a Source of International Law, 47 BYBIL, 1974/1975, s. 15–16; Byers, Custom, Power and the Power of Rules, Cambridge, 1999, s. 160.

Traktaters innehåll kan transponeras, dvs. omvandlas till sedvanerätt. Detta innebär att tredje stat som ej är part i traktaten kan bindas av dess sedvanerättsliga principer. Detta gäller framför allt s.k. "law-making treaties" som reglerar generella och principiella områden inom folkrätten. Men en traktat kan aldrig i sig leda till att internationell sedvanerätt etableras. Traktatens innehåll måste tillämpas för att den skall etablera sedvanerätt.

Omvänt gäller förhållandet att en traktat kan påverkas av efterföljande sedvanerätt. Då traktatsparterna disponerar över avtalets innehåll är den praxis som parterna *inter se* bestämmer sig för att följa avgörande för traktatens utveckling. Om en ny begynnande sedvanerättslig praxis manifesteras utanför traktatregimens ram kan traktatsparterna bestämma sig för att följa denna sedvanerättsliga praxis. Denna praxis behöver inte vara sedvanerättslig utan det räcker om ett av sedvanerättens element gör sig gällande. I detta fall innebär det att om *usus* kan identifieras utanför traktatregimens ram kan denna utveckling också påverka det kontraktuella innehållet. Här måste dock traktatsparternas *opinio juris* gå att utläsa som en bekräftelse på att det är vad parterna avser. Om traktatsparterna applicerar sedvänjan som en giltig kontraktuell regel blir den endast bindande *inter partes*. Däremot blir regeln bindande för tredje stat efter det att den utanför trakatregimen konstituerats till sedvanerätt.

Kapitel 6 – Sedvanerättens subjektiva element

6.1 Introduktion

I slutet av förra kapitlet framgick hur pass nära knutet sedvanerättens objektiva rekvisit var med det subjektiva. I detta kapitel diskuteras sedvanerättens subjektiva *opinio juris*-baserade element. En fråga som ständigt figurerar i doktrinen är om detta element ensamt kan konstituera sedvanerätt och hur det förhåller sig till det objektiva elementet. Vissa författare i doktrinen är av den uppfattningen att det subjektiva rekvisitet på egen hand kan konstituera sedvanerätt, andra är det inte och Haagdomstolen hävdar ihärdigt att båda elementen måste finnas närvarande i den sedvanerättsliga processen. Kapitlet inleds därför med att behandla frågan om det skall till ett eller två element för att konstituera sedvanerätt. Därefter jämförs den voluntaristiska kontra den universella teorin i doktrinen. En historisk genomgång görs för att kartlägga uppfattningarna i doktrinen. Denna genomgång sträcker sig från den romerska rätten fram till dags dato. Därefter görs ett försök att förklara orsakerna till en eventuell positionsförskjutning från *usus* till *opinio juris*. Fortsättningsvis följer i ett delavsnitt en diskussion som berör *opinio juris*. Där diskuteras begreppets ursprung, olika teorier som förekommit i doktrinen presenteras, den kronologiska paradoxens dilemma diskuteras och hur man i teorin lyckats kringgå detta dilemma. I anslutning härtill undersöks om det är en viljeorienterad eller en *opinio juris*-baserad uppfattning som kan skönjas i Internationella domstolens praxis. Kapitlet avslutas med en presentation av Mendelsons teori som kan sägas vara en syntes eller en alternativ hypotes mellan den viljeinriktade och den *opinio juris*-baserade skolans uppfattning.

6.2 Allmänt

Inom den folkrättsliga doktrinen råder det ganska stor enighet om att den internationella sedvanerättens beståndsdelar utgörs av två element. Dels av det objektiva som konstitueras av statspraxis (*usus*) och dels av det subjektiva som bekräftar sedvänjan genom *opinio juris*-mekanismens inverkan. Elementen framgår av artikel 38 i Internationella domstolens stadga dels genom att den materiella hänvisningen görs till en "general praxis" och dels för att den subjektiva hänvisningen i artikeln återges som "accepted as law".

En majoritet av folkrättsförfattarna torde fortfarande vara av den uppfattningen att båda elementen är nödvändiga komponenter i den sedvanerättsliga processen.[1]

Däremot råder det som tidigare nämnts oenighet om hur det objektiva *usus*-elementet är beskaffat och vad som konstituerar rättsrelevant statspraxis (jfr kap. 5).

Det råder också oenighet om vad som utgör det s.k. subjektiva elementets natur och hur det förhåller sig till det materiella. Problemet accentueras i de fall då en rättsrelevant handling "dubbelräknas", dvs. samtidigt anses utgöra både sedvanerättens objektiva och dess subjektiva element.

I det föregående kapitlet studerades sedvanerättens objektiva element. Där konstaterades att detta består av statspraxis men att begreppet också inkluderar praxis från bl.a. internationella organisationer. En enhetlig och konsistent statspraxis sades utgöra sedvanerättens grundmateria.

Detta är emellertid inte tillräckligt för att kvalificera en sedvänja till sedvanerätt. Praxis kan ha inkorporerat sedvänjans egenskaper utan att för den del ge upphov till några rättsliga förpliktelser.[2] Detta är t.ex. fallet med ett handlingsmönster som grundas på moraliska värderingar eller sorterar in under det som benämns hövlighetspraxis (*courtoisie* som grundas på *comitas gentium*) och som inte leder till att någon rättslig förpliktelse uppstår.

I detta kapitel studeras sedvanerättens subjektiva element. Frågan som ställs är vad det subjektiva elementet egentligen är för något och om det går att fastställa – om inte uttryckligt – att en stat godtagit en allmän praxis såsom gällande rätt?

Brierly refererar t.ex. till att praxis som erkänns av staterna är obligatorisk och Hudson hänvisar till en, som tidigare nämnts, uppfattning om att sedvänjan är krävd av, eller i överensstämmelse med rådande folkrätt.[3]

1. Bernhardt, Custom and Treaty in the Law of the Sea, 205 RdC, 1987-V, s. 265.
2. Mendelson, The Formation of Customary International Law, 272 RdC 1998, s. 246.
3. Se avsnitt 3.5.4 ovan.

Hur har det som kallas för *opinio juris sive necessitatis* uppstått och kan sedvanerätt över huvud taget uppstå utan att sedvanerättens objektiva element görs gällande? I detta kapitel diskuteras bl.a. dessa frågor.

I avhandlingens inledande presentation konstaterades att sedvanerätten och dess kontroversiella subjektiva *opinio juris*-element från begynnelsen influerats av olika naturrättsliga uppfattningar. Detta fick direkta konsekvenser på begreppets definition.[4] Den positivistiska uppfattningens mer verklighetsanpassade inriktning vann däremot gehör under 1800-talet. Den såg till att den metafysiska naturrätten successivt undanträngdes och förklarade sedvanerätten med staternas egna identifierbara praxis. Någonstans mellan dessa poler, naturrätt och positivism[5], finner sedvanerättens subjektiva element även kallade "psykologiska elementet" – *opinio juris* – sin legitimitet. Något som, enligt Thirlway, är " ... the philosophers' stone which transmutes the inert mass of accumulated usage into the gold of binding legal rules ... ".[6] Andra folkrättsjurister har också tagit metaforer till hjälp för att beskriva den komplicerade process där en sedvänja övergår i en rättssedvänja. Så gör t.ex. professor Fisher Williams när han beskriver den rättsskapande processen vid vilken en rättssedvänja uppstår med "[t]he Rubicon which devides custom from law is crossed silently, unconsciously, and without proclamation".[7] Humpry Waldocs sammanfattning, där den sedvanerättsliga bildningsprocessen liknas vid ett "mystiskt fenomen", kan förefalla vara en korrekt iakttagelse.[8]

Metaforerna som avlöser varandra tydliggör emellertid svårigheterna med problemet att urskilja en sedvänja från en rättssedvänja. I vanliga ordalag beskrivs däremot problematiken bäst av den brittiske – tidigare ICJ-domaren – Robert Jennings som rent faktiskt konstaterar att "[i]n international law the question of whether a rule of customary law exists, and how customary law is made, tend in practice to coalesce".[9]

4. Danielenko, Law-Making in the International Community, Dordrecht 1993, s. 99.

5. Koskenniemi, From Apology to Utopia, Helsinki 1989, s. 350.

6. Se Thirlway, International Customary Law and Codification, Leiden 1972, s. 47, även citerat av Mendelson i The Subjective Element in Customary International Law, 66 BYIL, 1995, s. 177.

7. Williams, Aspects of Modern International Law, London 1939, s. 44; jfr även Starke som skriver att " ... 'custom' and 'usage' are often used interchangebly. Strictly speaking, there is a clear technical distinction between the two. Usage represents the twilight stage of custom. Custom begins where usage ends." i Introduction to International Law, London, ninth edition, 1984, s. 34; Corbett har en liknande metafor "Usage' becomes 'custom' just as footsteps across a common eventually becomes a 'path' emerges and yet it eventually does emerge and is recognized as such by everyone". Corbett, I, s. 5.

8. Waldock, General Cource on Public International Law, 106, RdC 1960, s. 41.

9. Jennings, What is International Law and How Do We Tell When We See It?, 37 PASIL, 1981, s. 59–88, s. 60.

6.3 Ett eller två element?

Ur en mångfald av uppfattningar om vilka de mekanismer är som styr den sedvanerättsliga bildningsprocessen kan ett antal förslag och tolkningar skönjas i den folkrättsliga doktrinen. Trots att sedvanerättens objektiva och subjektiva element funnits med som en naturlig förutsättning för tillämpningen av artikel 38(1)b har olika uppfattningar figurerat i doktrinen som pendlat mellan ett och två element.

Några påstår att sedvanerättens materiella element är tillräckligt för att konstituera sedvanerätt och att det subjektiva elementet således blir överflödigt medan andra påstår motsatsen. Internationella domstolen i Haag har inte gjort några anspelningar på detta tema utan har istället påpekat att båda elementen är nödvändiga för att konstituera sedvanerätt.

Således finns det uppfattningar i doktrinen som t.ex. förespråkas av professorerna Ago[10] och Cheng[11]. Dessa hävdar att endast *opinio juris* det subjektiva rekvisitet, är tillräckligt för att skapa sedvanerättsliga reglers bindande verkan när det rör sig om "dritto spontaneo" eller "instant customary international law" – omedelbar sedvanerätt.

En annan, diametralt motsatt uppfattning, som ursprungligen förespråkades av Strupp[12] och sedan av professorerna Kelsen,[13] Guggenheim[14] – som sedermera till viss utsträckning ändrade sig – och Koppelmanas[15] och i modernare tid av Haggenmacher, bygger på att man inte alls behöver beakta det subjektiva elementet – *opinio juris* – i den sedvanerättsliga processen. Sedvanerättsligt bindande verkan baseras i stället på väl vald och ackumulerad statspraxis vilket innebar att det endast är det objektiva rekvisitet som gör sig gällande i den sedvanerättsliga processen.[16] En uppfattning som idag inte är helt främmande för den brittiske professorn Maurice Mendelson som hävdar att:

10. Ago, Science juridique et droit international, RdC 1956-II, s. 849–955, speciellt s. 932 ff.

11. Cheng, United Nations Resolutions on Outer Space: "Instant" International Customary Law? IJIL 1965, s. 23 ff.

12. Strupp, Les Règles Générales du Droit de la Paix, 47 RdC, 1934, s. 299 ff.

13. Kelsen, Théorie du droit coutumier, RITD 1939, 253, s. 263.

14. Guggenheim, Les deux éléments de la coutume en droit international, i Les techniques et les principes du droit public: Etudes en honneur de G. Scelle (1950), vol. I, s. 257.

15. Kopelmanas, Custom as a Means of the Creation of International Law, 18 BYBIL, 1937, s. 127.

16. Haggenmacher, La Doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la cour international, RGDIP, 1986, s. 110, not 334; se även Thirlway, The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960–1989 (Part Two), 61 BYBIL 1990, s. 43.

> It will finally be submitted that (contrary to the prevailing belief) it is not an invariable requirement that the subjective element be present (in one or other of its forms) for a practice to constitute or reflect a rule of customary international law.[17]

Wolfke hävdar däremot att utan det materiella elementets närvaro skulle den internationella sedvanerätten uppenbarligen vara en namnförvrängning eftersom statspraxis " ... constitutes the main *differentia specifica* of that kind of international law". Å andra sidan kan en sedvänja utan det subjektiva elementets närvaro inte kvalificeras till sedvanerätt.[18]

6.4 Den voluntaristiska – kontra den universella – teorin

Vissa folkrättsjurister i doktrinen har ansett att sedvanerättens subjektiva rekvisit återspeglar en stats eller flera staters viljeyttringar (eng. will). Denna grupp vill grunda all folkrätt på staters samtycke – "consent" – och har försökt göra gällande att sedvanerättsliga reglers bindande verkan uppnås genom tysta överenskommelser mellan stater (några eller samtliga stater). Samtycket ges uttryckligt i traktater medan det uttrycks tyst i sedvanerätten.[19]

Detta är en ren konstruktion, hävdar emellertid Kelsen, som motiveras med en önskan om att försöka härleda den internationella rätten till staternas "fria vilja" och där igenom bibehålla idén om staternas oberoende. Detta innebär att staten inte kan göras till föremål för någon högre rättsordning som riskerar att begränsa statens frihet.[20]

Den s.k. voluntaristiska uppfattningen nådde sin kulmen under den positivistiska skolans storhetstid. Det var då som folkrätten fick en mer realistisk inriktning på bekostnad av att de naturrättsliga uppfattningarna undanträngdes för att ge plats åt den suveräna staten.[21] Rättens bindande kraft var statsviljeinriktad och grundades på samtycke.[22] Enkelt uttryckt grundas den voluntaristiska uppfattningen på att staterna på grund av sin oberoende ställning inte kan bindas till något som de inte uttryckligen samtyckt till.

17. Mendelson, The Subjective Element in Customary International Law, 66 BYIL 1995, s. 183–184 och s. 207.

18. Wolfke, Custom in Present International Law, Dordrecht 1993, s. 40–41.

19. Elias, The Nature of the Subjective Element in Customary International Law, 44 ICLQ 1995, s. 501 ff.

20. Kelsen, General Theory of Law and State, Cambridge, 1945, s. 351.

21. Mendelson, The Subjective Element in Customary International Law, 66 BYIL, 1995, s. 184 not 33, som hänvisar till Rousseaus *volonté général*.

22. Barberis, Reflexions sur la Coutume Internationale, 36 AFDI 1990, s. 12; se även Mendelson, The Formation of Customary International Law , 272 RdC, 1998, s. 254.

Andra grupper har däremot tillbakavisat denna uppfattning. För dem är det subjektiva rekvisitet mer en övertygelse (eng. belief) om sedvanans rättsliga eller obligatoriska karaktär: *opinio juris sive necessitatis*. Både den viljeorienterade, voluntaristiska uppfattningen och den övertygelsebaserade uppfattningen får ett starkt stöd i doktrinen och i Internationella domstolens praxis.[23]

I nästa avsnitt kommer den voluntaristiska uppfattningen mer ingående att studeras. En historisk tillbakablick kommer att göras för att i möjligaste mån förklara dess uppkomst och hur den influerat det folkrättsliga och sedvanerättsliga tänkandet under modern tid. För att förstå den voluntaristiska skolan måste först en kronologisk tillbakablick göras. Den leder till den kanoniska och romerska rätten där det av folket avgivna tysta samtyckets teori – *pactum tacitum* – var en förutsättning för sedvanerättsliga reglers bindande verkan.

6.4.1 *Sedvanerätten under den romerska rätten och framåt*

Uppfattningen om att sedvanerätten utgjordes av något slags tyst avtal hittar sitt ursprung i den romerska rätten som förblir grundmurad fram till början av 1800-talet. Det är genom Ulpianus (d. 228 f.kr.) som raderna "Custom is the tacit consent of the people, perceived by long-standing usage"[24] blir kända.[25] *Tacita civicum convention* "tysta avtal" som Hermogenianus uttryckte det (Dig. 1.3.35). I den romerska rätten fick sedvanerätten sin giltighet antingen genom samhällsmedlemmarna eller genom "prinsen" – suveränen – som i sin tur fick sin legitimitet ur den ur förnuftet härledda naturrätten (*naturalis ratio*)[26]. Folkets viljeyttringar manifesterades i skrivna ord genom lagstiftning sades det, medan sedvanerätten manifesterade den genom "*rebus ipsis et factis*".[27] Båda dessa lagstiftande metoder ansågs i praktiken vara normativt likställda. Termer som "voluntas" och

23. Mendelson, The Subjective Element in Customary International Law 66 BYIL, 1995, s. 180; se även Lobo De Souza, The Role of State Concent in the Customary Process, 44 ICLQ 1995, s. 521.

24. Tit. ex corpore Ulpiani 1, 4. " ... Mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus"; se Allen, Law in the Making, Oxford, 1958, s. 79; Walden, Subjective Ellement in the Formation of Customary International law, 12 IsLR 977 s. 344–367, 344; Lauterpacht, International Law, Collected Papers (ed. E. Lauterpacht), Cambridge 1970, s. 66 f.

25. Oppenheim, International Law, Vol. 1 (first edition 1905) s. 15 f; se även Strupp, Les règles générales du droit de la paix, 26 RdC, 1929-1, s. 67.

26. Guggenheim, Traité de Droit international public, Tome 1, 1967, s. 94.

27. Walden, The Subjective Element in the Formation of Customary International Law, 12 IsLR 1977, s. 345.

"consensus" användes mer eller mindre synonymt för att förbinda den lagstiftande verkan med folkviljan.[28]

Den kanoniska rätten under 1200-talet och civilisterna på 1300- och 1400-talen försökte vidareutveckla tankarna kring sedvanerättens uppkomst mer än vad den romerska rätten hade gjort. Kanonisterna uppehöll sig vid frågor om hur t.ex. det "tysta avtalet" manifesterades; huruvida kvalificerad eller enkel majoritet krävdes för att konstituera sedvanerättsliga reglers bindande verkan.[29] Det var främst genom Suárez kända verk *De Legibus ac Deo Legislatori* (1612) som tankarna kring sedvanerättens uppkomst förädlades.[30] Suárez gjorde iakttagelsen att uttrycket *jus gentium* hade två betydelser: dels en rätt gällande alla folk i deras inbördes relationer, dels en rätt som gällde mellan alla stater.[31] Suárez förde ett resonemang kring fyra centrala frågor som han ansåg utgjorde en förutsättning för att en sedvanerättslig regel skulle få bindande verkan. Många frågor kretsade kring det materiella elementet som redan behandlats i avhandlingens tidigare kapitel.

På den subjektiva sidan uppräknades fyra villkor: det första berörde majoritetens samtycke till den etablerade sedvanan,[32] det andra sedvanans antagna frivillighet,[33] det tredje rörde avsikten/viljan att skapa en sedvanerättslig regel[34] och det fjärde avsåg det tysta godkännandet av den härskande "prinsen".[35] Suárez syn på vad som konstituerade sedvanerättsliga reglers bindande verkan kan sammanfattas i två centrala punkter: 1. Sedvanan konstituerades av något slags tyst avtal. 2. En majoritetsuppfattning

28. A a s. 345. Även i D. 1.3.32.1. The Digest of Justinian, translated by Charles Henrey Monro, Cambridge University Press 1904.

29. Lambert, La Fonction du Droit Civil Comparé, Paris 1903, s. 125.

30. Guggenheimn Traité de Droit international public, Genève 1967, Vol 1, s 14 f.

31. Gihl, Huvudragen av den allmänna folkrätten, Stockholm 1956 s. 63. Se även Nussbaum, A Concise history of the Law of Nations, 1950, s. 64–72.

32. Suarez, De Legibus, Ac Deo Legislatore, 1612, i The Classics of International Law, James Brown Scott, (ed.), s. 527–528, " ...in every community the consent of the majority thereof is usually sufficient for the validity of its acts in matters where law has not made some special provision. Thus, in the case of a corporate body, the consent of the major part is held to be that of the whole body ... Therefore, in the present case, the custom of the greater part of the community is to be held as that of the whole community, and hence, this is sufficient".

33. A a s. 545 f. " ... the actions constituting a custom are of effect in the establishment of the custom only in so far as the consent of the people is manifested through them. But they cannot manifest that consent unless the acts are voluntary".

34. A a s. 564 f.

35. A a s 553 f., Se också Guggenheim, Contribution a l'histoire des sources du droit des gens, 94 RdC 1958-II, s. 41, och av samme författare, Traite de Droit international public, Tome I, Genève 1967, s. 96 f.

kunde binda övriga stater som inte samtyckt till den etablerade sedvanan – *tacitus consensus popularum*.[36]

Andra avsnitt i detta kapitel visar att den senare av dessa punkter är av särskilt intresse för den diskussion som aktualiserades under den period då sedvanerätten centrerades kring begreppet *jus gentium*. I det fallet kunde nämligen en sedvanerättslig majoritetsuppfattning inte binda övriga stater som inte samtyckt. En positionsförskjutning från en universell uppfattning vilken kännetecknade romersk och kanonisk rätt, förankrad i naturrätten, till en snävare partikulär syn på sedvanerätten genomdrevs under den historiska skolans inflytande. Den partikulära uppfattningen kännetecknades av att bara den sedvanerätt som stater genom tysta avtal accepterat erkändes.

Ett av huvudargumenten som den historiska skolan – positivismen – skulle komma att rikta mot den voluntaristiska doktrinen var att sedvanerätten kunde utgöras av en viljeyttrad lagstiftad handling som fann sin legitimitet i samhällsmedlemmarnas tysta överenskommelser. För den historiska skolan utgjorde sedvanerätten en spontant och omedvetet framkallad handling som på intet sätt kunde likställas med en initierad lagstiftningsprocess. Enligt denna uppfattning fann sedvanerätten sin legitimitet i "folksjälen" och trots anspråk på att vara vetenskapligt förankrad var den så nära knuten fiktionens värld man kunde komma.[37]

6.4.2 *Sedvanerätten under klassisk doktrin*

Den klassiska folkrättsdoktrinen karakteriseras av uppfattningen att det mellanstatliga umgänget reglerades av sedvanerätten. Däremot rådde det oenighet om huruvida det över huvud taget fanns någon positiv rätt. För Grotius gällde naturrätten såväl inom staterna som mellan staterna. Men mellan staterna gällde också *jus gentium* som han betraktade som positiv rätt baserad på artikulerad statspraxis. Vid sidan om den avsekulariserade naturrätten som successivt etablerades under 1600-talet fanns en rätt som framkallats genom mänskligt tänkande, *jus voluntarium*. Den motsvarar närmast vad som senare skulle kallas positiv rätt. Denna rätt bestod dels av *jus gentium*,[38] en för folket bindande och för alla stater gemensam sed-

36. Bos skriver: "According to Suarez in his De Legibus ac deo legislatore, two things were required for custom to exist, namly, consensus, being the sovereigns consent, and compliance with reason (ratio, i.e., God's will as reveiled to man".) I The Recognized Manifestations of International Law, 20 GYIL, 1977 s 26.

37. Gihl, Huvuddragen av den allmänna folkrätten, Stockholm 1956, s. 3. ff.

38. Om begreppet *jus gentuums* betydelse under romersk rätt, se Nussbaum, A Concise History of the Law of Nations, New York 1950, s. 19 ff.

vanerätt, och dels av varje särskild stats interna rätt, *jus civile*. Enligt Grotius vilade sedvanerätten på tysta avtal (*pacitum tacitum)*, vilket stämmer överens med den uppfattning som kännetecknade både romersk och kanonisk rätt.[39]

De flesta av dåtidens rättslärda delade uppfattningen att det mellanstatliga umgänget till övervägande del reglerades av sedvanerätten. Det man emellertid inte var på det klara med var om det över huvud taget fanns någon positiv rätt. För Samuel Pfufendorf fanns det t.ex. bara en naturrättslig uppfattning om sedvanerätten. För andra rättslärda under 1600-talet som t.ex. Christian Wolff[40] och Emer de Vattel[41] spelade sedvanerätten en underordnad roll men Vattel betonade staternas samtycke som en nödvändig förutsättning för att skapa folkrättslig bundenhet. För positivister som Zouche och Rachel utgjordes *jus gentium* av sedvanerätt och traktater.[42] För Bynkershoek och von Martens[43] var sedvanerätten däremot den internationella rättens centralaste källa.[44]

Oavsett om det rådde delade meningar om vilken vikt som skulle tillmätas sedvanerätten var alla tämligen överens om dess karakteristika. Det första var att sedvanerättens bindande verkan utgjordes av tysta avtal som slutits mellan stater och det andra att den endast band de stater som hade upptagit sedvanan i sin praxis.[45]

39. Guggenheim, Traité de Droit international public, Vol., 1, Genève 1967, s. 17 ff., och s. 96 ff.; Stromholm, Ratt Rättskällor och Rättstillampning En Lärobok i Allmän Rättslära, Tredje Upplagan, Stockholm, 1988, s. 200 ff.

40. Wolff, Jus Gentium Methodo Scientifica Petractatum, översatt av Drake, § 24 "The customary law of nations is so called, because it has been brought in by long usage and observed as law. It is also frequently called simply custom, in the native idiom das Herkommen [usage]. Since certain nations use it one with the other, the customary law of nations rests upon the tacit consent of the nations, or, if you prefer, upon a tacit stipulation, and it is evident that it is not universal, but a particular law, just as was the stipulative law". Se även Guggenheim, RdC 1958-2, s. 45 f. " ... la coutume n'est obligatoire que 'si elle est utile et raisonnable' ".

41. Vattel, The Law of Nations or the Principles of Natural Law, översatt av Fenwick, § 25 "Certain rules and customs, consecrated by long usage and observed by Nations as a sort of law, constitute the customary Law of Nations, or international custom. This law is founded upon a tacit consent, or rather upon a tacit agreement of the Nations which observe it. Hence it evidently binds only those Nations which have adopted it and is no more universal than the conventional law ".

42. Nussbaum, A Concise History of the Law of Nations, New York 1950, s. 123.

43. Von Martens, Summery of the Law of Nations, translated by William Cobbet, 1795, Introduction s. 3: "But on the other hand it is clear, that what is become a law between two or three, or even the majority, of the powers of Europe, either by treaty or from custom, can produce neither rights nor obligations among the others".

44. Nussbaum, A Concise History of the Law of Nations, New York 1950, s. 123.

45. Walden, The Subjective Element in the Formation of Customary International Law, 12 IsLR 1977, s. 347.

Således hävdade t.ex. Christian Wolff att sedvanerätten vilade på tysta överenskommelser eller antaganden och att det var uppenbart att den inte var universell utan partikulär.[46]

Vattel var av samma uppfattning och hävdade att den endast band de stater som antagit den och att den inte var mer universell än kontraktuell rätt.[47]

Von Martens var av samma uppfattning. Han underströk emellertid sedvanerättens partikulära karaktär genom att påpeka att den rätt som etablerats mellan några eller till och med en majoritet av Europas stater genom sedvanerätt eller ingåendet av en traktat inte skapade rättsliga förpliktelser för tredje stat.[48]

Till skillnad från den rådande uppfattningen under romersk och kanonisk rätt, tillika den av Suárez presenterade uppfattningen blir sedvanerätten nu partikulär dvs. den binder endast de stater som genom tysta överenskommelser givit sitt samtycke därtill.

Förskjutningen från sedvanerättens universellt bindande förmåga till en mer strikt partikulär karaktär förklaras kanske bäst av Rachel.

Rachel förklarar sedvanerättens partikulära karaktär genom att lägga tonvikten på staternas *"autonomia"* – oberoende – och *"autokratia"* – självstyre/suveränitet. Detta gav staterna möjlighet att själva verkställa lagar och förordningar. Anledningen till att sedvanerätten inte kunde likställas med en traditionellt lagstiftande metod som den skrivna rätten, var enligt Rachel, avsaknaden av ett överordnat verkställande organ inom den internationella rätten. Sedvanerätten kunde därför endast binda de stater som "tyst" deklarerat sitt samtycke därtill.[49]

Alltefter de naturrättsliga tankegångarna underminerades och de positivistiska tog överhand sökte man – kanske inte fullt så självklart och övertygande – omformulera naturrättsliga tankar med positivistisk slutledningsförmåga. Det blev därför nödvändigt att deklarera att den internationella rätten inte nödvändigtvis fann sin legitimitet i någon universell rättsordning. Av detta följde att sedvanerättsliga reglers bindande verkan antingen var begränsad och inte kunde binda samtliga stater – en partiku-

46. Jus Gentium Methodo Scientifica Petractatum, Vol II, översatt av Drake, New York 1995, s. 18, § 24.

47. The Law of Nations, or Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns, publicerad 1758. För Vattel bestod den positiva rätten av tre kategoriers rätt; (1) av en skriven rätt som utgjordes av uttryckliga överenskommelser, (2) "voluntary law" som baserades på presumerade överenskommelser och (3) sedvanerätten som baserades på tysta överenskommelser.

48. von Martens, Summery of the Law of Nations i translated by William Corbet, 1795.

49. Rachel, Dissertations on The Law of Nature and of Nations (Translated by J.P. Bate, Washington, 1916) vol. 2, s. 157 ff.

lär syn – eller att just det omvända förhållandet var möjligt, nämligen att försöka hitta en formel som kunde binda samtliga stater.

I det första skedet, har, som redan nämnts, den klassiska doktrinen gjort en partikulär tolkning men den tidigare, universella uppfattningen, är den som influerat den moderna doktrinen mest och som har flest anhängare. Detta förutsätter att det är fråga om allmän folkrätt/sedvanerätt som därmed binder *erga omnes* med det undantag som tidigare nämnts, avseende de stater som agerar som "persistent objectors".

Som även van Hoof noterat, bär numera den förhärskande uppfattningen spår av naturrättsliga drag.[50] Walden har pekat på att de klassiska folkrättsförfattarna i doktrinen var överens om att en sedvanerättslig regel endast band de stater som samtyckt eller godtagit sedvanan i sin praxis. Enligt Walden borde några av dem ha anammat uppfattningen att en sedvanerättslig regel som godtagits av en majoritet stater även hade förmåga att binda en minoritet som inte samtyckt vilket förespråkades av Suárez och även varit den förhärskande uppfattningen under romersk och kanonisk rätt. Ingen gjorde det, inte ens Suárez då han diskuterade *jus gentiums* natur, avslutar Walden.[51]

Förklaringen torde ligga i att det nationella rättssystemets vertikala struktur, till skil nad för det internationella samfundets horisontella struktur, har verkstäl ande organ till sitt förfogande. Således kunde sedvanerätten inomstatligt uppfattas som en rättsbildande – konstitutiv – metod som stod i paritet med den skrivna rätten. Den internationella rättens bristfälliga struktur – a vsaknaden av verkställande organ – gjorde därför att sedvanerätten endast kunde binda dem som tyst samtyckt i begränsad utsträckning.

6.4.3 *Voluntaristiska tankegångar under 1900-talet*

Försöken att förklara folkrättens bindande verkan med hjälp av en strikt vetenskaplig metod karakteriserar den folkrättsliga doktrinen i början av 1900-talet. Mar försökte fylla en lucka eller finna ett substitut till naturrättens bindande förmåga inom den internationella rätten. Detta ville man uppnå utan att behöva tillgripa naturrättsligt tänkande eller uppseendeväckande teorier.[52] Man lyckades emellertid inte alltid slita sig från natur-

50. van Hoof, Rethinking the Sources of International Law, Deventer, 1983, s. 106.

51. Walden, The Subjective Element in the Formation of Customary International Law, 12 IsLR 1977, s. 347.

52. Nussbaum, A Concise History of The Law of Nations, New York, 1950, s. 281.

rättsligt tänkande och teorierna förblev ofta komplicerade och ovetenskapliga.

Den tyske professorn Jellinek försökte i slutet av 1800-talet förklara den folkrättsliga bundenheten genom att grunda den på en hypotes om staternas "auto-limitation" eller självbindning.[53] Staterna kunde bara förpliktas att följa de internationella reglerna om de först hade kommit överens om en sådan förpliktelse. Jelliniks hypotes förkastades däremot eftersom den förpliktelse som härleddes ur "auto-limitationen" inte blev något annat än en skenförpliktelse.[54]

Andra uppfattningar, som haft stort inflytande på detta århundrade, är de som förespråkats t.ex. av Triepel och Strupp. Deras teorier kan inte längre anses vara särskilt inflytelserika men är intressanta eftersom de påverkat doktrinen avseende den sedvanerättsliga teoribildningen. Som ett led i den argumentation som här förs kommer därför dessa båda förespråkares teorier att undersökas.

Triepel försökte fastställa folkrättens bindande verkan genom att härleda dess grundval i något slags överstatlig vilja som numera anses tangera mystikens och fiktionens värld. Austin som inte lyckats influera Triepel hävdade som tidigare nämnts att det inte fanns någon internationell rätt över huvud taget och då inte heller någon överstatlig vilja. Han försvarade sin tes med att det mellanstatliga umgänget reglerades av utomrättsliga regler – "positiv moral".[55] Triepel vidhöll däremot sin uppfattning och hävdade att en överstatlig vilja under vissa omständigheter kunde uppstå och att det var ur denna vilja som folkrättens regler kunde härledas. Triepel grundade sitt antagande på att alla rättsregler är uttryck för statsviljan. För att den internationella rätten skulle förplikta flera stater krävdes att en gemensam överordnad vilja sammanfördes till något som Triepel – som låtit sig inspireras av Bergbohm[56] – kallade för "Vereinbarung". Det var en förening av ett större eller mindre antal staters viljor – *traité-loi* – och grunden till folkrättens bindande kraft.[57] Enligt Triepel var detta den enda folkrättsliga källan som utgjordes av objektiv rätt.

53. A a s. 281; Jellinek, Die rechtliche Natur der Staatsverträge (1890).

54. Gihl, Internationell Lagstiftning, Uppsala 1938, s. 7, av samme författare Huvuddragen av den almänna folkrätten, Stockholm 1956, s. 6; Nussbaum, A Concise History of the Law of Nations, New York, 1950, s. 281; Friedmann, Legal Theory, fifth edition, London 1967, s. 574 ff.; Shaw, International Law, third edition, Cambridge 1995, s. 9 ff.

55. Austin, The Province of Jurisprudence Determined 201 (Weidenfeld & Nicolson 1954) (1832) "The duties which [international law] imposes ... are enforced by moral sanction".

56. Bergbohm, Statsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts, (1877).

57. Triepel, Les rapports entre le droit interne et le droit international, RdC 1923-I, s. 83. Ett vertrag – traité-contract – kunde också uppstå mellan parter och avsåg ett mer kontraktsliknande traktat mellan parter, Friedmann, Legal Theory, femte upplagan, London 1967, s. 575.

Det som i Triepels tes förefaller vara omöjligt att förstå är att det s.k. "Vereinbarung" skulle kunna ge upphov till en ny vilja, som antyder förekomsten av en juridisk person.[58] Triepel baserade, precis som föregångarna hade gjort, sin uppfattning på att den internationella sedvanerätten tillkommit genom avtal som slutits genom tysta överenskommelser.[59] Ett "Vereinbarung" kunde antingen ingås formellt vilket resulterade i att en traktat slöts mellan stater eller så kunde man ur staternas beslutsamma handlande utläsa att de önskade vara bundna av vissa normer. Detta var en s.k. tyst deklaration av en viljeyttring. Den internationella sedvanerätten blir också för Triepel partikulär, dvs. bindande endast för de stater som deklarerat sitt samtycke i "tysta överenskommelser". Triepel hävdade att en stor del av den internationella sedvanerätten hade uppstått på detta sätt.[60]

Triepels teori är diffus och förklarar inte på något sätt hur en sedvanerättslig regel uppkommer och resonemanget avseende "Vereinbarung" bygger på abstrakta spekulationer. Triepels lära vann emellertid betydande respekt inom doktrinen. Uppfattningen att de folkrättsliga reglerna vilade på "staternas tysta samtycke" eller överenskommelser mellan stater var utmärkande för den positivistiska uppfattningen som på det hela taget karakteriserade folkrättsdoktrinen under senare delen av 1800-talet och ungefär fram till första världskrigets utbrott.[61]

Strupp som låtit sig influeras av Rachel, hävdade att folkrättens verkliga källa utgjordes av avtal. Det baserade han på den allmängiltiga principen om att avtal skall hållas, *pacta sunt servanda*. Av den anledningen behövde sedvanerättens bindande verkan inte söka sin grundval i något slags överstatlig vilja.[62] För Strupp var emellertid den internationella rättens fundament baserat på en förjuridisk norm[63] som sade att rättsregler skulle åtlydas och att avtal skulle hållas. Sedvanerätten konstitueras genom en serie upprepade handlingar som gjordes i övertygelse om – "la conviction" – att dessa är rättsligt bindande.[64] Strupps teori innebär i korthet att sedvane-

58. Strupp, Regles générales du droit de la Paix, 47 RdC, 1934-I, s. 291, "... d'une *nouvelle* volanté impliquant une *personne juridique* qui en soit douée".

59. Triepel, Les rapports entre le droit interne et le droit international, RdC, 1923-1, s. 73–121, se speciellt s. 82–83.

60. A a s. 83.

61. Gihl, Huvuddragen av den allmänna folkrätten, Stockholm 1956, s. 8.

62. Strupp, Les règles générales du droit de la paix, 47 RdC 1934-I, s. 301, [c]ar si les Etats sont égaux entre eux et s'il n'existe pas de supérieur leur dictant ses lois, pas de povoir majoritaire non plus, on ne peut parvenir qu'à la conclusion: *pas de droit international sans des volontés concordantes, sans un traité* ".

63. A a s. 300, " ... il faut admettre que *le fondament du droit international est préjuridique*".

64. A a s. 302.

rättens *usus*-moment inte behöver ge sig till känna i den sedvanerättsliga processen. *Usus*-momentet vittnar i bästa fall om en sedvanerättsregels existens. Detta argument är mer eller mindre förklätt i den komplicerade roll som det sedvanerättsliga *usus*-momentet intar i Strupps teori. Strupp drar slutsatsen att en stat redan bundit sin praxis vid något tidigare tillfälle. Med andra ord är det genom *usus*-momentets konstitutiva karaktär som *opinio juris* bekräftas.[65] *Opinio juris* existerar på förhand och är som sådant oidentifierbart.

Strupps teori innehåller en stor portion fiktion som karakteriserar den skola som han hörde hemma i och som betecknades som extremt positivistisk. Denna skola härleder de internationella rättsreglerna ur statsviljan och anser att internationell rätt utgörs av överenskommelser mellan stater. Strupp försöker genom en deduktiv metod tränga in i problematikens snårskog, där stigarna är otydliga och rent av omöjliga att följa.[66]

Tunkins teori[67] har också spelat en viktig roll i den debatt som påverkat den sedvanerättsliga utvecklingen. Teorin var fram till Berlinmurens fall – 1989 – intressant eftersom den ansågs företräda den officiella sovjetiska synen på sedvanerätten. Tunkins och Strupps teorier påminner om varandra – må vara att Tunkin inte går lika grundligt tillväga i sin analys som Strupp gör.

För Tunkin som lierar sig till den voluntaristiska[68] uppfattningen skapas sedvanerättslig bundenhet när stater uppfattar en internationell sedvänja som rättsligt bindande. Det vill säga när en stat uppfattar en sedvänja som en folkrättsligt bindande handling eller då den erkänner en sedvanerättsregel som en internationell rättslig norm.[69] Enligt Tunkin utgör denna definition "bevis" för en allmän praxis som godtas såsom gällande rätt i enlighet med ordalydelsen i artikel 38(b) i Internationella domstolens stadga.

Tunkin övergår sedan till att förklara vad han menar med "recognition of a rule as a norm of international law". Innebörden av detta är att en stat uppfattar sig som bunden gentemot andra stater och att den anser sig ha rätt att kräva att andra stater efterlever regeln. Tunkin drar sedan slutsat-

65. van Hoof, Rethinking the Sources of International Law, Deventer, 1983, s. 86.

66. För en grundlig genomgång av Strupps teori, se Walden i The Subjective Element in the Formation of Customary International Law, 12 Is.L.R., s. 350–354.

67. Se Tunkin, Theory of International Law, translated by Butler, London, 1974.

68. Tunkin, Co-existence and International Law, 95 RdC 1958-III, vol 95, s. 14. Denna uppfattning kommer tydligast till uttryck i följande rader "If a customary norm of international law is produced by agreement between States and therefore there is an expression of wills of State, the sphere of validity of a customary norm is confined to relations of those States which recognize this norm as a norm of law, i.e. which are parties to a tacit agreement".

69. A a s. 117–118.

sen att en stat i förhållande till andra stater binds till en sedvanerättslig regel endast om de har accepterat samma regel. I ordets strikta mening bör den sedvanerättsliga bundenheten beaktas som en kontraktuell regel och hela Tunkins tes bekräftas genom följande mening:

> [c]onsequently, the essence of the process of creating a norm of international law by mens of custom consists of agreement between states, which in this case is tacit, and not clearly expressed, as in a treaty.[70]

En konsekvens av Tunkins resonemang är att han tar avstånd från uppfattningen att en sedvanerättslig regel kan binda nya stater utan att dessa behöver avge sitt samtycke därtill. En sådan uppfattning, hävdade han, skulle strida mot grundläggande folkrättsliga principer. Enligt Tunkin kan allmän folkrätt endast uppstå då stater som tillhör samma sociala system accepterar detta.

Wolfke[71] och Danielenko förefaller också förespråka den så kallade voluntaristiska uppfattningen. Den tysta överenskommelsens teori framkommer tydligt i Danielenkos rader där han skriver att:

> It is often claimed that custom is not a tacit treaty... However, from a broad theoretical perspective there is no ground to reject the notion of agreement in relation to custom simply because it is also applied with respect to teraties.[72]

Tunkin hävdar avslutningsvis att om ett stort antal stater tillkännager en internationell norm kan detta utgöra grunden för att den skall presumeras ha blivit allmänt accepterad. Men detta sker bara, som han skriver, "as a presumtion, and not a final conclusion".[73]

6.4.4 *Det tysta avtalets teori och dess kritik*

Fördelen med den voluntaristiska uppfattningen är att den erkänner sedvanerättens konstitutiva – rättsskapande – egenskaper. Svagheten i resonemanget anses emellertid vara att den inte accepterar att en stat som inte avgivit något samtycke därtill inte kan förbindas folkrättsligt.[74] Som tidigare

70. A a s. 124, se även Tomuschat, Obligations Arising for States Without or Against Their Will. 241 RdC 1993-IV, s. 283.

71. Wolfke, Custom in Present International Law, Wroclaw, 1964, förefaller att likställa *opinio juris* med "will", s. 50, se även av samme författare Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law, 24 NYIL, 1993, s. 5.

72. Danielenko, Law-Making in the International Community, Dordrecht 1993, s. 118–119, se aven av samme författare, The Theory of International Law, 31 GYBIL, 1988, s. 13 ff. och Alvares referat av Danielenkos bok Law-Making in the International Community, i Positivism Regained Nihilism Posponed, 15 MJIL No. 3, 1994, s. 747–784.

73. Tunkin, Theory of International Law (translated by Butler) London, 1974, 129.

74. Akehurst, Modern Introduction to International Law, (P. Malanczuk, ed.), London, 1997, s. 47.

nämnts stod Strupp och Tunkin för denna uppfattning. Den går däremot stick i stäv mot den allmänt rådande uppfattningen som de flesta av dagens folkrättsjurister står för.[75] Detta synsätt förefaller vara en uppfattning som också delas av de nya staterna som upptagits i det internationella samfundet. Nya stater som konfronteras med redan etablerade sedvanerättsliga regler är ett ofta förekommande exempel på hur stater kan bindas till allmänna folkrättsliga regler utan att de avgivit sitt samtycke till det (se 4.5). Det vill säga i praktiken träder de in i den folkrättsliga gemenskapen och då accepterar de också den förevarande rättsordningen som gäller.[76] Waldock menar att:

> The generally held view on the point undoubtedly is that *established* customary rules do automatically extend the ambit of their operation to a new-born State. Nor has any State ever argued before the Court that it was exempt from a general customary rule simply because it was a new State that objected that rule. In *the Right of the Passage case*, for example, it never occured to India to meet Portugal's contention as to a general customary right of passage to enclaves by saying that she was a new State; nor did Poland, new-born after the First World War ever make such claim in any of her many cases before the Permanent Court.[77]

Detta kan tolkas på två sätt, antingen anses den nya staten avge ett implicit/underförstått godkännande som binder den till folkrätten eller också, om staten inte gör klart att den anser sig bunden, blir den trots detta bunden utan att behöva avge något godkännande därtill. Detta förefaller vara en realistisk uppfattning eftersom en ny stat inte i detalj granskar varje regel den är i färd med att acceptera utan snarare accepterar detta tillvägagångssätt *en bloc* som ligger till grund för normers tillblivelse.

Ett annat exempel på att stater kan bindas till redan existerande sedvanerättslig regel utan att de behöver avge något godkännande därtill är när en stat för första gången faller in under en ny norms tillämpningsområde som den inte berörts av tidigare. Ett exempel på detta ges av Kelsen där en kustlös stat genom en traktat förvärvar ett nytt territorium som förbinder den gamla territorialgränsen med den nya strandkanten. Denna stat blir då bunden av de sedvanerättsregler som gäller för havsrätten utan att för den delen aktivt ha kunnat deltaga i eller påverka rättsutvecklingen inom det aktuella området.[78]

75. Se Mendelson i ASIL/NVIR Proceedings, 1995; Akehurst Modern Introduction to International Law, seventh edition (Malanczuk ed.), London, 1997, s. 46 ff.

76. Se dock avhandlingsavsnitt 4.5.

77. Waldock, General Cource on Public International Law, 106 RdC, 1962-II, s. 52.

78. Kelsen, Principles of International Law, New York, 1952, s. 312.

6.5 Från *usus* till *opinio juris*

En majoriteten av författarna i doktrinen torde emellertid vara av den uppfattningen att strukturförändringarna i det internationella umgänget för sedvanerättens del inneburit en positionsförskjutning från *usus* till *opinio juris*.[79] Detta borde i princip innebära att det är lättare att fastställa när en sedvanerättsregel uppstår. Denna förskjutning kan också utläsas i en jämförelse mellan äldre och nyare folkrättsdoktrin där den senare förefaller vara mer flexibel såtillvida att den inte längre gör en lika tydlig åtskillnad mellan det objektiva – formalistiska – och subjektiva – formlösa – rekvisitet.

Om en allmän *opinio juris* klart kan utläsas behövs ingen sedvana i form av en enhetligt presenterad handling. Omvänt skulle man kunna hävda att förekomsten av en enhetlig praxis minskar behovet av en klart identifierad *opino juris*. Det är som tidigare nämnts i detta arbete ofta svårt att fastställa när det subjektiva ögonblicket inträffar. Alf Ross har påpekat att detta emellertid inte spelar någon större roll i praktiken eftersom "as a rule the subjective background will be sufficiently clearly reflected in the objective situation".[80] Positionsförskjutningen återspeglar en attitydförändring hos det internationella samfundet som resulterat i att det nödvändiga objektiva, materiella underlaget för en sedvanerättslig utvärdering inte längre anses vara lika högt prioriterat som uppbyggandet av ett politiskt incitament som reflekterar statssamfundets övertygelse.[81] Detta förklarar Dupuy med att:

> The factual and consentient elements in the formation of custom assume different proportions depending on the milieu, the time and the interests concerned. As a result, there exists a continous tension between facts and consciousness. In the case of classical custom, the multiplication of facts leads to a growth in juridical consciousness in an existential process in which existence precedes essence, termed after the fact as law. Converesly, revisionist or revolutionary custom involves the factual projection of the political will.[82]

79. Se R-J Dupuy, Declaratory Law and Programmatory Law: From Revolutionary Custom to "Soft Law", i den av Akkerman et al., utgivna Liber Röling, Declarations on Principles: A Quest for Universal Peace, Leyden 1977, s. 247–257.

80. Ross, A Textbook of International Law, London 1947, s. 89. Se även de Visscher, Theory and Reality in Public International Law, Princeton 1968, s. 442 not 23; Wolfke, Custom in Present International Law, Wroclaw 1964, s. 70.; Séfériadès, Apercus sur la coutume juridique internationale et notamment sur son fondement, 43 RGDIP 1936, s 144 f.

81. R-J, Dupuy, Declaratory Law and Programmatory Law: From Revolutionary Custom to "Soft Law", i den av Akkerman, utgivna Liber Röling, Declarations on Principles: A Quest for Universal Peace, Leyden 1977, s. 247–257.

82. A a s. 249.

Artikel 38 i Internationella domstolens stadga indikerar icke desto mindre att sedvanerättens båda element, det objektiva *usus* och det subjektiva *opinio juris* är beroende av varandra, och att båda därför måste närvara för att en sedvanerättslig regel skall uppstå. Rent praktiskt är det emellertid, som tidigare visats, svårt att i vissa situationer separera det ena elementet från det andra.[83] Trots detta förefaller en i teorin separat behandling av de sedvanerättsliga elementen återspegla det verkliga händelseförloppet.[84]

Det är svårt att bevisa när det subjektiva momentet inträffar och det är endast möjligt att påvisa på empirisk väg. Sedvanerättens subjektiva rekvisit utvärderas därför i praktiken akademiskt, vid ett senare tillfälle – som är avskilt från händelsernas centrum – och som bedöms av externa aktörer.[85]

Briggs konstaterar att fastän *opiono juris* skapat större problem i teorin än i praktiken[86] har svårigheterna som uppstått i teorin varit kolossalt stora.[87]

Vissa författare i doktrinen påstår som redan nämnts, att både konkreta statsakter och uttalanden konstituerar rättsrelevant statspraxis. Det kan då vara svårt att urskilja om det är *usus* eller *opinio juris* som görs gällande i en given situation. En sådan utgångspunkt ger vid handen att det enda beviset man har på att *opinio juris* görs gällande är att det reflekteras genom en etablerad statspraxis. Inte desto mindre hävdar Byers att:

> a separate element of *opinio juris*, or something akin to *opinio juris*, is still needed to distinguish legally relevant from irrelevant State practice and to transform that practice into customary rules.[88]

6.6 *Opinio juris*

Fram till 1900-talets början vilade den sedvanerättsliga rättsbildningen på tysta avtal som slutits mellan stater.

83. Haggenmacher, La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la cour internationale, 90 RGDIP s. 114; Stern, La coutume au coeur du droit international quelques réflexions, Mélanges offerts à Paul Reuter: le droit international, unité et diversité, Paris, 1981, s. 482 f.

84. Wolfke, Some Persitent Controversies Regarding Customary International Law, 24 NYBIL 1, 1993, s. 3.

85. A. a s. 3

86. Briggs, Colombian–Peruvian Asyluma Case and Proof of Customary International Law, 45 AJIL, 1951, s. 730.

87. MacGibbon, Customary International Law and Acquiescence, 33 BYBIL, 1958, s. 125.

88. Byers, Custom, Power and the Power of Rules, Cambridge, 1999, s. 136 ff.

Den historiska skolan som uppfattade rätten som ett utflöde av varje stats kollektiva rättsmedvetande "Volkgeist" – folksjäl – var kritisk till den förhärskande uppfattningen om att rätten fann sin legitimitet i statsviljan. De hävdade att rätten var en spontant och naturligt framkallad produkt av folksjälen, inte en viljeyttrad handling. Som en konsekvens av denna teori kunde sedvanerättens bindande kraft inte baseras på tysta överenskommelser, eftersom samtycke (consensus) var synonymt med vilja (voluntas).[89] Det tysta avtalets teori ersattes därför med begreppet Rechtsubertzeugung (rättsövertygelse) eller *opinio juris*. Wolfke uttrycker samma sak på följande sätt:

> This historical school based the concept of law on the 'spirit of nations' *(Volkgeist)* and considered *opinio juris sive necessitatis* as requiring that practice should be an expression of the 'legal conscience of the nation' *(Volksubertzeugung)*.[90]

Det subjektiva rekvisitet grundade sedvanans rättsliga eller obligatoriska karaktär på en övertygelsebaserad uppfattning (eng. belief) dvs. att statspraxis kunde ge upphov till en rättssedvänja bara om den efterföljdes av en övertygelse om att handlingen i fråga var rättsligt bindande. Sedvanerätten förblev i den definitionen endast deklaratorisk.

Distinktionen mellan den voluntaristiska uppfattningen och den *opinio juris*-baserade uppfattningen gav möjlighet att urskilja en sedvänja från en rättsedvänja, en social vana eller *une courtoise*. Detta supplement kan ses som ett stort genombrott för folkrätten men är inte tillräckligt för att förklarar hur sedvanerätt uppstår. Definitionen hade en svaghet då den inte lyckades förklara sedvanerättens konstitutiva verkan. Såsom begreppet definierades i *North Sea Continental Shelf Case* innebar det att det rörde sig om en praxis som redan var gällande rätt. Detta skapade problem i doktrinen dels för att definitionen ansågs vara en naturrättsligt lierad anspelning och dels för att sedvanerätten förblev deklaratorisk. Samma paradox uppstår i förhållande till en efterföljande sedvänja som står i konflikt med en tidigare antagen traktat. Statspraxis som är oförenlig med en traktattext förmodas skapa ny rätt genom en serie traktatsbrott. I praktiken skulle däremot en stats agerande *contra legem* innebära att agerandet skulle förmodas vara rättsligt krävt.

Det kan vara lämpligt att närmare studera begreppets ursprung innan en studie av doktrinen görs.

89. Walden, The subjective element in the formation of customary international law, 12 IsLR, 1977, s. 357 f.

90. Wolfke, Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law, 24 NYIL 1, 1993, s. 5.

6.6.1 *Opinio juris – dess ursprung*

Enligt Guggenheim kan *opinio juris* ursprung spåras till den historiska skolan i Tyskland "[c]'est en effet le mérite de cette école, comme le déclare Gény, d'avoir compris l'insuffisance des théories jusqu'alors dominantes, relatives à la coutume et, pour leur faire échec, d'avoir su creuser plus profondément".[91] Men det är framför allt under inflytandet av Savigny och särskilt Puchta som tanken utvecklas om att inte endast en upprepad handling utgör sedvanerättens konstitutiva elementet utan att man som sådant också skall beakta *opinio juris*.[92]

Något som få jurister verkar känna till är att det alltså är fransmannen François Gény som 1919 i en privaträttslig monografi betitlad *Methode d'Interpretation Et Sources En Droit Privé Positif*, myntar begreppet *opinio juris*.[93] Där beskrivs sedvanans två element med

> a material one – the long and constant usage; and a psychological one – the conviction about a legal sanction which specifies and qualifies a usage as a binding custom.[94]

Enligt Guggenheim hittar man den första beskrivningen av sedvanerättens subjektiva rekvisit hos Alphonse Rivier som mycket väl stämmer överens med ett trevande försök att definiera det som senare skulle benämnas *opinio juris* "[l]a coutume ou l'usage des nations est la manifestation de la conscience juridique internationale qui s'opère par des faits répétes continuellement avec la conscience de leur nécessité."[95]

Anthony D'Amato[96] noterar mycket riktigt att Alphonse Pillet fem år innan Génys citerade verk, gör en koppling mellan "custom and courtesy" – *usus* och hövlighetspraxis.[97] Pillet skriver "[l]es usages ont fréquemment

91. Guggenheim, Contribution a l'histoire des sources du droit des gens, 94 RdC 1958-II, s. 52 ff.

92. A a s. 52..

93. Geny, Methode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif, second edition, Paris, 1954, s. 252, även i Hommage d'une Génération de Juristes au Président Basdevant, 1960, s. 259 och i Traité de Droit International Public, Tome I, 1967, s. 102. Se även Benson, Francois Gény's Doctrine of Customary Law, 20 CanYIL, 1982, s. 267–281.

94. Geny, Methode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif, second edition, Paris, 1954, s. 243. Gény gör i en fotnot klart att hans studie inte berör den internationella rätten, s. 225 not 376.

95. Citatet är hamtat från Guggenhims Contribution a l'histoire des sources du droit des gens, 94 RdC, 1958-II s. 53. Not. 3, hänvisar till Rivier, Principes du droit des gens, 1896, I, s. 35.

96. Anthony D'Amato, The Concept of Custom in International Law, Ithaca, 1971, s. 48–49. D'Amato skriver också "An intellectual historian of international law could find an antecedent of Gény's view in the writings of Suarez in 1612" i International Law Anthology, Anderson Publishing Company, 1994, s. 62, not 32.

97. A a s. 48–49.

pour but de donner plus de consistance et de certitude aux exigences de la courtoise".[98]

Allen[99] däremot, spårar begreppet – *opinio juris* – till Blackstone. Clive Parry bekräftar detta genom att säga "or, as Blackstone put it, a custom must be supported by the *opinio juris necessitatis*".[100] Som både Walden[101], Mendelson[102] och författaren till detta arbete kunnat finna är referensen som Allen gör till Blackstone avseende *opinio juris* felaktig. Det har inte gått att påträffa ordföljden i den form som den blivit känd i Blackstones text. Möjligen skulle man kunna tillskriva Blackstone äran att vara den som "sår fröet" till det som slutligen ger upphov till Génys benämning, *opinio juris*. Blackstone uppställer nämligen sju kriterier för att en sedvanerättslig regel skall konstitueras[103]. Ett av dessa kriterier är:

> though established, by consent, must be (when established) compulsory; and not left to the option of every man, whether he will use them or no.[104]

Möjligen skulle man alltså kunna tillskriva Blackstone äran att ha fött idén om *opinio juris*-mekanismens vardande.

Begreppet *opinio juris* har inte gått att spåra till den romerska eller den kanoniska rätten (inte heller till civilisterna). Inte heller de stora folkrättsklassikerna har använt sig av begreppet. Det visar sig snarare att begreppet inte alls härstammar från latin utan är en relativt sent påkommen konstruktion som givit upphov till en mängd olika tolkningar. Dessa kommer att studeras närmare i nästa avsnitt.[105] Denna definition som klargjordes av Haagdomstolen 1969 i *North Sea Continental Shelf Case* utgör dock den traditionella definitionen på sedvanerättens subjektiva element.

> Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it ... [106]

98. A. Pillet, Le droit international public: ses éléments constitutifs, son domaine, son objet, 1 RGDIP 1984, s. 12.

99. Se Allen, Law in the Making, seventh edition, Oxford, 1958, s. 87–97.

100. Parry, The Sources and Evidence of International Law, Manchester, 1965, s. 61.

101. Walden, The Subjective Element in the Formation of Customary International Law, 12 IsLR, s. 358, not 47.

102. Mendelson, The Subjective element in Customary International Law, 66 BYIL, 1995, s. 194, not 65.

103. Blackstone, Commentaries on The Laws of England, book I, London, 1844, s. 78. Dessa ar: 1. Sedvanan måste "have been used so long, that the memory of man runneth not to the contrary" (78), 2. "have been *continued* and uninterrupted" (77), 3. "must have been *peaceable* and acqıscend" (77), 4. "be reasonable" (77), 5. "be *certain*" (78), 6. "must be (when established) *cumpulsory*" (78). 7. "be *consistent* with each other" (78).

104. A a s. 78.

105. Mendelson, The subjektive element in customary ınternational law, 66 BYBIL, 1995, s. 194 ff.

106. North Sea Continental Shelf Case, ICJ Reports, 1969, s. 44.

Enligt definitionen är det fråga om en rättsövertygelse från staternas sida om att den praxis det gäller är (eller måste vara) juridiskt bindande (*opinio juris sive necessitatis*).[107] Definitionen som ges i rättsfallet förefaller göra det omöjligt för en ny sedvanerättsregel att uppstå eftersom *opinio juris* bekräftar en redan ikrafttagen existerande regel. Denna paradox föranledde Kelsen och Guggenheim att dra slutsatsen att *opinio juris* var ett pseudo-element som syftade till att ge domaren handlingsfrihet att analysera statspraxis.

6.6.2 *Olika teorier om opinio juris*

En uppfattning som figurerat och som också bär spår av naturrättsligt tänkande behandlar begreppet *opinio juris* som en övertygelse om att handlingen i fråga är bindande – inte rättsligt – utan av att bundenheten kvalificeras av ett annat normsystem. Professor George Scelle skriver "[l]e deuxième élèment de la coutume, l' élèment d'acceptation commune, signifie d'abord que les actes générateurs doivent avoir été accomplis avec le sentiment, ou tout au moins l'instinct, d'obéir à une nécessité social".[108]

Lauterpacht som låtit modifiera sin tidigare presenterade uppfattning betraktar nu *opinio juris* som "a cource of action, constantly persued and believed to be dictaded by duties of neighbourlines, resonableness and accommodation, may in the interest of international stability and good faith, assume the complexion of binding international custom".[109] Kelsen ger uttryck för ytterligare en uppfattning när han beskriver det subjektiva elementet: "[l]es sujets constituant la coutume seraient liés par une norme juridique préexistante ... la constatation seulement d'une norme déja existante dans la conscience sociale.[110] Eller som han skriver i *Principles of International Law*, tretton år senare:

> The second element is the fact that the individuals whose conduct constitutes the custom must be convinced that they fulfill, by their actions or abstentions, a duty or that they exercise a right. They must believe that they apply a norm, but they need not believe that it is a legal norm which they apply.[111]

Svårigheterna med liknande teorier är att de försvårar möjligheten att urskilja en sedvänja (*usus*) från en rättssedvänja å ena sidan och moraliska

107. Bring & Mahmoudi, Sverige och folkrätten, Stockholm, 1997, s. 23.

108. Scelle, Règles Générales du Droit de la Paix 46 RdC 1933, vol. 4, s. 434.

109. Lauterpacht, International Law, vol. I, The General Works i Collected Papers, London, 1970, s. 63–64.

110. Kelsen, "Théorie du droit international coutumier", Revue International de la Theorie du Droit, 1939, s. 263.

111. Kelsen, Principles of International Law, New York, 1953, s. 307.

regler och egenintressen[112] å den andra sidan. Dessa teorier söker omvandla icke-juridiskt bindande regler till juridiskt bindande vilket var just den distinktion som det nya kriteriet *opinio juris* – till skillnad mot *tacita pacitum*-teorin – tillförde debatten. Resonemanget är inte speciellt övertygande.

Ytterligare en teori som också visat sig vara bristfällig men något mer verklighetsanpassad än tidigare presenterade teorier är den som förespråkas av Kunz i en artikel i the American Journal of International Law 1953.[113] I hans teorin förkastas den deklaratoriska uppfattningen i det att han hävdar att sedvanerätten, likt all rätt; "is positive, man-made law".[114] Kunz driver däremot inte ett konsekvent resonemang då han inte lyckas ta sig ur ett naturrättsligt tänkande, eftersom han hävdar att "[t]he practice must have been applied in the conviction that it is legally binding".[115] Ett cirkelresonemang följer:

> On the one hand it is said that usage plus *opinio juris* leads to such norm; that, on the other hand, in order to lead to such norm, the states must already practice the first cases with the *opinio juris*. Hence, the very coming into existence of such norm would presuppose that the states acted in legal error ... There is here, certainly, a challenging theoretical problem which, as far as this writer can see, has not yet found a satisfactory solution.[116]

På denna fråga finns heller inget tillfredsställande svar. En internationell sedvänja kan nämligen inte vara både normbildande och samtidigt återspegla en redan gällande norm. Det vill säga, den kan inte både vara deklaratorisk och konstitutiv på samma gång.

Denna uppfattning var som tidigare nämnts inte heller främmande för Manley Hudson när han för FN:s folkrättskommission så sent som 1950 försökte finna en formel för att kunna fastställa de kriterier som är nödvändiga för att utröna om en rättssedvänja föreligger eller inte. Hudsons tidigare visade modell (se avsnitt 3.5.4) består av fyra rekvisit varav två punkter är av särskilt intresse:[117] "(*c*) a conception that the practice is required by, or consistent with, prevailing international law", och: (*d*) "general acquiescence in the practice of other States".[118] På en direkt fråga av kommissionens ordförande George Scelle till Hudson om huruvida båda

112. Syftar till det som Richard Falk benämner "rules of the game". Se Falk, The Status of Law in International Society, Princeton, 1969, s. 52–53.
113. Kuntz, The Nature of Customary International Law, 47 AJIL 1953, s. 667.
114. A a s. 665.
115. A a s. 667.
116. A a s. 667.
117. YBILC 1950-II, s. 26.
118. A a s. 26.

dessa kriterier motsvarade *opinio juris* svarade Hudson jakande och förklarade att: "this '*opinio*' must be shared by the States establishing the practice." I den definition som Hudson ger förefaller både den deklaratoriska och den konstitutiva uppfattningen korrespondera med *opinio juris* begreppet (se avsnitt 3.5.4).[119] Som tidigare nämnts kan en sådan beskrivning av det subjektiva rekvisitet inte förklara en sedvanerättslig regels uppkomst, eftersom ingen ny regel gärna kan vara baserad på en praxis som upplevs som krävd av en redan förekommande rätt. Inte heller kan Hudsons formel förklara hur en rättsregel förändras eftersom ingen ändring kan vara baserad på en praxis som är förenlig med en redan befintlig rättsregel.

6.6.3 *Den kronologiska paradoxens dilemma*

Olika folkrättsförfattare i doktrinen har definierat *opinio juris*-begreppet på olika sätt. Gemensamt för de flesta av dessa uppfattningar, som ingen folkrättsförfattare i dagsläget anser vara realistisk, är att en internationell sedvänja inte kan generera en ny rättsregel om den inte efterföljs av en övertygelse om att handlingen i fråga redan är rättsligt bindande. Detta fenomen brukar i doktrinen betecknas med den kronologiska paradoxens dilemma och i anglo-amerikansk litteratur för "the chronological paradox" eller "circular paradox".[120] Detta var en svårlöst fråga i doktrinen och som tidigare nämnts nära knuten till de uppfattningar som rörde den objektiva rätten som (strax) diskuteras nedan (se tidigare diskussion i kap. 3).

Andra uppfattningar som förekommer och som är en variation på samma tema talar om att det måste föreligga en övertygelse om att den förevarande handlingen redan är bindande på grund av att en social nödvändighet kräver det. Kännetecknande för dessa uppfattningar är att sedvanerätten i fråga inte skapar några nya förpliktelser utan att den endast bekräftar en redan förekommande förpliktelse.

Dylika uppfattningar benämns, som tidigare nämnts, vara deklaratoriska till skillnad mot konstitutiva. Den deklaratoriska teorin återspeglar den doktrinära uppfattningen som karakteriserade den historiska skolan syn på rätten. Med von Savignys ord lyder den: "[d]ie Gewohnheit macht das Recht nicht, sie lässt es nur erkennen".[121] Av detta följer att en sedvänja inte utgör grunden för skapandet av nya normer utan endast bekräftar en

119. YBILC, 1950-I, s. 4–6, och YBILC 1950-II, s. 26.

120. Kelsen talar om en "unanswerable" paradox, 1 RITD 1939, s. 263 ff och Byers talar om en "chronological paradox", i Custom, Power and the Power of Rules, Cambridge, 1999, s. 130.

121. Citerat av Allen, Law in the Making, sixth edition, Oxford, 1958, s. 85.

redan existerande norm.[122] Staternas praxis blir en manifestation av en "Rechtsubertzeugung" – rättsövertygelse – som finner sin grund i varje nations kollektiva rättsmedvetande, folksjäl. För Savigny, som förespråkade den historiska kontinuiteten i rättsutvecklingen, konstituerades den internationella rätten av regler som hade sitt ursprung i några staters gemensamma kännetecken som t.ex. religion eller ras. Kelsen sammanfattar på följande sätt:

> Sometimes it is maintained that custom is not constitutive, that is to say, a law-creating fact, but has only a declaratory character: it merely indicates the prëxistence of a rule of law. This rule of law is, according to the natural law doctrine, created by God or by nature; according to the German historic school (at the beginning of the 19th century), it is created by the 'spirit of the people' (*Volksgeist*) ... that the law cannot be 'made' but exists within and is born with the People since begotten in a mysterious way by the Volksgeist. He [von Savigny] consequently denied any competence to legislate, and characterised customary observance not as a cause of law but as evidence of its existance.[123]

I modern fransk teori, skriver Kelsen vidare, är doktrinen om "Volkgeist" utbytt mot konceptet "solidarité sociale". Enligt professor Leon Duguit och den skola han representerade återfanns den verkliga rätten, den så kallade objektiva rätten – "droit objectif" – implicit i den sociala solidariteten. Kelsen hävdar således att:

> any act or fact the result of which is positive law – be it legislation or custom – is not true creation of law but a declaratory statement (constatation) or mere evidence of the rule of law previously created by social solidarity.[124]

Något besläktad med den historiska skolans uppfattning är idén om att sedvanerätten frambringas på grund av den drivkraft som finns i den sociala nödvändigheten – *opinio necessitatis*.[125] Det är en möjlig förklaring på hur en sedvanerättsregel kan uppstå. Som exempel kan nämnas 1945 års Trumanproklamation som deklarerade att USA hade kontroll och jurisdiktion över dess kontinentalsockels tillgångar. Deklarationen framkallade något slags *opinio necessitatis* och gav inte uttryck av att vara gällande rätt. Deklarationen var snarare att se som en bekräftelse på ett politiskt skälighetsresonemang. Ett mer verklighetsanpassat synsätt kommer från Waldock som hävdar att Trumanproklamationen "suggests to an interna-

122. Se Mullerson, Sources of International Law: New Tendencies in Soviet Thinking, 83 AJIL 1989, s. 502 som hänvisar till von Savigny's, System Des Heutigen Romisches Rechts, 1840, § 14, s. 35.

123. Kelsen, General Theory of Law and state, Cambridge Mass., 1945, s. 126.

124. A a s. 127.

125. Se t.ex .Duguit, Traité de droit constitutionnel second edition, vol. 1. 1921, s. 65; Scelle, Regles générales du droit de la paix, 46 RdC, 1933-IV, s. 434.

tional lawyer an invitation to other States to join in a delibarate and legislative development of customary law".[126] Zdenek Slouka finner att texten till proklamationen "on three counts at least, does suggest that the Truman Proclamation might have had the function of initiating a deliberate development of customary law".[127]

Men i det fall där *opinio juris,* tolkas i betydelsen av att den utövade sedvanan efterföljs av en övertygelse om att den redan är rättsligt bindande, ger Lauterpachts tes uttryck för den deklaratoriska uppfattningen i följande rader: "It [custom] is in a way the expression of the necessarily objective international law existing independently of the will of States."[128] Denna icke uttalade men tydliga naturrättsliga uppfattning får ytterligare stöd i raderna "[o]n general consideration it is difficult to see how the theory of custom as implied consent creating the law could ever have been widely adopted. Custom is actual practice in pursuance of or in obedience to what is *already* law"[129].

Lauterpacht säger också:

> [t]hus conceived and qualified, custom itself is merely evidence of an objective rule existing independently of the will of those who follow it. When we say that uniform action over a long period creates custom, we do not, if we think clearly, mean that such action creates a new rule of law; we mean that it creates valuable and as a rule decisive evidence of the existence of an otherwise indefinite and unascertained rule of law.[130]

Dessa tankar återspeglas också i Verdross "Unterwerungstheorie".[131]

Den ovan citerade texten anses återspegla den deklaratoriska uppfattningen. Denna teori anses inte vara realistisk men har spelat en avgörande roll för den sedvanerättsliga utvecklingen. Seglivad med en viss regelbundenhet och i modifierad form återuppstår den ur det förgångna för att göra sig hörd både i doktrinen och i den internationella domstolens praxis.[132]

Waldock är inte av samma uppfattning som Lauterpacht och hävdar att en minoritet av jurister, inklusive Lauterpacht:

126. Waldock, The legal basis of the continental shelf, 36 Transactions of the Grotius Society, s. 138–139.

127. Slouka, International Custom and the Continental Shelf, Dordrecht, 1968, s. 75.

128. Lauterpacht, International Law, Collected Papers, "General Rules of the Law of Peace", s. 237 ff.; se även Mullerson, New Thinking by Soviet Scholars, 83 AJIL, 1989, s. 502.

129. Lauterpacht, International Law, Collected Papers, "General Rules of the Law of Peace", s. 238.

130. A a s. 238.

131. Le Fur, Regles générales du droit de la paix, 54 RdC 1935-IV, s. 197, "D'aprrès elle, le droit coutumier n'est pas créé par l'usage constant et général, car l'usage présuppose l'existance d'une règle juridique obligatoire; il la constate simplement, en se soumettant à elle"; Suy, Les actes unilateéraux en droit international public, Geneva/Paris, 1962, s. 224, not 22.

132. Koskenniemi, From Apology to Utopia, Helsinki 1989, s. 342–421.

> follow the historical school in regarding custom not as a practice which *creates* a new legal norm but as one which presupposes and evidences an already existing legal norm; the majority, on the other hand, regard custom as a new legal norm resulting from and created by the practice which evidences the emergence of the custom.[133]

Den deklaratoriska uppfattningen som finner stöd i Lauterpachts rader förefaller ha allvarliga brister och är därför lätta att dekonstruera. För det första kan *opinio juris* inte tolkas så att en internationell sedvänja måste utövas i tron om att den redan är godtagen såsom gällande rätt. Detta förefaller vara en uppenbar naturrättslig konstruktion och ett lätt överbevisat cirkelresonemang som inte leder någonstans. För det andra, som en konsekvens av den första, blir den deklaratoriska uppfattningen statisk. Det innebär även att en internationell sedvänja därför blir statisk, vilket i realiteten är en orealistisk uppfattning.

Ytterligare variationer på samma tema är att en sedvanerättslig regel redan existerar men att den först uppenbaras i samband med en utövad praxis. Detta skulle innebära att en naturrättslig handling – som över huvud taget inte existerar – först skulle uppenbaras och sedan bli bindande i samband med en effektuerad praxis.

Ytterligare en tolkning är att en rättsregel redan existerar men att en sedvänja utgör bevis för dess existens. Vad Lauterpacht i själva verket är ute efter är oklart när han säger "It creates valuable and as a rule decisive evidence of an otherwise indefinite and unascertained rule of law".[134]

6.6.4 *Det kronologiska dilemmats kringgående*

Den kritiserade ordalydelsen i artikel 38(1)b har uppenbarligen bidragit till att skapa förvirring kring sedvanerätten (se 3.5.3). Som tidigare nämnts förorsakades problemet med artikeln av relationen mellan *usus* och *opinio juris*. Orsaken till artikelns oklarhet verkar ha sin grund i den av Kelsen presenterade teorin om "objektiv rätt" som återspeglade tidsandan och som föreföll vara en etablerad uppfattning bland juristkommitténs ledamöter.[135]

133. Waldock, General Cource on Public International Law, 106 RdC, 1962-II, s. 41–42.

134. Lauterpacht, International Law, Collected Papers, General Rules of the Law of Peace, s. 238.

135. Kelsen, Théorie du droit international coutumier, 1 RITD 1939, s. 259–260, (§11). "La conception selen laquelle la coutume n'a pas caractère constitutif, l'etat de fait de la coutume ne crée pas la règle de droit mais n'est que la preuve du fait qu'une règle de droit existe déja dans la conscience sociale, cette conception correspond particulièrment à la doctrine francais du soidisant droit objectif qui se "manifest" dans la droit positif, c-à-d. Dans le droit coutumier, les lois étatiques, les traités internationaux, etc. D'après cette théorie, représentée par Leon Duguit et son écol, l'expression de volonté est impuissante à créer par elle-meme, une modification dans l'ordre juridique ... La cause efficiente du *droit objectif*, c'est la conscience de la solidarité qui existe entre les membres de n'importe quel groupement humain".

Den kronologiska paradoxens dilemma framträder också i den internationella domstolens praxis. I *Lotus Case* från 1927 tolkar den Permanenta domstolen i Haag det subjektiva elementet deklaratoriskt genom att säga:

> Even if the rarity of the judicial decisions to be found ... were sufficient to prove ... the circumstance alleged ... it would merely show that States had often, in practice, abstained from instituting criminal proceedings, and not that they recognized themselves as being conscious of having a duty to abstain would it be possible to speak of an international custom.[136]

Dessa anspråk förefaller indikera att det är omöjligt att bilda en sedvanerättsregel eftersom *opinio juris* i denna tappning endast bidrar till att identifiera en redan existerande sedvanerättsregel.[137]

Förslag till lösning på detta dilemma, som initierades av Kunz, har därefter presenterats av en rad författare. En av dessa är Bin Cheng.[138] Han hävdade att de aktiva staterna under sedvänjans initiala skede juridiskt sett agerade "in legal error" och därför kränkte en rättsregel. Staterna var i tron att de var juridiskt förpliktade att handla på ett visst sätt, men förpliktelsen existerade inte över huvud taget. Detta försök att kringgå det kronologiska dilemmat som ett "misstag" eller som en rättskränkning presenterades för första gången av Kelsen som själv förkastade idén på grund av att ett misstag av detta slag inte kunde ändra en icke existerade norm till att bli gällande rätt.[139] Paradoxen ledde till att både Kelsen och Guggenheim drog slutsatsen att *opinio juris* var ett pseudo-element vilket gav domaren handlingsfrihet att fastställa vad som utgjorde statspraxis.

D'Amato lyckas kringgå den kronologiska paradoxen genom att presentera en teori där *opinio juris*-begreppet bytts ut mot en faktisk företeelse, som han kallar för staternas "artikulering", och som innebär att en handling är att uppfatta som rättsligt förpliktande.[140] D'Amatos teori bygger på ett resonemang som baseras på en kravorienterad uppfattning – "claim oriented approach" – där den internationella rätten bör ses som en psykologisk förhandlingsmekanism som involverar motstridiga yrkanden mellan nationella beslutsfattare och deras juridiska ombud.[141] D'Amato baserar sin teori på iakttagelsen om de sedvanerättsliga reglernas "artiku-

136. Lotus Case, PCIJ Reports 1927, Ser. A, No. 9, s. 28, se även det tidigare citerade North Sea Continental Shelf Case, ICJ Reports 1969, 3 s. 44.

137. Kunz, The Natur of Customary International Law, 47 AJIL, 1953, s. 667.

138. Cheng, UN Resolutions on Outer Space: "Instant" International Customary Law? 5 IJIL, 1965, s. 43; Gény, Methode d'Interpretation et Sources en Droit Privé Positif, Second Edition, Paris 1954, s. 367–371; Benson, Francois Gény's Doctrine of Customary International Law, 20 CanYIL 1982, s. 276–277.

139. Kelsen, Théorie du droit international coutumier, 1 RITD, 1939, s. 263.

140. Bayers, Custom, Power and the Power of Rules, Cambridge, 1999, s. 132.

141. D'Amato, The Concept of Custom in International Law, Ithaca, 1971, s. 18 ff.

lering". En sedvänja, en social vana eller internationell hövlighetspraxis, kan en dag föranleda att den ifrågavarande normen artikuleras som en internationell rättsregel, dvs. att den får rättsliga efterverkningar.[142] "Artikuleringen" är en faktisk företeelse som i D'Amatos modell ersätter teorin om staternas *opinio juris*. En "artikulering" kan ske i den folkrättsliga doktrinen, i ett domstolsutslag, i diplomatisk korrespondens, genom en internationell organisation eller i ett annat sammanhang där den kan uppfattas av beslutsfattare eller deras rådgivare i respektive stat. De flesta av dagens regler artikuleras i traktater, i FN:s folkrättskommission (ILC), artikel- och konventionsutkast, och i generalförsamlingens resolutioner. Artikuleringen fungerar som ett tillkännagivande till statssamfundet. De stater som av olika skäl därefter följer – eller inte följer – normen ifråga uppmärksammas för att deras fortsatta agerande kan förändra en rättslig situation: det kan bidraga till att etablera eller förstärka, förhindra eller urholka en rättsregel. Huruvida det i en viss situation verkligen existerar en folkrättslig norm är en fråga om "relative persuation",[143] dvs. vilka argument och motargument som kan anföras i det konkreta fallet. Hur och var den åberopade normen aktualiserats? Hur är dess ställning i praxis? Det finns inget absolut tal på hur många precedensfall som skall finnas för att konstituera sedvanerätt. Ett fall kan vara tillräckligt om det inte finns någon konträr praxis även om fler liknande fall naturligtvis ger argumentationen större tyngd. För D'Amato utgör artikuleringen sedvanerättens *kvalitativa* moment. Detta är oavhängigt från och efterföljs av det *kvantitativa* momentet, dvs. statspraxis i form av staternas konkreta handlingar och åtaganden. Den agerande staten behöver själv inte ha artikulerat den folkrättsliga normen. "Artikuleringen" får juridiska konsekvenser beroende på hur övriga stater reagerar.

Staterna ger sällan några officiella förklaringar till sitt handlingssätt och inte heller, påpekar D'Amato, kan man förvänta sig detta av dem eftersom "one may say that, at the state-perception level, international law is entirely phenomenological; it does not "exist" apart from the way representatives of states perceive it".[144] Den initiativtagande stat som förespråkar en rättsändring gör antingen ett antagande om att avvikelsen redan är gällande rätt eller så måste den aktiva staten i enlighet med D'Amatos terminologi på förhand "artikulera" "an objective claim of international legality".[145] D'Amato, som influerats av Hart, talar om sedvanan som en sekun-

142. A a s. 47.
143. A a s. 28.
144. A a s. 33–34.
145. A a s. 74–75.

där regel som reglerar de primära reglernas (påbudens) uppkomst, fastställande, revidering och upphörande. Genom sin modell undviker han dock den intrikata frågan om paradoxens dilemma.[146]

Kirgis[147] hävdar i linje med D'Amato och Wolfke att endast konkreta statsakter utgör rättsrelevant statspraxis. För honom är *opinio juris* en övertygelse eller ett yrkande som uttrycks separat av staterna genom uttalanden, resolutioner eller deklarationer. Kirgis myntade begreppet "sliding scale" och beskriver den sedvanerättsliga processen som en process som kan etableras utan – eller nästan utan – någon större bekräftelse på *opinio juris*. Detta sker under förutsättning att det finns en etablerad praxis och att denna inte förnekas på grund av att den kanske inte är underbyggd av några rättsliga avsikter. Omvänt gäller att i de fall praxis avtar är behovet av en tydligare *opinio juris* större. I den andra änden av den "glidande skalan" kan en tydligt demonstrerad *opinio juris* etablera en sedvanerättsregel utan – eller nästan utan – någon större bekräftelse på att beslutsfattarna i staterna konsekvent följer den hävdade regeln (se avsnitt 4.3).

Byers menar att detta inte räcker för att bryta det "kronologiska dilemmat" och att modellen endast går att tillämpa om man som D'Amato och Wolfke betraktar konkreta akter – inte uttalanden – som rättsrelevant statspraxis.[148] Det är också svårt att fastställa när det subjektiva ögonblicket inträffar.

6.6.5 *Opinio juris – etappteorier*

Folkrättsförfattarna i doktrinen har allt sedan *opinio juris*-begreppets introduktion i den folkrättsliga diskursen kritiserat begreppet för att det inte förmår förklara hur sedvanerätt uppstår och inte heller hur sedvanerätten kan modifieras av efterföljande praxis.[149] Hinder i vägen har varit den kronologiska paradoxens dilemma.

Ytterligare en möjlig teori som beskriver sedvanerättens rättsbildande fas har figurerat i den folkrättsliga doktrinen. Ett antal folkrättsförfattare har försökt tackla den kronologiska paradoxens dilemma med hjälp av en modell som beskriver den sedvanerättsliga processens vardande i olika led. Denna modell har förekommit i olika tappningar av olika författare. Gemensamt för de flesta modeller är att *usus* och *opinio juris* hålls isär men finns med i den sedvanerättsliga processen.

146. A a s. 41–44.
147. Kirgis, Custom on a Sliding Scale, 81 AJIL 1987, s. 149.
148. Byers, Custom, Power and the Power of Rules, Cambridge, 1999, s. 137.
149. D'Amato, The Concept of Custom in International Law, Itacha 1971, s. 73.

MacGibbon,[150] Verdross,[151] Meijers,[152] Thirlway[153] och van Hoof,[154] har ägnat tid åt att försöka förklara den sedvanerättsliga processens uppkomst. I detta avsnitt görs en översiktlig genomgång av några av dessa etappteorier.

MacGibbon är en av de första folkrättsförfattare som med hjälp av denna modell bl.a. försöker förklara hur sedvanerätt uppstår och hur praxis stegvis förhårdnar och kvalificeras till sedvanerätt under *opinio juris*-mekanismens inverkan. MacGibbons modell kan kort beskrivas på följande sätt.

I den första fasen gör en stat ett yrkande gentemot en annan stat eller flera andra stater samtidigt. I den andra fasen klargör staterna sina ställningstaganden gentemot den yrkande staten. Om staterna tyst accepterar yrkandet – "acquiesce" – kan förfarandet leda till att sedvanerätt uppstår. Den tredje fasen uppstår då erkännandet innebär något slags positivt handlande från den erkännande statens beslutsfattare som bekräftar yrkandet. Det är bara här och då som det enligt MacGibbon finns ett syfte med *opinio juris*. För om en stat agerar på ett yrkande, måste detta betyda att staten ifråga uppfattar sig ha en skyldighet att handla – med andra ord manifestera en *opinio juris*. *Opinio juris* behöver i MacGibbons modell inte finnas med i alla situationer där det subjektiva elementet introduceras sent i den sedvanerättsliga processen.

I MacGibbons tappning förefaller formeln vara ofullständig och han verkar också ha svårt att kringgå "paradoxens" dilemma.[155] Sedvanerätten betraktas inte som en konstitutiv företeelse eftersom *opinio juris* inte kan beaktas initialt i en sedvanerättslig process av en stat som iscensätter en handling genom ett yrkande. MacGibbon hävdar att anledningen till att en stat eller stater drivs av att följa ett särskilt handlingssmönster kan vara styrt av allt ifrån bekvämlighetsskäl till ren egennytta.

Opinio juris relateras vidare i MacGibbons modell bara till normer som skapar förpliktelser och inte till normer som skapar rättigheter. Detta är enligt Walden en alldeles för snäv uppfattning. Han menar att om den vore sann skulle det vara omöjligt att skilja mellan yrkanden som berör rättigheter (antingen gjorda *de lege lata* eller *de lege ferenda*) och yrkanden som

150. MacGibbon, Customary International Law and Acquiescence, 33 BYBIL, 1957.

151. Verdross, Entstehungsweisen und Geltungsgrund des universellen völkerrechtlichen Gewhnenheitsrecht, ZaöRV 29, 1969, 642 ff.

152. Meijers, How is International Law Made? – the Stages of Growth of International Law and the Use of the Customary Rule, 9 NYIL, 1978, s. 3–26.

153. Thirlway, International Customary Law and Codification, Leiden, 1972.

154. van Hoof, Rethinking the Sources of International Law, Deventer, 1983. s. 93 ff.

155. MacGibbon, Customary International Law and Acquiescence, 33 BYBIL, 1957, s. 127.

endast görs som en ren maktutövning.[156] Inget hindrar heller att yrkanden som görs av bekvämlighetsskäl eller styrs av egennytta inte skulle kunna efterföljas av *opinio juris*.[157] Walden hävdar att det var av denna anledning som Trumanproklamationen proklamerades 1945 och trots detta medförde den en tydligt rättighet för andra stater att utfärda en liknande proklamation.[158]

De båda holländska professorerna Meijers och van Hoof förklarar också den sedvanerättsliga bildningsprocessen med tre steg som alla folkrättsliga regler måste passera.

I Meijers modell består den första etappen av en formaterande fas som berör innehållet till det som senare kan resultera i att en ny sedvanerättsregel etableras.[159] Första steget berör endast regelns substansiella – och inte dess normativa – karaktär.

Det andra steget beskrivs som en övergångsfas. Denna fas kallar van Hoof för den minst viktiga fasen i Meijers modell. Han benämner den som "the stage of the intent". Fasen karakteriseras av att staternas beslutsfattare bestämmer sig för hur de skall förhålla sig till den uppkomna sedvänjan.

I den tredje fasen tillkännages innehållet från den andra fasen. Tredje steget i denna process utvecklas alltså under den andra fasen och måste bli igenkännlig för alla stater för vilka normen kan tänkas bli rättsligt bindande. Där sorteras rättsliga från icke-rättsliga normer. Enligt Meijers avslutas denna viljeinriktade fas med en manifestation som visar att beslutsfattarna uppfattar normen som allmänt accepterad. Van Hoof kallar därför denna fas för "the law-creating stage".[160]

Meijers modell sammanfattas av van Hoof på följande sätt. Under den första fasens operativa *usus*-moment fastställs normens innehåll. *Opinio juris* tar form under den andra fasen och uttrycks eller tillkännages under den tredje fasen.[161]

Koskenniemi noterar frankt att "such explanations may describe better or worse how beliefs about or practice relating to a rule develop".[162] Han konstaterar också med hjälp av Trumanproklamationen som exempel att

156. Walden, Customary International Law: A Jurisprudential Analysis, 13 IsLR, 1978, s.101; Byers, Custom, Power and the Power of Rules, Cambridge, 1999, s. 137.

157. A a s.102.

158. A a s.102.

159. Meijers, How is International Law Made? – the Stages of Growth of International Law and the Use of the Customary Rule, 9 NYIL, 1978, s. 6; van Hoof, Rethinking the Sources of International Law, Deventer, 1983, s. 92.

160. van Hoof, Rethinking the Sources of International Law, Deventer, 1983, s. 92.

161. A a s. 93.

162. Koskenniemi, From Apology to Utopia, Helsinki 1989, s. 372.

denna inte efterföljdes av en övertygelse om att yrkandet utgjorde en rättslig fråga. Bara efter det att flera stater gjort liknande yrkanden och andra stater tyst accepterat – "acquiesced" – var det möjligt att utveckla en övertygelse om att en rättslig regel etablerats inom detta område.[163]

Villiger sammanställer ytterligare en teori som framställts av Verdross och som han hävdar också lyckas ge svar på den kronologiska paradoxens dilemma. Även Verdross modell innehåller tre steg men kan beroende på staterna själva göras kortare eller längre.[164] I den första fasen kan staterna antingen följa en praxisutveckling eller göra yrkanden. Detta kan göras för att handlingen eller yrkandena anses vara övertygande, eller för att de styrs av egenintressen, politiskt tryck, vinstintressen, hövlighetsskäl m.m. De olika anledningarna kan påskynda den sedvanerättsliga processen men har ingen verkan på *opinio*.

I den andra fasen reagerar staterna ytterligare. De gör yrkanden och motyrkanden och främjar därigenom praxisutvecklingen ytterligare. Stater kan ha kommit att förlita sig på en stats praxis och den agerande staten binds således av de förväntningar som dess handlande har givit upphov till.

Allt eftersom dessa relationer utvecklas under den tredje fasen, utformas de till slut till en allmän regel. Verdross har pekat på att staters övertygelse om att de följer en norm som håller på att uppstå gradvis sedan åtföljer denna praxis. Ju fler stater som blir medvetna om den pågående praxisutvecklingen och antingen aktivt följer denna eller tyst ger sitt samtycke till den – "acquiese" – desto snabbare växer då övertygelsen om att handlingen är rättsligt bindande.[165]

En kort sammanfattning ger vid handen att den voluntaristiska uppfattningen kan sägas ha fördelen av att kunna förklara den internationella sedvanerättens inledande fas. Den *opinio juris*-baserade uppfattningen förklarar bättre varför en etablerad sedvänja efterföljs.[166]

De olika modellerna som använts för att försöka förklara hur sedvanerätten uppstår tydliggör sedvanerättens olika etapper men kan inte sägas vara en enhetlig formel på hur sedvanerätten uppstår.[167] Stater kan vara medvetna om att en praxis som följs är eller håller på att bli gällande rätt.

163. A a s. 372–373.

164. Villiger, Customary International Law and Treaties; The Hague 1997, s. 53; Verdross, Entstehungsweisen und Geltungsgrund des universellen völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts, ZaöRV 29, 1969, s. 642 ff.

165. Villiger, Customary International Law and Treaties; second edition, The Hague 1997, s. 54.

166. Fitzmaurice, The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law, 92 RdC, 1957, s. 98–99 och s. 103.

167. Mendelson, i The Formation of Customary International Law, 272 RdC 1998, s. 283.

Men den staten som först agerade avvikande i förhållande till en etablerad praxis kan inte sägas dela denna uppfattning.

6.6.6 *En positivistisk infallsvinkel på dilemmats lösning*

Det har tidigare i detta arbete konstaterats att en rättskränkning kan ge upphov till att en ny norm etableras.[168] Ett strikt positivistiskt och pragmatiskt angreppssätt på rättsbildningen kan bryta det kronologiska dilemmats deklaratoriska grepp om rätten. Detta görs genom att betrakta en stats initiala agerande *contra legem* dvs. som en rättskränkning som kan bli gällande rätt först efter att den avvikande normen blivit allmänt accepterad.[169] Denna rättsbildande process sker gradvis och är beroende av övriga staters positiva reaktion eller av deras tysta medgivande – "acquiesence".[170] De första staterna som upptar sedvanan i sin praxis kan antingen göra sken av att den avvikande normen redan är gällande rätt eller så måste de tillkännage att de avser ändra lagen genom att formulera en i enlighet med D'Amatos terminologi, "objective claim of international legality". Detta för att uppmärksamma de övriga staterna på att deras reaktion, antingen de erkänner eller avvisar den avvikande normen, kommer att få rättsliga efterverkningar.[171]

6.7 Domstolspraxis – "will" eller "belief"?

Hänvisningen i Artikel 38(1)b till "godtagen såsom gällande rätt" – "accepted as law" – anses som tidigare nämnts materialisera sedvanerättens subjektiva *opinio juris*-baserade element. De författare i doktrinen som lierar sig med den voluntaristiska uppfattningen identifierar "godtagandet" såsom en viljeriktad handling som betingas av staternas samtycke. Andra författare i doktrinen föredrar att betrakta det subjektiva elementet som en övertygelseorienterad uppfattning som betingas av en föreställning om att en handling är eller håller på att bli gällande rätt, *opinio juris*.

168. Higgins, Problems & Process, Oxford, 1994, s. 19, se också avhandlingsavsnitt 4.5.
169. Detta under förutsättning att det rör ett område som är rättsligt reglerat.
170. Higgins, Developments of International Law, Oxford, 1994, s. 18–22.
171. D'Amato, The Concept of Custom, Ithaca, 1971, s. 74–75; Akehurst, Custom as a Source of International Law, 47 BYBIL, 1974/1975, s. 36–37; Thirlway, International Customary Law and Codification, Leiden, 1972, s. 53–54.

Praxis från internationella domstolen är inte entydig i detta avseende och båda uppfattningarna synes därför få stöd för sina påståenden. Brownlie hävdar också att man ur domstolens praxis kan skönja två metoder som kan vara belysande för hur *opinio juris* fastställs. Han namnger inte metoderna men den ena grundas på ett bevisunderlag som antas bekräfta en allmän praxis eller en konsensus i doktrinen, alternativt är baserad på tidigare domstolsavgöranden.[172] Den andra metoden har tillämpats i ett fåtal, dock avgörande fall. Den kännetecknas av en mer rigorös inställning "and has called for more positive evidence of the recognition of the validity of the rules in question in the practice of states". Brownlie, menar att valet förefaller styras av sakernas natur och av domstolens handlingsfrihet. Han hänvisar framför allt till tre fall där domstolen påkallat den striktare metoden som också sammanfaller med den *opinio juris*-baserade uppfattningen.

Fasta mellanfolkliga domstolen i Haag gav i *Lotusfallet* viss indikation åt den volutaristiska uppfattningen genom att säga:

> International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emenate from their own *free will* [min kursiv.] as expected in conventions or by usages *generally accepted* [min kursiv.] as expressing principles of law ... .[173]

Hänvisningen i texten till staternas fria "vilja" indikerar att det är en samtyckesbaserad uppfattning som styr nationalstaternas beslutsfattare och uttrycket "generally accepted" indikerar som tidigare nämnts att det är en konsensus-baserad uppfattning. Detta innebär att inte varje stat nödvändigtvis behöver avge sitt samtycke.

Samma domslut förefaller också kunna ge stöd åt den övertygelsebaserade uppfattningen och följande rader åberopas som stöd för denna andra uppfattning.[174]

> Only if such abstentions were based on [States'] being conscious of having a duty to abstain would it be possible to speak of an international custom. The alleged fact [of general abstention, with some exceptions] does not allow one to infer that States have been conscious of having such duty; on the other hand ... there are other circumstances calculated to show that the contrary is true.[175]

Brownlie skriver att samma principer förmodligen borde gälla för såväl en positiv handlingsakt som för ett avståndstagande. I *Lotusfallet* var emel-

172. Brownlie, Principles of Public International Law, femte upplagan, Oxford 1998, s. 7 ff.
173. S. S. Lotus Case, PICJ Serie A, No. 10, 1927, s. 4, 18.
174. Mendelson, The Subjective Element in Customary International Law, 66 BYBIL, 1995, s. 180 ff.
175. PCIJ, series A, No. 10, 1927, s. 4, 28.

lertid domstolen inte redo ännu för att acceptera prima-facie-bevis utifrån en uppfattning om en rättslig skyldighet och krävde därför en stark bevisning avseende *opinio juris*.[176]

I *Asylum Case* uppmärksammade Internationella domstolen att den stat (Colombia) som påstod att särskild sedvanerätt etablerats mellan parterna, även var tvungen att visa att den andra staten (Peru) ansåg att normen ifråga var rättsligt bindande.[177] I domslutet finner man emellertid även formuleringar som skulle kunna tolkas till fördel för den *opinio juris*-baserade uppfattningen. Följande rader åberopas som stöd för denna uppfattning: "respected by the terittorial States as a duty incumbent som åligger on them".[178]

I *Fisheries Case* förlitade sig domstolen i stor utsträckning på att de intresserade staterna i allmänhet inte protesterade och i *Right of Passage Case* hänvisade domstolen till att den ifrågavarande praxisen var "accepterad" av parterna.[179]

Den *opinio juris*-baserade uppfattningen finner emellertid ett lika tydligt stöd i Internationella domstolens praxis. Förutom de fall som redan refererats till kan ytterligare några nämnas. I *Wimbledon Case* hänvisade Fasta mellanfolkliga domstolen i Haag till att krigförande krigsfartyg passerade genom Suezkanalen utan att någon betraktade denna genomfart som en kränkning av det Ottomanska Imperiet neutralitet. Avsaknaden av protester avseende en liknande genomfart genom Panamakanalen innebar, hävdade domstolen, att dessa prejudicerande fall var "merely illustrations of the general opinion according to which ... such a waterway is assimilated to natural straits ...".[180]

I *Nottebom-saken* (andra fasen) var domstolen hänvisad till vad den hävdade var allmänt erkända regler utan att göra någon referens till något godtagande eller liknande vad gällde Guatemala.[181] En liknande hänvisning gjordes i *Barcelona Tractation Case* (andra fasen).

I *North Sea Continental Shelf Cases* citerade Internationella domstolen det tidigare gjorda *opinio juris*-baserade uttalandet från *Lotusfallet* och refererade sedan till de påståenden som då gjorts av Nederländerna och Danmark. Dessa stater hävdade att det hade utvecklats en ny sedvanerättslig praxis avseende avgränsningen av kontinentalsockeln genom de avgräns-

176. Brownlie, Principles of Public International Law, femte upplagan, Oxford, 1998, s. 8.
177. Asylum Case, ICJ Reports 1950 s. 277.
178. ICJ Reports 1950 s. 276–278, se även Mendelson, The Subjective Element in Customary International Law, 66 BYBIL, 1995, s. 180–181.
179. Right of Passage Case, ICJ Reports 1960 s. 39–40.
180. Wimbledon Case, PCIJ 1923, Series A, No. 1, s. 26–28.
181. Nottebom Case, ICJ Reports 1970, s. 3.

ningsavtal som gjorts mellan vissa stater som inte varit parter till 1958 års Genèvekonvention om kontinentalsockeln.[182] Baserat på detta tillade domstolen därför att:

> even if these instances ... were much more numerous than they in fact are, they would not, even in the aggregate, suffice to constitute the *opinio juris*;-for, in order to achieve this result, two conditions must be fullfilled. Not only must the acts concerned amount to settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the *opinio juris sive necessitatis*. The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation.[183]

Brownlie skriver att domslutets allmänna innebörd utgör en kallsinnig inställning till en presumtion för *opinio juris*.[184]

I *Continental Shelf (Libya v. Malta) Case*[185] sade domstolen att:

> It is of cource axiomatic that the material of customary international law is to be looked for primarily in the actual practice and *opinio juris* of States, even though multilateral conventions [such as the Law of the Sea Convention 1982] may have an important role to play in recording and defending rules deriving from custom, or indeed in developing them.

Av domslutet går det emellertid inte att fastställa om det är en voluntaristisk eller *opinio juris*-baserad inriktning som gäller.

I *Nicaraguafallet* (*Case of Nicaragua v. United States (Merits)*) refererade domstolen uttryckligen till *North Sea Cases*:

> In considering the instances of the conduct above described, the Court has to emphasize that, as was observed in the North Sea Continental Shelf case, for a new customary rule to be formed, not only must the acts concerned 'amount to a settled practice', but they must be accompanied by the *opinio juris sive necessitatis*. Either the states taking such action or other States in a position to react to it, must behaved so that their conduct is 'evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the opinio juris sive necessitatis'.[186]

182. North Sea Continental Shelf Case, ICJ Reports 1969, s. 44.
183. ICJ Reports 1969, s. 44.
184. Brownlie, Principles of Public International Law, fifth edition, Oxford 1998, s. 9.
185. North Sea Continental Shelf Case, ICJ Reports 1985, s. 29–30.
186. Nicaragua Case, ICJ Reports 1986, s. 108–109.

6.8 Mendelsons formel – "A synthes or an alternative hypothesis?"[187]

Det har hittills framgått att det finns två huvudsakliga inriktningar eller skolor i den folkrättsliga doktrinen som försöker förklara det subjektiva rekvisits inverkan på den sedvanerättsliga bundenheten. En grupp eller skola fäster endast avseende på en viljeinriktad handling, den s.k. voluntaristiska "consent" baserade skolan. Den andra betonar behovet av *opinio juris sive necessitatis*, en "belief"-orienterad skola eller uppfattning. Ingen av dem har lyckats påvisa att den ena eller andra skolan har företräde framför den andra eller kan förklara hur sedvanerättens subjektiva element inverkar på den sedvanerättsliga processen. Mendelson observerar också att de båda inriktningarna råkar samstämma med Internationella domstolens ordalydelsen i artikel 38 (1) b som hänvisar till det subjektiva rekvisitet som i artikeln återges som "accepted as law".

Ordet "accept" har enligt Mendelson två innebörder. Det kan antingen innebära att man tar ställning till ett särskilt förhållande. Som exempel nämner han att man accepterar ett arbete eller att det helt enkelt kan vara en bekräftelse på att man accepterar ett förhållande. I det senare fallet anges som exempel att man accepterar att döden är oundviklig. Man kan alltså tala om att begreppet "acceptance" i vissa fall betyder samtycke till en regel och i vissa andra fall innebär en bekräftelse på att något redan är gällande rätt (*opinio juris*). En bekräftelse som inte nödvändigtvis måste komma från en stat utan som också kan komma från en domstol.[188]

Inte heller Internationella domstolen har lyckats ge någon direkt vägledning när det gäller sedvanerättens subjektiva element. Även om domstolen vid åtskilliga tillfällen påtalat att sedvanerättens båda element är nödvändiga för att konstituera sedvanerätt har den aldrig klargjort om den uppfattat det sedvanerättsliga rekvisitet som en viljeorienterad handling eller

187. Mendelson har bearbetat sin tes i olika etapper. Den presenterades forst i Contemporary International Law Issues, 1995 Joint Conference, ASIL; sedan i The Subjective Element in Customary International Law, 66 BYBIL, 1995; slutligen i The Formation of Customary International Law, 272 RdC 1998, särskilt s. 283–293. Tesen har även legat till grund for ILA:s arbete och utgör en hörnsten i den slutliga rapport som presenterades i London av the Committee on Formation of Customary International Law. Kommittén har letts under Mendelsons ordförandeskap. "Report of the sixty-ninth conference, London 2000, Committee on formation of customary (general) international law". Slutrapportens rubrik är "Statements of principles applicable to the formation of general customary international law, s. 712–777.

188. Mendelson, The Formation of Customary International Law, 272 RdC, 1998, s. 283. Se även den not 349 som stycket refererar till.

som en övertygelsebaserad uppfattning.[189] Domstolen har snarare givit stöd åt båda uppfattningarna.

Mendelson hävdar att skiljelinjen mellan de två uppfattningarna dragits för snävt och att samtycke "consent" i vissa fall och övertygelse "belief" i vissa andra fall kan spela en avgörande roll för att förklara innebörden av sedvanerättens subjektiva rekvisit. Sammanhanget i vilket frågan ställs är avgörande, menar Mendelson. Samspelet mellan "consent" och "belief" förstås bättre om man skiljer mellan nödvändiga förhållanden "necessary conditions" och tillräckliga förhållanden "sufficient conditions" vilka är avgörande parametrar i den modell som presenteras. En stats samtycke är en tillräcklig förklaring till eller förutsättning för att en stat juridiskt skall bindas till en folkrättslig regel. Ett avståndstagande i form av att en stat agerar som en "persistent objector" innan en regel etablerats resulterar i en befrielse från juridisk bundenhet från regeln ifråga.

Mendelson är också av den uppfattningen att det inte är ett avgörande krav på att det subjektiva rekvisitet skall bevisas för att en sedvänja skall konstituera sedvanerätt eller reflektera en sedvanerättsregel.[190] *Opinio juris*-begreppet är centralt eftersom det tillåter att sedvänja urskiljs från rättssedvänja. New Haven-skolans metodik förklarar kanske denna funktion bäst genom att säga att sedvanerätten uppstår genom en process som är ett slags dialog mellan stater som grundas på uttryckliga eller underförstådda "claims" and "responses".[191]

Fördelen med den voluntaristiska skolan är att den hjälper till att förklara den sedvanerättsliga processens konstitutiva egenskaper. Staternas samtycke – uttryckligt eller tyst – är en avgörande förutsättning för att sedvanerättslig bundenhet skall uppstå. Den lyckas däremot inte förklara varför nya stater eller stater som inte aktivt deltagit i en sedvanerättslig praxisutveckling och inte heller protesterat eller gett sitt tysta medgivande binds till den allmänna folkrätten. Voluntaristerna föreslår att staterna måste uttrycka sin vilja genom tysta överenskommelser, men i realiteten är detta inget annat än rättslig fiktion och frågan är därför varför det över huvud taget ska vara nödvändigt.[192]

189. Fall då Internationella domstolen hänvisat till sedvanerättens båda element: I the North Sea Continental Shelf Cases, ICJ Reports 1969, s. 3–4; Continental Shelf (Libya v. Malta), ICJ Reports 1985, s. 13 och s. 29–30; Nicaragua (Merits), ICJ Reports 1986, s. 14, och s. 97–98 och s. 99–101.

190. Mendelson, The Subjective Element in Customary International Law, 66 BYBIL, 1995, s. 183–184.

191. Mendelson, Formation of Customary International Law, 272 RdC, 1998, s. 292.

192. Mendelson, The Subjective Element in Customary International Law, 66 BYBIL 1995, s. 177–208, på s. 181.

Opinio juris-teorin kan i och för sig förklara varför stater i allmänhet binds till den allmänna folkrätten men är inte särskild behjälplig att förklara sedvanerättens inledande skede. Särskilt inte i de fall där en avvikande praxisutveckling utvecklats i strid mot en allmän folkrättslig norm. Då är det orealistiskt att tro att de avvikande staterna handlat i tron om att deras agerande redan är rättsligt bindande.

I det traditionella fallet, där en renodlad och inarbetad sedvänja etablerats utan någon opposition, finns det ingen anledning att bevisa att *opinio juris* föreligger. Det är en tillräcklig förutsättning att inarbetad sedvanerätt förekommer och inte en nödvändig förutsättning att bevisa dess existens.

Antagandet av denna tes ger enligt Mendelson en mer verklighetsanpassad uppfattning av den praxisutveckling vilken i realiteten sker i stället för den stela bild som förmedlas i doktrinen av en mekanisk upprepning av sedvanerättens båda element. Dessutom hävdar Mendelson att denna teori bildar underlag till det som författaren benämner som "legitimate expectations" och som bär upp tesen om folkrättens källor. Om en stat avger ett samtycke som ger upphov till att juridisk bundenhet uppstår, innebär det en *legitim förväntning* på att staten kommer att följa regeln i fråga. Likväl gäller det omvända förhållandet att om en stat opponerar sig förväntas oppositionen i regel innebära att staten i fråga anses vara befriad från juridisk bundenhet. I de fall en upprepad och enhetlig rättspraxis av allmän räckvidd etablerats förefaller ett legitimt antagande vara att stater förväntas följa regeln i fråga. Mendelson menar slutligen att om en relevant praxisutveckling är tillräckligt allmänt utbredd borde den bli juridiskt bindande, i annat fall menar han att "the convoy will have to move at the pace of the slowest". Att i detta fall kräva att varje stat skall avge sitt samtycke eller att försöka framlägga bevis för att *opinio juris* föreligger förefaller orimligt och därför inte heller nödvändigt. På samma gång kan staters oberoende och skäliga intressen beaktas. Om en tillräckligt stor grupp likasinnade stater opponerar sig mot en internationell praxisutveckling kan de förhindra att allmän folkrätt/sedvanerätt etableras. Dessutom kan en enskild stat hoppa av det rättsbildande stadiet genom att agera som en "persistent objector" innan det att sedvanerättsregeln etablerats. På detta sätt kan sedvanerätten fortsättningsvis också bidra till att etablera och påverka folkrättens innehåll och med tanke på att den kontraktuella processen har för- och nackdelar är det avgörande att sedvanerätten kan fylla denna lucka.[193]

193. Mendelson, Formation of Customary International Law, 272 RdC, 1998, s. 396 ff.

Non fumum ex fulgore, sed
ex fumo dare lucem
cogitat.[194]

6.9 Slutsatser

Kapitlet har redogjort för hur sedvanerättens subjektiva s.k. *opinio juris* – baserade element konstitueras. För att sedvanerätt skall bildas måste praxis – *usus* – kombineras med en rättsövertygelse om att den praxis det rör, är eller håller på att bli gällande rätt. Det ena elementet är beroende av det andra och kan inte existera ensamt i förhållande till det andra. Detta är den traditionella uppfattningen som fortfarande återges i alla folkrättsliga standardverk.

Det subjektiva rekvisitet betraktas till skillnad från det objektiva elementet som formlöst. Det objektiva elementet kan däremot vara en konkret handling i sin restriktiva form men blir mindre konkret i sin extensiva form. Det tangerar då det subjektiva rekvisitets egenskaper. Det kan vara en uppfattning, det kan uttryckligen artikuleras eller så kan det indirekt utläsas från en etablerad praxis. I det senare fallet presumeras *usus* återspegla en rättsövertygelse. Även om *opinio juris* görs gällande genom att den reflekteras i en etablerad praxis, måste ändå ett uttalat *opinio juris*-liknande moment till för att urskilja en sedvänja från en rättssedvänja. Det räcker alltså inte att man kan utläsa *opinio juris*, det måste även bekräftas/artikuleras.

Relationen mellan sedvanerättens båda element är så komplext att många i doktrinen ställt frågan om det inte består av ett snarare än två element. Denna uppfattning förstärks av att det råder en positionsförskjutning från *usus* till *opinio juris* vilket innebär att kravet på praxis tonats ned i förhållande till *opinio juris*. Detta har också medfört att det nödvändiga tidsrekvisitet minimerats då detta är starkare knutet till det objektiva rekvisitet än till det subjektiva. Den allt snabbare mellanstatliga kommunikationen har medfört att det i dag är lättare att veta en stats uppfattning i en specifik fråga än hur den i realiteten handlar inom det i frågavarande området. En uppfattning framgår tydligast om en stat klargör sitt ställ-

194. Mendelson citerar Horatius (Ars poetica) tankvärda rader i sin Epilog i The Formation of Customary International Law. Citatet är hamtat från Horatius, Eng., övers., "*He thinks, not to create smoke from the lightning flash, but to bring light through the smoke*", Mendelson 272 RdC 1998, s. 396, not 662. Citatet lämpar sig väl för att allegoriskt beskriva den komplexa relation som råder mellan sedvanerättens objektiva och subjektiva element.

ningstagande. Detta är den voluntaristiska skolans uppfattning. Denna skolbildning bortser emellertid från *opinio juris*-begreppet i sitt resonemang. För voluntaristerna skapas sedvanerättens bindande förmåga genom att staterna avger ett samtycke. Det objektiva rekvisitet är inte alls lika viktigt som statens viljeyttrade samtycke. Som i en kontraktuell relation, där samtycket är uttalat, skapas den sedvanerättsliga bundenheten genom tysta överenskommelser/samtycken i sedvanerätten. För voluntaristerna är den allmänna folkrätten inte konsensuell utan grundas på staternas vilja. Staternas samtycke är en viljeyttrad handling och ingen stat kan därför bindas till sedvanerätten, mot sitt nekande.

Den *opinio juris*-baserade uppfattningen som representeras av en majoritet folkrättsjurister kännetecknas av att internationell sedvanerätt kan binda samtliga stater, förutom de stater som agerar som "persistent objectors". Detta möjliggörs genom "acquiescence"-mekanismens inverkan, vilket innebär att även de passiva staterna binds till den allmänna folkrätten. Detta innebär att det är en allmän *opinio juris* som beaktas vid en sedvanerättslig utvärdering.

Domstolspraxis på området visar emellertid att både den voluntaristiska och den *opinio juris*-baserade uppfattningen får stöd i doktrinen.

Dessa båda uppfattningar återspeglas också i den komplexa interaktion som råder mellan traktater och sedvanerätt. Om sedvanerätt manifesterats utanför en traktatregim behöver traktatsparterna i en traktat inte influeras av den sedvanerättsliga utvecklingen. Traktatens och sedvanerättens regler kan existera vid sidan av varandra. Detta bekräftades bl.a. i *Nicaragua Case*.

Om endast *opinio juris* manifesterats utanför traktatregimens ram kan traktasparterna genom *desuetudo* byta ut en bestämmelse i en traktat med den som är i färd att etableras utanför traktaregimens ram. Detta görs då *inter partes* genom tysta överenskommelser. Detta möjliggörs genom att *opinio juris* är den minsta gemensamma nämnare som återfinns i sedvanerätten och i *desuetudo*. Parterna binds genom tysta överenskommelser, men detta innebär inte – som i den voluntaristiska uppfattningen – att samtliga parter måste acceptera praxisutvecklingen och inte heller att parterna-som i den *opinio juris*-baserade uppfattningen – kan agera som "persisten objectors". Normsystemet inom traktatregimens ram har karakteristika som dels återspeglar den voluntaristiska och dels den *opinio juris*-baserade uppfattningen.

Kapitel 7 – Förhållandet mellan sedvanerätt och traktater

7.1 Introduktion

I tidigare kapitel har konstaterats att den sedvanerättsliga grundsatsen, *pacta sunt servanda* utgör den grundval som återfinns i både sedvanerätten och traktater och att detta medför att sedvanerätt och traktater samverkar. Det har sagts att sedvanerätten kan påverka innehållet i en traktat likväl som det omvända förhållandet kan gälla.

Syftet med detta kapitel är att konkret beskriva interaktionen mellan sedvanerätten och traktater. Kapitlet inleds med en diskussion om vad som egentligen är problemet när två jämbördiga källor möts och hur detta problem kan lösas. I anslutning härtill behandlas ändring i allmänhet och därefter undersöks informell modifikation och *desuetudo*. *Desuetudo* kan sägas vara distinkt från den sedvanerättsliga beskrivningen men innehåller viss sedvanerättslig karakteristik. Ett antal rättsfall följer som exemplifierar *desuetudo*-problematiken. Ny sedvanerätt och *desuetudo* av traktater diskuteras därefter. En närliggande fråga aktualiseras också som berör problemet om *desuetudo* automatiskt medför modifikation av en traktat. Frågan som också berörs här är förhållandet mellan efterföljande praxis som utvecklas inom en traktatregim och informell modifikation av traktater. Ett problem som introduceras men som diskuteras mer ingående i nästa kapitel berör skillnaderna mellan modifikation och tolkning av traktater. Begreppen är distinkta men blandas ofta ihop i doktrinen. Förarbetena till 1969 års traktaträttskonvention studeras därefter. Denna undersökning syftar till att klargöra om man ur denna kan fastställa någon övergripande princip om informell modifikation. Relevanta artikelutkast som inte togs med i den slutliga versionen av konventionen diskuteras. Frågan om *rebus sic stantibus*-problematiken diskuteras också och hur denna princip till följd av ny sedvanerätt kan vara en orsak till att artikel 62 i traktaträttskonventionen tillämpas. Avslutningsvis berörs också frågan om successiva traktater rörande samma ämne kan ha något att göra med informell modifikation.

7.2 Allmänt

Traktater är i princip endast bindande för parterna till traktaten och ej för "tredje part" – utomstående stater. Detta är den s.k. *pacta tertiis*- grundsatsen.[1] Trots detta kan staterna genom sina internationella överenskommelser på sikt påverka den folkrättsliga utvecklingen även för andra icke traktatsbundna stater. Traktater kan nämligen visa sig bli del i en sedvanerättslig process som resulterar i att ny rättsbildning etableras. Traktater och sedvanerätt täcker in varandra såtillvida att stora delar av den gällande sedvanerätten finns kodifierad i traktater och multilaterala konventioner.

Samspelet mellan traktater och sedvanerätt bekräftas genom artikel 38 i 1969 års Wienkonvention om traktaträtten som anger att en regel som antagits i en traktat kan bli bindande för tredje stat som en internationell sedvanerättsregel. Detta kan vara fallet då bestämmelser i en traktat som slutits mellan ett antal stater övergår till internationell sedvanerätt och blir bindande för andra än de fördragsslutande staterna. I det fallet har inte traktaten rättsverkan för tredje stat utan det är sedvanerätten som är rättskällan och som skapar rättsverkan gentemot tredje stat. Men om en artikel i en konvention inte återspeglar gällande sedvanerätt blir den ifrågavarande artikeln endast bindande för traktatsparterna, *inter partes*.[2]

I *Nicaragua Case* från 1986 konstaterade Haagdomstolen som tidigare nämnts att införlivandet av en norm i en traktat inte hindrade att den parallellt existerade vid sidan av traktatregimen som sedvanerätt.[3]

En majoritet av författarna i doktrinen är också av den uppfattningen att traktater-redan innan de trätt i kraft – i vissa fall kan vara *deklaratoriska* och bekräfta en viss sedvanerättsregel genom att ge den en auktoritativ formulering.

Normer som härstammar från traktater kan alltså överföras till den allmänna folkrätten genom att de sedvanerättsliga elementen manifesteras. Normerna blir då genom sedvanerätten även bindande för stater som inte är och som inte ämnar bli parter till konventionen.[4]

För att en domstol skall kunna göra en sedvanerättslig utvärdering om en traktat efter ikraftträdandet etablerat allmän folkrätt, måste den vara övertygad om att det går att utläsa en *opinio juris* som bekräftar sedvanans

1. VCLT artikel 34; Eek, Folkrätten, fjärde upplagan, Stockholm, 1987, s. 251.
2. Higgins, Problems & Process, Oxford 1994, s. 29.
3. Nicaragua Case, ICJ Reports, 1986, s. 93–94.
4. North Sea Continental Shelf Cases, ICJ Reports, 1969, s. 71, Se även Continental Shelf Case (Libya v. Malta), ICJ Reports, 1985, s. 29.

bindande verkan.[5] I *Continental Shelf Case (Libya v. Malta)* fastslog domstolen, trots att 1982 års havsrättskonvention antagits av en överväldigande majoritet stater, att det var domstolens skyldighet att undersöka i vilken utsträckning konventionens bestämmelser var bindande som sedvanerättsregler för parterna.[6]

Eftersom praxis inom ett område kan ge upphov till att internationell sedvanerätt eller allmän folkrätt bildas, kan även ett system av likartade traktater inom samma område ge upphov till att allmän folkrätt etableras. En ny sedvanerättsregel förutsätts också kunna uppstå genom traktatregleringar som kan få en i det närmaste universell anslutning. Detta gäller särskilt de s.k. konstitutionella traktater som ligger till grund för de stora internationella organisationerna. FN-stadgans folkrätt kan sägas ha skapat dels traktaträttsligt bindande normer för FN:s medlemsstater, dels påverkat den för alla stater gällande sedvanerätten.[7]

7.3 Sedvanerätt och traktater, två jämbördiga källor

Det har tidigare konstaterats (kapitel 3.9) att sedvanerätten och traktater står på samma hierarkiska nivå som folkrättens centrala källor och att de är normativt likställda med varandra.

Sedvanerätten har traditionellt intagit en grundläggande och primär ställning i folkrätten som *lex generalis* medan traktater kan sägas ha intagit en sekundär ställning som *lex specialis*. Traktater avviker från och kompletterar den allmänna folkrätten. En traktat kan påverka innehållet i en etablerad rättssedvänja likväl som det omvända förhållandet kan inträffa. Traktater och sedvanerätt kan även existera som enskilda regimer vid sidan av varandra. Detta förefaller vara en vedertagen folkrättslig uppfattning. Det råder däremot delade meningar i doktrinen om vilken teoretisk grund som möjliggör en samverkan mellan traktater och sedvanerätt. Företrädare för den s.k. voluntaristiska uppfattningen förklarar detta med att hävda att det endast är formen som skiljer traktater från sedvanerätt.[8] Den gemensamma normativa nämnaren utgörs av en samtyckesbaserad upp-

5. Nicaragua Case, ICJ Reports, 1986, s. 88–90.

6. Continental Shelf Case (Libya v. Malta), ICJ Reports, 1985, s. 30; North Sea Continental Shelf Cases, ICJ Reports, 1969, para 70; US Nationals in Marocco Case, ICJ Reports, 1952, s. 200.

7. Bring, FN-stadgans folkrätt, Stockholm, 1997, s. 20.

8. Tunkin, Theory of International Law, translated by Butler, London, 1974, s. 142.

fattning "consent" som antingen kan uttryckas skriftligt i traktater eller genom tysta överenskommelser i sedvanerätten.[9]

Andra är av uppfattningen att det är fråga om konkurrerande källor där sedvanerätt och traktater hierarkiskt står på samma nivå.[10] Den internationella rättens horisontella struktur gör det möjligt för staterna att fatta beslut på eget bevåg utan att någon internationell lagstiftande instans behöver påverka staterna. Detta under förutsättning att konflikten inte rör en tvingande allmän folkrättsnorm (*jus cogens*), som då skulle gälla före den andra regeln. [11]

Resultatet av att traktater och sedvanerätt normativt är likställda[12] ger vid handen att modifikation av traktater kan möjliggöras som en konsekvens av att ny sedvanerätt gör sig gällande som *lex posterior/lex specialis*. Detta kan vara början på en ny rättsbildning eller modifikation av en tidigare regel. Om källorna varit normativt hierarkiska skulle bara en källa kunnat influera den andra, dvs. högre rätt influera lägre. Det faktum att en rättsregel från en källa kan ersätta regler från en annan källa underlättar rättsbildningen. Ingen högre norm erfordras för att uppnå detta resultat. Den för nationell rätt gällande teorin om *actus contrarius* tillämpas inte inom folkrätten enligt vilken en rättsregel eller källa endast kan ändras eller upphöra att gälla med hjälp av regler eller källor av samma slag.[13] En ny sedvanerättsregel kan således antingen modifiera en tidigare sedvanerättsregel eller en tidigare antagen traktatsnorm.

Thirlway och Kontou är av uppfattningen att det är på grund av grundsatsen *lex posterior derogat priori* som en efterföljande sedvanerättsregel kan modifiera en traktat.[14] Byers är däremot kritiskt inställd till en sådan förklaring, eftersom han hävdar att den inte lyckas förklara grundsatsens utgångspunkt. Denna bygger enligt honom på rättmätiga förväntningar och är både juridiskt och sociologiskt betingad. Villiger är däremot av uppfattningen att en förpliktelse att avvika från en kontraktuell regel och följa en ny sedvanerättsregel (som håller på att utformas) möjliggörs eftersom folkrätten inte har någon hierarkisk källstruktur. Han hävdar också

9. Karl, Vertrag und Spätere Praxis im Völkerrecht, Berlin, 1983, s. 386.

10. Verzijl, International Law in Historical Perspective, Leyden, 1968, s. 85.

11. Kontou, The termination and Revision of Tretaies in the Light of New Customary International Law, Oxford, 1994, s. 23; Lysén, Europas grundlag, andra upplagan, Uppsala, 1993, s. 37.

12. Villiger, Customary International Law and Treaties, second edition, The Hague 1997, s. 58.

13. A a s. 59.

14. Thirlway, International Customary Law and Codification, Leiden, 1972, s. 131; Kontou, The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford, 1994, s. 20.

att denna förpliktelse att hålla sig till endast den sedvanerättsliga regeln är avgörande eftersom den medför att sedvanerättens nödvändiga rekvisit fastställs. Båda dessa uppfattningar är otillfredsställande enligt Byers. Den första för att den inte med någon övertygande logisk bevisning lyckas förklara varför denna process möjliggörs under det att den senare förklaringen är ett "policyargument".[15] Andra folkrättsförfattare hänvisar till *rebus sic stantibus*-grundsatsen som till följd av ny sedvanerätt kan vara en anledning att tillämpa artikel 62 i Wienkonventionen angående traktaträtten (se 7.12).

7.4 *Lex posterior* kontra *lex specialis*

Ovan konstaterades bl.a. att traktater och sedvanerätt folkrättsligt står på samma hierarkiska nivå och att de är normativt likställda. Detta innebär att *lex superior*-principen inte kan existera i förhållande mellan sedvanerätten och traktater.[16] Detta innebär också att modifikation av en traktat kan möjliggöras som en konsekvens av att ny sedvanerätt gör sig gällande som *lex posterior* eller *lex specialis*. Om det inte går att fastställa vilken norm som är den senast tillkomna eller är den som reglerar ett speciellt förhållande kompletterar principerna *lex specialis* eller *lex posterior* var för sig varandra. Detta kan vara fallet då en traktat och en rättssedvänja inom ett och samma ämnesområde kommer fram till olika resultat. Några författare hävdar att *lex posterior* alltid vinner företräde framför *lex prior* även om den tidigare uppkomna normen skulle vara av särskild art.[17] Andra hävdar däremot motsatsen nämligen att en senare uppkommen lag som är allmänt hållen inte vinner företräde framför en tidigare antagen lag som reglerar ett speciellt förhållande – *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*.[18]

Om en norms särskilda karaktär fastställs på grund av att den är mer detaljerad inom samma ämnesområde – *ratione materia* – i förhållande till en senare uppkommen norm av allmän räckvidd, påtalar *lex posterior generalis non derogat legi priori specialis*-principen det uppenbara enligt Kontou, nämligen att stater kan sluta avtal som är konstruerade så att de

15. Byers, Custom, Power and the Power of Rules, Cambridge, 1999, s. 179 not 69.

16. Lysén skriver att "[f]örekomsten av *jus cogens*-regler i allmän folkrätt medför ... att sådana regler gäller före andra regler vid konflikt". Europas grundlag, andra upplagan, Uppsala 1993, s. 37.

17. Monaco, Cours géneral de droit international public, 125 RdC 1968-III, s. 214.

18. Bos, The Hierarchy Among the Recognized Manifestations ("Sources") of International Law, i Estudios de derecho international. Homenaje al Professor Miaja De La Muela, Madrid 1979, s. 364–366.

möter specifika omständigheter som avviker från den allmänna folkrätten/sedvanerätten.[19] En tidigare antagen traktat som tecknats i syfte att vara ett undantag från den allmänna sedvanerätten förblir gällande mellan parterna oaktat om ny sedvanerätt etableras utanför traktatregimens ram. Omvänt gäller förhållandet att en traktat som reglerar ett speciellt förhållande mellan ett begränsat antal stater – *ratione personae* – inte nödvändigtvis vinner företräde framför en efterföljande allmän sedvanerättsnorm.[20] Detta gäller i den mån sådana regler finns bortom traktatregimen och andra särskilda förhållanden.

7.5 Ändring i allmänhet

En formell ändring av en traktat kan uppnås genom de bestämmelser som traktaten föreskriver ("amendments"), eller genom att en ny överenskommelse tecknas mellan parterna. Utöver det formella förfarandet kan en traktat även ändras informellt genom uppkommen praxis vid tillämpningen av traktaten som modifierar traktatens ursprungliga innehåll. I det fallet benämns modifikationen för informell och kan leda till att den får permanent varaktighet. Man talar då också om att en *de facto*-modifikation uppstått. En traktat kan också modifieras informellt genom att ny sedvanerätt modifierar traktatens innehåll. Här görs alltså en distinktion mellan sådan informell modifikation som utvecklas till följd av efterföljande praxis, inom en traktatregim och sådan informell modifikation som utvecklas till följd av att ny sedvanerätt etableras.

I teorin används termerna ändring "amendment", revision och modifikation om vartannat i den folkrättsliga litteraturen. Begreppen används för att ange en förändring av en gällande traktats bestämmelser som framkallats genom parternas överenskommelser.[21] Begreppen är däremot åtskilda såtillvida att ändring och revision i regel innebär en revision av hela traktaten med verkan för samtliga traktatsparter.[22] Modifikation däremot betecknar ofta en *inter se*-överenskommelse mellan endast några parter till en multilateral traktat, förutsatt att en sådan är tillåten.[23] Revision beteck-

19. Kontou, The termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford, 1994, s. 24.

20. A a s. 24; Karl, Vertrag und Spätere Praxis im Völkerrecht, Berlin 1983, s. 89–90.

21. Brownlie, Principles of Public International Law, fifth edition, Oxford 1998, s. 630–631; YBILC 1966-II, s. 232; Se även Schröder, i Amendments to and Review of the UN Charter, s. 491–499: Documents on Reform of the United Nations (Taylor et al. Eds), Dartmouth 1997.

22. VCLT artikel 39.

23. VCLT artiklarna 40–41.

nas också som ett formellt förfarande som kräver att vissa enligt traktaten uppställda procedurer följs. FN-stadgans artiklar 108 och 109 föreskriver t.ex. de procedurer som fordras för att stadgan formellt skall ändras. Där talas det bl.a. om att varje ändring av stadgan som föreslås på en allmän konferens kräver två tredjedelars majoritet för att träda i kraft.

7.6 Informell modifikation av traktater

7.6.1 Informell modifikation som begrepp

I detta arbete används begreppet informell modifikation – eller bara modifikation – för att beskriva händelsen då en bestämmelse i en traktat ändras på ett icke stadgereglerat sätt dvs. att en ändring i något avseende kommit till stånd av en traktat. Konsekvensen av informell modifikation blir att en traktatsbestämmelse byts ut mot en annan bestämmesle under förutsättning att traktatsparterna är överens om att så skall ske.

Det har tidigare i detta arbete konstaterats att den oskrivna sedvanerätten – *lex non scripta* – kan komplettera den skrivna rätten genom att nya rättsuppfattningar och praxis vinner allmän acceptans. En traktat är därför i praktiken i ständig rörelse: "The ink is hardly dry on the document which a treaty is concluded and already there are forces at work which may change its contents and affect its validity" skriver Karl.[24] Motorn i denna utvecklingsprocess är staternas egen praxis. Staternas praxis kan modifiera traktatens utformning direkt eller indirekt. Ändring av traktat kan antingen göras formellt, dvs. skriftligt exempelvis vid en konferens i enlighet med de normer traktaten föreskriver, eller informellt. Orsakerna till ny praxisutveckling kan vara att traktatsparterna inte följer traktaten i strikt mening på grund av att traktatens bestämmelser i vissa avseenden är svåra att tillämpa. Det kan vara fråga om att en artikel har blivit obsolet, eller att parterna av någon anledning inte vill följa traktatens föreskrivna regler om ändring.[25] Frågan är om det över huvud taget finns någon rättslig grund för modifikation till följd av efterföljande praxis.

1969 års Wienkonvention om traktaträtten anses till stora delar kodifiera gällande sedvanerätt på traktaträttens område och betecknas som ett "law-making treaty". Konventionen är mer eller mindre heltäckande och innehåller bl.a. regler om ändring och modifikation av traktater (del IV) och regler om traktaters ogiltighet, upphörande och suspension (del V).

24. Karl, Vertrag und Spätere Praxis im Völkerrecht, Berlin, 1983, s. 377.
25. Degan, Sources of International Law, The Hague 1997, s. 250.

Konventionen behandlar däremot inte frågan om hur uppkommen statspraxis påverkar traktater, förutom i de fall då traktater strider mot en tvingande allmän folkrättsnorm – *jus cogens*.[26] Däremot behandlas frågan om efterföljande praxis i samband med tolkning i konventionen (se avsnitt 7.6.2). Många författare förefaller därför vara av den uppfattningen att då konventionen inte nämner något om informell modifikation av traktater är den möjligheten utesluten.[27] En granskning av ILC:s förarbeten till Wienkonventionen ger vid handen att informell modifikation av traktater faktiskt diskuterades och beaktades av kommissionen.[28]

Artikelutkastet som behandlade frågan om informell modifikation av traktater togs emellertid inte med i Wienkonventionen. Anledningen till att artikeln inte togs med var att man var rädd för att spörsmålet skulle försvåra den allmänna diskussion, som fördes avseende förhållandet mellan sedvanerätt och traktaträtt.[29] I ett artikelutkast (artikel 73 – "Effects of a later customary rule or a later agreement on interpretation of a treaty") som ILC i ett inledande skede diskuterade och som skulle komma att utgöra underlag för den fortsatta diskussionen angående informell modifikation av traktater, konstaterades det att i händelse av konflikt mellan en kontraktuell och en sedvanerättslig regel inte skulle röra sig om en tolkningsfråga utan snarare om modifikation. Några stater där ibland Frankrike var tveksamt inställda till att behandla frågan som en som sorterar in under tolkning av traktater.[30] Kommissionens ordförande Waldock accepterade denna uppfattning och föreslog därför att en ny artikel 68 infördes och som rubricerades "Modification of treaties by subsequent treaty ... or by customary law". Längre fram i kapitlet förklaras varför denna artikel också uteslöts ur utkastet.

Ingenting hindrar emellertid att den allmänna folkrättens/sedvanerättens regler förblir gällande för frågor som ej reglerats genom bestämmelserna i Wienkonventionen om traktaträtten,[31] vilket stipuleras i konventionens preambel.

Som tidigare nämnts rör tolkning och modifikation två skilda förfaranden som är så nära knutna till varandra att de ofta blandas ihop. Fastställandet av artikelns tolkningsutrymme är avgörande för att tydliggöra den-

26. VCLT artikel 64.

27. Bowett, Treaty Revison in the Light of the Evolution of Customary International Law, 5 AJCIL, 1993, s. 87.

28. Se avhandlingsavsnitt 7.11–7.11.5.

29. Bowett, Treaty Revison in the Light of the Evolution of Customary International Law, 5 AJCIL, 1993, s. 88.

30. Se Reuters uttalande, YBILC 1964-I, s. 35.

31. Danielenko, Law-Making in the International Community, Dordrecht 1993, s. 162.

na distinktion mellan tolkning och modifikation.[32] Trots tydliggörandet förblir distinktionen knepig, åtminstone om den skall göras med vetenskaplig akribi. Fastställandet av tolkningsutrymmet diskuteras mer ingående i åttonde kapitlet.

7.6.2 *Modifikation genom tolkning?*

Trots att 1969 års Wienkonvention om traktaträtten inte nämner något om informell modifikation av en traktat förefaller en inledande behandling av ämnet ändå vara att studera Wienkonventionens regler om tolkning av traktater.[33] Detta görs med tanke på att många folkrättsförfattare tar till tolkningsmetoder för att förklara en sedvanerättslig praxisutvecklings påverkan på en bestående traktat. Dessa författare finner stöd i Wienkonventionens regler om tolkning. Wienkonventionen ger därom utförlig vägledning under rubriken "General rule of interpretation". Wienkonventionen använder "regel" i singularis för att ange att tolkningsprocessen är en enhet och att artikelns text utgörs av en enda integrerad regel.[34]

Enligt artikel 31(1) skall en traktat tolkas "in good faith in accordance with the ordinary meaning" där tolkningens startpunkt är textuell och inte en undersökning *ab initio* av parternas avsikter. Den andra punkten 31(2) talar om "context" – sammanhang – där hänsyn tas till efterföljande avtal om traktaters tolkning. Den tredje punkten 31(3)(a) anger att utöver sammanhanget skall hänsyn tagas till "subsequent agreement" efterföljande överenskommelser. Artikel 31(3)(b) anger "subsequent practice" som tillkännager parternas uppfattning om tolkningen av en traktat.[35] Efterföljande "praxis" kan vara ett resultat av ett antal handlingar – positiva eller negativa. Hänvisningen som görs till "efterföljande praxis" syftar tillbaka på uttrycket "traktatens ingående" i artikel 31(2)(a). Med "efterföljande praxis" förstås därför en praxis som uppstått tidigast från den tidpunkt då den tolkade traktaten antogs som slutlig.[36]

32. Sinclair, The Vienna Convention on the Law of Treaties, second edition, Manchester, 1984, s. 138.

33. Skilda organ tolkar traktater: traktatsparterna själva genom sina regeringar eller domstolar samt internationella organ av skilda slag. Se Eek, Introduktion till Folkrätten, Stockholm 1963, s. 47 ff.; se även Brownlie, Principles of International Law, fourth edition, Oxford 1990, s. 626 ff.

34. Konferensen i Wien 1968 och 1969 Angående Traktaträtten, Kungl. Utrikesdepartementet: Den svenska delegationens slutrapport, Stockholm 1970, s. 123, jfr Linderfalk, Om tolkning av traktater, Lund, 2001, s. 7.

35. Sinclair, The Vienna Convention on the Law of Treaties, second edition, Manchester 1973, s. 136–138; Linderfalk, Om tolkning av traktater, Lund, 2001, kap. 4, 5 och 6, s. 112–201.

36. Linderfalk, Om tolkning av traktater, Lund, 2001, s. 188.

Paragraf 31(3)(c) tillägger ett tredje element att ta hänsyn till, nämligen "relevant rules of international law applicable in the relations between the parties".[37] I detta avseende aktualiseras sådana begrepp som tolkas evolutivt. I en tidigare version av artikeln hade en tidsbestämning "in force at the time of its conclusion" knutits till artikeln. Mot tidsbestämningen riktades emellertid kritik för att den inte tog hänsyn till problemet om verkan av en utveckling i fråga om tolkningen av rättsliga termer i traktater.[38]

Denna artikel är emellertid svår att förena med en annan allmän folkrättslig princip, nämligen den om samtidighet "intertemporal law" som fastställer att bestämmelserna i en traktat skall ges den innebörd vid den tidpunkt då traktaten ingicks.[39] Principen om samtidighet finner sitt ursprung i skiljedomen från 1928, *Island of Palmas* där domaren Max Huber yttrade:

> a juridical fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it and not of the law in force at the time when the dispute in regard to it arises or falls to be settled.[40]

Huber hävdar alltså att domstolen vid tolkning och tillämpning av traktater skall gå efter den rätt som gällde vid traktatens ingående och inte efter den som gällde vid en senare tidpunkt. Detta yttrande har därefter fått genomslag i efterföljande praxis.[41] Trots den förevarande principen om samtidighet, skriver Sinclair att det finns utrymme för en:

> narrow and limited proposition that the evolution of the law can be taken into account in interpreting certain terms in a treaty which are by their very nature expressed in such general terms as to lend themselves to an evolutionary interpretation.[42]

37. A a s. 201 ff.

38. Konferensen i Wien 1968 och 1969 angående traktaträtten: Den svenska delegationens slutrapport, Stockholm 1970, s. 125; Sinclair, The Vienna Convention on the Law of Treaties, second edition, Manchester, 1973, s. 138–139; se även Eek, Folkrätten, fjärde upplagan, Stockholm, 1987, s. 254 ff.

39. Rosenne, Practice and methods of international law, London, 1984, s. 15–16, av samme författare Developments in the Law of Treaties 1945–1986, Cambridge, 1989, s. 76 ff.; Sinclair, The Vienna Convention on the Law of Treaties, second edition, Manchester, 1973, s. 139–141.

40. Skiljedomen Island of Palmas 1928, U.N.R.I.A.A. vol. II, s. 845.

41. Se Rights of US Nationals in Marocco, ICJ Reports 1952 s. 189; South West Africa Case, ICJ Reports 1966 s. 23, "in order to determine what the rights and obligations of the Parties relative to the Mandate were and are ... the Court must place itself at the point in time when the Mandates system was being instituted ... the Court must have regerded to the situation as it was at the time ... "; Namibia Advisory Opinion, ICJ Reports 1971 s. 31: "Mindful as it is of the primary necessity of interpreting an instrument in accordance with the intentions of the parties at the time of its conclusion ...".

42. Sinclair, The Vienna Convention, andra upplagan, Manchester, 1984 s. 140.

Vid en evolutiv tolkning av en traktat tas alltså hänsyn till rättstillståndet och omständigheterna vid tidpunkten för en tvist.[43] Sinclair räknar t.ex. upp begrepp som "territorialhav", "kontinentalsockel", "public policy" och "domestic jurisdiction". Exemplen som faller in under denna evolutiva kategori, kan tolkas i ljuset av den tid som förflutit sedan traktaten ingicks.[44]

Utöver tolkning av begrepp i traktater vars innebörd var ämnade att följa den folkrättsliga utvecklingen kan en efterföljande praxisutveckling också beaktas för att klargöra oklarheter eller för att fylla ut luckor i traktattexten.[45] Det som en sedvanerättslig praxisutveckling tillför i detta sammanhang begränsas emellertid av den innebörd bestämmelserna ges vid tokningen.[46] En bestämmelse i en traktat kan emellertid inte tolkas i ljuset av en praxisutveckling som motsätter sig bestämmelsens övergripande ändamål och syfte.[47] Ett sådant beaktande av efterföljande praxis skulle i realiteten medföra en modifikation av en ifrågavarande bestämmelse i traktaten.[48]

Som tidigare nämnts kan gränsen mellan tolkning och informell modifikation av en traktat ibland vara oklar och det finns olika uppfattningar i doktrinen om huruvida en sedvänja kan förlikas med en traktattext. Rent formellt är det dock två skilda saker.[49] Skillnaden kanske framgår bäst när man studerar förfaranden från internationella domstolar, då dessa har kompetens att tolka men inte modifiera/ändra traktater. Om en sedvanerättsregel etableras vid sidan av en traktatregim som i sin ursprungliga form fortfarande är i kraft kan antingen domstolen tolka den nya sedvanerättsregeln i ljuset av den ursprungliga texten eller om inte detta är möjligt beakta traktaten i sin ursprungliga form.[50] Schwarzenbergers rader är också förtydligande när han skriver:

43. Lysén, Europas Grundlag, andra upplagan, Uppsala, 1993, s. 72.

44. Sinclair, The Vienna Convention on the Law of Treaties, second edition, Manchester, 1984, s. 139–140; se aven Lysén's hanvisning till de fall då Europakonventionen tolkats evolutivt. Europas grundlag, andra upplagan, Uppsala, 1993, s. 72 not 4.

45. Kontou, The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford, 1994, s. 18; Villiger, Customary International Law and Treaties, The Hague 1997, s. 265–266.

46. Sinclair, The Vienna Convention on the Law of Treaties, second edition, Manchester, 1984, s. 114.

47. Kontou, The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford, 1994, s. 19.

48. A a s. 19.

49. YBILC, 1966-II, s. 236.

50. Kontou, The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford, 1994, s. 19.

> While the revision of a treaty has its object the change, for the future, of a text that may be perfectly clear, treaty interpretation aims at the establishment of the true meaning of the treaty at the time when it was concluded.[51]

Några exempel på hur internationella domstolar *tolkat* traktater till följd av efterföljande sedvanerätt kan vara belysande.

7.6.3 Domstolspraxis avseende tolkning

I skiljedomen mellan *Guinea-Bissau och Senegal* hade domstolen att ta ställning till om ett avgränsningsavtal från 1960 fortfarande var giltigt mellan parterna. Om svaret skulle visa sig vara negativt ombads domstolen dra den nya gränslinjen. Domstolen avkunnade sin dom i Genève 1989.[52] Guinea-Bissau hävdade att avgränsningsavtalet från 1960 inte var giltigt, då det slutits innan landet vunnit självständighet. I vilket fall som helst var avtalet slutet med stöd av 1958 års Genèvekonvention och återspeglade inte de förändringar som skett inom havsrättens området och som intagits i 1982 års havsrättskonvention. 1982 års havsrättskonvention hade inte trätt i kraft vid den speciella tidpunkten men återspeglade gällande sedvanerätt på området. Guinea-Bissau hävdade därför att gränsavtalet var ogiltigt, eftersom det inte var förenligt med den nya sedvanerätten på området.[53]

Domstolen klargjorde att avtalet skulle tolkas i ljuset av den rätt som gällde vid traktatens ingående. Domstolen var emellertid beredd att i det specifika fallet betrakta den utveckling som skett inom havsrättens område så länge den inte stod i strid med domstolens kompetens att tolka traktater och inte ändra dem. Domstolen vidhöll att termerna "territorialhav", "tilläggszon" ("contigous zone") och kontinentalsockel som fanns med i 1960 års gränsavtal skulle tolkas i enlighet med den sedvanerättsliga innebörd begreppen hade vid domens avkunnande.

I skiljedomsfallet mellan Storbritannien och Frankrike (*the UK/France Continental Shelf Arbitration*) fick en domstol år 1975 i uppdrag att dela kontinentalsockeln mellan länderna i engelska kanalen i enlighet med gällande folkrätt. Skiljedomen avkunnades 1977 och däri behandlades förhållandet mellan traktater, 1958 års kontinentalsockelkonvention och påstådd ny sedvanerätt som utvecklats avseende avgränsningen av närliggan-

51. Schwarzenberger, A Manual of International Law, fourth edition, Vol. I, London, 1950, s. 152.

52. 83 ILR 1990, s. 1.

53. Kontou, The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford, 1994, s. 133.

de staters eller mitt emot liggande staters kontinentalsocklar. Båda staterna hade ratificerat 1958 års konvention som klargjorde att då inga avgränsningsavtal förelåg mellan staterna skulle gränslinjen fastställas enligt mittlinjeprincipen (kontinentalsockelkonventionens artikel 6).

Frankrike hävdade att alla fyra Genèvekonventionerna från 1958 hade blivit obsoleta på grund av den tredje havsrättskonferensens arbete och den bekräftelse denna fått genom staternas praxis på området. Storbritannien hävdade å sin sida att några nya sedvanerättsliga regler inte utvecklats. I vilket fall som helst utgjorde Frankrikes relation till Storbritannien ett fortsatt erkännande och bekräftelse på att 1958 års Genèvekonventioner gällde mellan parterna. I enlighet därmed hade inte 1958 års kontinentalsockelkonvention övergivits av parterna i deras inbördes relation till varandra eller framställts som obsolet på grund av en framväxande sedvanerättslig praxisutveckling. Domstolen sade att fastän artikel 6 i 1958 års kontinentalsockelkonvention var tillämpbar i Channel Islands-regionen:

> this does not ... mean that ... the rules of customary law discussed in the *North Sea Continental Shelf* cases ... (are) inapplicable in the present case ... (T)he provisions of Article 6 do not define the condition for the application of the equidistance special circumstances rule and the rules of customary law have the same object ... The rules of customary law are a relevant and even essential means both of interpreting and completing the provisions of Article 6.[54]

Kontou skriver att denna attityd dikteras av vad domstolarna uppfattar vara domstolens primära kompetens, nämligen att tolka och inte modifiera traktater. Tillämpningen av ny sedvanerätt som ändrar traktatens innebörd – eller en bestämmelse i traktaten – skulle inte innebära tolkning utan modifikation. Under sådana omständigheter kan i bästa fall en domstol indikera hur traktaten bör ändras/modifieras för att vara i fas med gällande sedvanerätt.[55]

Sammanfattande kan sägas att sedvanerätten kan som i de fall som hittills beskrivits fylla en supplementär funktion. Om en norm i ett specifikt sammanhang inte definierats kan sedvanerätten fylla en funktion. Om den skrivna normen är generellt avfattad eller tvetydigt formulerad kan sedvanerätten återigen komplettera med att ge bestämmelsen en möjlig betydelse. Sedvanerätten kan således fylla de luckor som uppstår i tolkningen av de konventionella bestämmelserna. I de fall där endast en del av sedvane-

54. ILR 54, 1979 s. 7; se aven Kontou, The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford, 1994, s. 133.

55. Kontou, The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford, 1994, s. 133–134.

rätten kodifierats i en konvention, förblir den resterande delen tillämpbar som sedvanerätt.[56]

7.7 Informell modifikation som process

Informell modifikation beskriver en process som får till följd att en bestämmelse i en traktat ändras på ett icke stadgeenligt sätt. Med *de facto* modifikation menas en sådan informell ändring som får permanent varaktighet.

Det råder ett ömsesidigt förhållande mellan ändring och informell modifikation av traktater. Om en traktat regelbundet – eller när så anses erforderligt – ändras i enlighet med de bestämmelser traktaten föreskriver är behovet av att modifiera traktaten informellt inte lika stort. Omvänt gäller förhållandet att om en traktats föreskrivna regler om ändring inte effektueras ökar de tillfällen då informell modifikation kan förverkligas.[57]

Det är som tidigare nämnts inte ovanligt att parterna till en traktat tillämpar densamma i en modifierad form som inte föreskrivs i traktaten. Denna procedur kan sägas fungera som ett substitut till ändring. Distinktionen mellan tolkning och informell modifikation av en traktat kan vara svår att bibehålla. Denna linje kan ibland också med avsikt överträdas. Då detta inträffar modifieras traktaten informellt i skenet av tolkning. Informell modifikation av traktater tas ofta till för att kunna handskas med en exceptionellt uppkommen situation eller för att kunna kringgå ett tidsödande formellt ändringsförfarande av en traktat där utgången kan vara oviss. Det kan också vara så att parterna vill pröva den informella modifikationen innan den formellt introduceras för traktatsparterna och för att få deras syn på ändringen.

Ett informellt modifikationsförfarande kan däremot antingen lätt upphävas eller genom ouppmärksamhet från parternas sida få rättsligt bindande konsekvenser för traktatparterna. Resultatet av det inträffade kan då jämställas med (formell) ändring. Det informella förfarandets juridiska förankring kan förklaras antingen med att handlingen helt enkelt tyst accepteras av parterna eller genom en sedvanerättslig utveckling som påverkar traktatregimens innehåll.

Det första fallet avser en praxis som uppstår i en traktatregim och som tillämpas på ett sätt som skiljer sig från vad som föreskrives i någon av dess

56. Villiger, Customary International Law and Treaties, The Hague 1985, s. 270.

57. Zacklin, The Amendment of the Constitutive Instrument of the United Nations and Specialized Agencies, Leyden, 1968, s. 172; Blum, Eroding the United Nations Charter, Dordrecht 1993, s. 240.

bestämmelser. Ett allmänt samtycke krävs då för att denna praxis skall vara juridiskt bindande (se avnsitt 4.7 och 7.11.3). I det senare fallet är det ett resultat av en efterföljande praxis som uppstått utanför en traktatregim och som inkluderar sedvanerättens karakteristika.

Zacklin gör en ytterligare distinktion när det gäller informell modifikation inom en traktatregim. Han gör skillnad mellan en utveckling som sker *sub lege* och en som sker *contra legem*. I det första fallet sker ändringen inom instrumentets tolkningsutrymme och framkallar ingen informell modifikation (om tolkningsutrymme se 8.3.4). Bara i de fall en utveckling sker *contra legem* kan en informell modifikation "i ordets rätta bemärkelse" konstitueras.[58]

7.7.1 *Informell modifikation – en progressiv process*

Ny sedvanerätt som utvecklas utanför traktatregimen får inte den ursprungliga kontraktuella regeln att upphöra på en gång. Upphörandet av en gällande traktatbestämmelse kan ses som en stegvis process där allt fler parter till traktaten och även icke traktatsanslutna ansluter sig till den framväxande praxisutvecklingen. Karl talar om en långsamt sönderfallande process varigenom en rättsregel förlorar sin normativitet.[59] Först när en sedvanerättslig regel är etablerad uppstår en rätt att inte längre följa traktatregimens skrivna bestämmelse som vid det stadiet rent faktiskt kommer att vara oförenlig med gällande praxis. I praktiken uppstår rättsändringen genom att fördragsparterna inte tillämpar den ursprungliga bestämmelsen som är i färd att ändras. Den folkrättsliga termen för detta förfarande är *desuetudo* och kan ta viss tid att fullborda (se nedan).[60]

I det läget fyller inte heller traktatens bestämmelser om uppsägning, frånträde eller andra stadgereglerade tillvägagångssätt om tillägg eller upphörande någon funktion. Ett misslyckande att påkalla dessa regler framkallar ändå inte någon ändring, eftersom den ifrågavarande regeln rent faktiskt inte längre är i kraft. Men Akehurst konstaterar att:

> failure to denounce strengthens the presumtion that the treaty has not been replaced by a subsequent conflicting customary rule.[61]

58. Zacklin, The Amendment of the Constitutive Instruments of the United Nations and Specialized Agencies, Leyden 1968, s. 173.

59. Karl, Vertrag und Spätere Praxis im Völkerrecht, Berlin, 1983, s. 386.

60. Kontou, The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford 1994, s. 25.

61. Akehurst, The Hierarchy of the Sources of International Law, 47 BYBIL, 1974/1975, s. 276.

7.7.1.1 *Desuetudo*

En traktat eller en artikel i en traktat kan alltså upphöra att gälla eller modifieras. I folkrättslig terminologi benämns upphörandet för *desuetudo*. Begreppet innebär att en traktat eller en traktatsbestämmelse kontinuerligt ignoreras av en eller flera traktatsparter och övriga traktatsparter stödjer den genom ett tyst medgivande. Kelsen skriver att:

> [i]f the norm remains permanently inefficacious, the norm is deprived of its validity by 'desuetudo' .[62]

Schwarzenberger förtydligar genom att skriva:

> The term *desuetude* of a treaty is borrowed from the lawcreating process of customary law. In the same way as *opinio juris sive necessitatis* transforms a practice or usage into a rule of international customary law, so a change in this *opinio* may lead to a modification or abrogation of such a rule.[63]

Villiger talar som en inverterad sedvanerättslig process. Om ett av sedvanerättens element faller bort, t.ex. genom att praxis inte längre är omfattande, de speciellt berörda staterna inte längre följer rättssedvänjan eller rättssedvänjan har blivit inkonsekvent och en *opinio juris* inte går att fastställa kommer rättsregeln att upphöra att gälla.[64]

Resultatet av *desuetudo* är att det i regel framkallas en ny bestämmelse som kan konkurrera ut den gamla bestämmelsen.[65] *Desuetudo* kan antingen få en traktat eller en norm att bli en död bokstav eller också kan efterföljande praxis/sedvanerätt få traktaten eller normen ifråga att modifieras.[66]

I the American Law Institute's Restatement of Law talas det om att:

> A new rule of customary law will supersede inconsistent obligations created by earlier agreement if the parties so intend and the intention is clearly manifested,[67] in which case the earlier provision in the agreement is deemed to have expired by mutual agreement or by desuetude.[68]

62. Kelsen, General Theory of Law and State, Cambridge, 1945, s. 119.
63. Schwarzenberger, International Law, Vol. I, London, 1957, s. 535.
64. Villiger, Customary Internationel Law and Treaties, The Hague 1997, s. 55.
65. Akehurst, Modern Introduction to International Law, seventh edition, (P. Malanczuk, ed.), London 1997, s. 56; se även Akehurst i The Hierarchy of the Sources of International Law, 47 BYBIL, 1974/1975, s. 275.
66. Villiger, Customary International Law and Treaties, The Hague 1997, s. 55.
67. US Restatement of the Law of Foreign Relations (Washington 1986), i. 102, kommentar (j).
68. A a s. reporter's note 4.

Bruno Simma skriver att:

> One special form of informal modification of the Charter is desuetude, i.e. the laps of a Charter provision because of a continous non-application over a substantial period of time, accompanied by *opinio juris*. Desuetude is not to be confused with obsolescence, however, which merely implies that the provision has lost its particular significance after fulfilment, expiry of a time-limit, or a fundamental change of circumstances.[69]

Desuetudo av FN-stadgan diskuteras närmare i kapitel 8.[70]

Händelseförloppet förklaras bättre om två faser introduceras i den modifierande processen. I den första fasen kan en *opinio non juris* eller negativ praxis framkalla *desuetudo*. Artikeln eller traktaten ifråga tillintetgörs, blir en död bokstav. För att en bestämmelse skall betraktas som om den skall ha upphört att gälla räcker det inte med att under en viss tid inte ha tillämpat bestämmelsen. Fördragsparterna måste också i de fall det förväntats att bestämmelsen ifråga skulle ha tillämpats, ha försummat att tillämpa densamma[71]. Den andra fasen tar vid där den första slutar genom att praxis – inom en regim eller genom efterföljande sedvanerätt – modifierar den tidigare bestämmelsen. I doktrinen används begreppet likalydande för att om vartannat beskriva båda händelserna.[72]

Desuetudo beskrivs vidare i den folkrättsliga litteraturen som en traktats upphörande som baseras på parternas implicita samtycke.[73] Brownlie skriver att:

> the topic of 'desuetudo', which is probably not a term of art, is essentially concerned with discontinuance of use of treaty and its implied termination by consent.[74]

Schwarzenberger talar om modifikation och hävdar att en traktat kan modifieras till följd av en efterföljande allmän folkrättsnorm. Schwarzenberger menar att detta är möjligt på grund av den internationella sedvanerättens dispositiva karaktär. För att detta emellertid skall realiseras krävs dock att samtliga traktatsparter uppfattar den efterföljande normen som

69. Se Karl & Mützelburg, Article 108, i Simma, (ed).,The Charter of the United Nations: A Commentary, Oxford, 1994, s. 1167–1168. Se även Karl, Vertrag und Spatere Praxis im Völkerrecht, Berlin, 1983, s. 386.

70. Följande bör noteras. I Black's Law Dictionary finns inte *desuetudo* upptaget men begreppet obsolens finns däremot med. Obsolens förklaras med: "The term is applied to statutes which have become inoperative by lapse of time, either because the reason for their enactement has passed away, or their subject-matter no longer exists, or they are not applicable to changed circumstances, or are tacitly disregarded by all men, yet without being expressly abrogated or repealed". Andra juridiska ordböcker använder sig av begreppen *desuetudo* och obsolens i det närmaste synonymt.

71. Mc Nair, Law of Treaties, Oxford, 1961 s. 518.

72. Karl, Vertrag und spätere Praxis im Volkerrecht, Berlin, 1983, s. 257.

73. Brownlie, Principles of Public International Law, fifth edition, Oxford, 1998, s. 621–622.

74. A a s. 622, se även YBILC 1966-II, s. 237.

rättsligt bindande. Resultatet som uppnås är då "tacit modification or abrogation of the treaty".[75]

Nedan följer några exempel på hur domstolar resonerat kring begreppet *desuetudo* (se även avsnitt 7.8.1). I de fall som refereras nedan används emellertid begreppet *desuetudo* för att påtala att *desuetudo* inte föreligger.

7.7.1.2 Domstolspraxis – avseende *desuetudo*

Ett av de första fallen gällande *desuetudo* som doktrinen refererar till är *Yuille, Shortridge and Company Claim Arbitration* från 1861 mellan Storbritannien och Portugal.[76] Portugal hävdade att artikel 7 i ett alliansavtal från 1654 mellan länderna hade fallit i *desuetudo*. Senaten i Hamburg, som utsetts av parterna att agera som skiljedomare i tvisten, hävdade att för att kunna bevisa *desuetudo* av artikeln räckte det inte att Portugal hävdade att brittiska medborgare inte tagit del av de rättigheter som artikeln föreskrev. Skiljedomstolen hävdade att för att kunna påvisa att *desuetudo* förelåg krävdes en akt, där den brittiska regeringen uttryckligen hävdade att artikeln på grund av *desuetudo* upphört att gälla. Domstolen konstaterade emellertid att traktater kunde upphöra att gälla med hjälp av *desuetudo*-mekanismens inverkan. I avsaknad av bevis för att *desuetudo* förelåg avvisade domstolen Portugals påstående.

Internationella domstolar använder sig också av begreppet *desuetudo* för att beskriva en situation då en traktat upphör att gälla genom att parterna avger ett implicit samtycke. I *Nuclear Test Case (Australien/Frankrike)*, från 1974 aktualiserades frågan om 1928 års generalakts fortsatta giltighet. Australien framförde en önskan till Internationella domstolen om att den skulle besluta om interimistiska åtgärder mot Frankrike med hänvisning till stadgans artikel 41 och med hjälp av generalaktens artikel 33 från 1928. Frankrike anförde att 1928 års generalakt kommit ur bruk, dvs. fallit i *desuetudo*, och att den därför gått samma öde till mötes som Nationernas Förbund hade gjort. Denna uppfattning, hävdade Frankrike, framgick av parternas handlande.[77] Haagdomstolen undersökte frågan avseende interimistiska åtgärder endast mot bakgrund av stadgans artikel 41 och

75. Schwarzenberger, International Law, Vol. I, third edition, London 1957, s. 535.

76. Lapradelle and Politis, Recueil des arbitrages internationoux, Paris, 1932, ii, s. 101., se aven Schwarzenberger, International Law, Vol. 1, third edition, London 1957, s. 535–536; Vamvoukas, Termination of Treaties in International Law, Oxford, 1985, s. 285–286; Kontou, The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford 1994, s. 25. Genom den s.k. generalakten 1928 genomfördes forpliktelser att underkasta tvister såväl förlikningsförfarande som skiljedom. Akten av 1928 ersattes genom ett beslut av FN:s generalförsamling 1949 med en i stort sett likartad generalakt.

77. Nuclear Test Case, ICJ Pleadings 1978, s. 269.

fattade inte något beslut om 1928 års generalakt hade inhiberats genom *desuetudo*-mekanismens inverkan. [78] Fyra av de sex domarna som tillhörde minoriteten (Oneyama, Dillard, Jiménes de Aréchaga och Sir Humphrey Waldock) avvisade således Frankrikes påstående att 1928-års akt inte längre var i kraft, eftersom det ansågs vara omöjligt:

> to conclude from the conduct of the parties in relation to the 1928 Act, and more especially from that of France prior to the filing of the Application in this case, their consent to abondon the Act.[79]

Domstolen hänvisade till ILC:s tidigare artikelutkast där det framgår att:

> While 'obsolescence' or 'desuetude' may be a factual cause of the termination of a treaty, the legal basis of such termination, when it occurs, is the consent of the parties to abondon the treaty, which is to be implied from their conduct in relation to the treaty,...[80]

och tillade:

> In the present instance, however, we find it impossible to imply from the conduct that France prior to the filing of the Application in this case, their consent to abondon the Act.[81]

I *Aegean Sea Continental Shelf Case* från 1978 ifrågasatte Turkiet domstolens jurisdiktion på den grund att 1928 års generalakt kommit ur bruk genom *desuetudo*-mekanismens inverkan.[82] Domstolen undersökte inte om den ifrågavarande akten var i bruk, eftersom domstolen saknade jurisdiktion på andra grunder. ICJ-domaren de Castro och *ad hoc*-domaren Stasinopolos observerade emellertid i sina avvikande meningar att akten från 1928 fortfarande var i kraft, eftersom parterna "had not evinced the will to cease to be parties to it".[83]

78. Nuclear Test Case, ICJ Reports 1974, s. 259, Se joint diss. Op., s. 327 ff.; domare De Castro's avvikande mening, s. 377.

79. ICJ Reports 1974, s. 338.

80. YBILC, 1966-II, s. 237, ICJ Report 1974, s. 338.

81. ICJ Reports 1974, s. 338.

82. Aegean Sea Continental Shelf Case, ICJ Reports 1978, s. 13 ff., 37 ff.; se *ad hoc* domare Stassinopoulos avvikande mening, s. 72 ff.

83. ICJ Reports 1978, s. 72.

7.8 Ny sedvanerätt och *desuetudo* av traktater

Efterföljande sedvanerätt kan dels medföra *desuetudo* av en traktatbestämmelse, dels modifikation av den gamla bestämmelsen.[84] Det har tidigare bl.a. konstaterats att traktater och sedvanerätt folkrättsligt stod på samma hierarkiska nivå och att de var normativt likställda. En traktat kan när som helst påverka innehållet i en rättssedvänja likväl som det omvända förhållandet är möjligt.

Upphörandet av en traktat till följd av *desuetudo* är en erkänd metod enligt vilken en traktat om parterna så önskar kan upphöra att gälla. *Desuetudo* kan i princip inträffa när som helst och det finns inte heller några juridiska möjligheter att förhindra att *desuetudo* av en bestämmelse i en traktat inträffar.

Det råder emellertid en presumtion mot rättsändring. Presumtionen riktas mot att en ny sedvanerättsregel skall kunna etableras om den står i strid med redan existerande sedvanerätt eller traktat, eller att en traktat etableras som står i strid med gällande sedvanerätt.[85] En efterföljande sedvanerättslig praxisutveckling kan således modifiera en traktat eller få en bestämmelse i densamma att upphöra under förutsättning att *opinio juris* går att utläsa som en bekräftelse på att det är vad parterna avser.[86]

Akehurst hävdar att det måste finnas dels en "mycket stark presumtion" mot en förestående rättsändring, dels ett tydligt bevisunderlag som bekräftar parternas intention om att de åsyftar att åsamka en rättsändring.[87] Akehurst hävdar vidare att den tydligaste bekräftelse på att en traktat har ändrats återfinns i uttalanden. I brist på uttalanden kan:

> evidence ... only be provided by ubundant and consistent practice ... In all cases, what counts is the practice *inter se* by the parties to the treaty; the practice which they follow in their dealings with States which are not parties to the treaty, and the practice of the latter States, may give rise to a rule of customary rule, but such a rule has no effect on the treaty unless it is followed by the parties to the treaty in their relations with one another.[88]

84. Kontou, The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford, 1994, s. 28 ff.

85. Akehurst, Custom as a Source of International Law, 47 BYBIL 1974/75, s. 19 och av samme författare The Hierarchy of the Sources of International Law, 47 BYBIL 1974/75, s. 275 ff.

86. Danelienko, Law-Making in the International Community, Dordrecht 1993, s. 170.

87. Akehurst, The Hierarchy of the Sources of International Law, 47 BYBIL, 1974/1975, s. 275.

88. A a s. 276.

Det finns ett antagande som säger att traktater inte skall avvika från sedvanerätten likväl som det omvända förhållandet presumeras.[89] Denna uppfattning stöds av Villiger och en rad andra auktoriteter inom området som Villiger hänvisar till.[90]

Villiger är däremot av den uppfattningen att när det gäller sedvanerätten försvagas förväntningarna av en stark presumtion mot förevarande rättsändringar. Detta gör att presumtionen blir ett relativt koncept. Han anger tre skäl för detta. För det första existerar det inte inom folkrätten någon "instant customary international law" som skulle kunna få ett direkt inflytande på en traktat. Den sedvanerättsliga modifieringsprocessen sker därför gradvis som ett resultat av staters handlande och andra staters reaktioner på dessa handlingar. Beroende på processens tröghetsgrad blir föreställningen om ändring mindre påtaglig. För det andra är presumtionen mindre användbar i fall av partiell modifikation, dvs. när bara några enstaka komponenter i en bestämmelse modifieras medan andra behålls. För det tredje, blir presumtionen oanvändbar gentemot tredje stat som inte binds folkrättsligt av en konventionell regel och därför inte kan uppleva "förändring". Men om den nya sedvanerättsliga normen omfattar allmän folkrätt skulle försöket i praktiken att urskilja en statspraxis genom att bara framställa en presumtion som riktar sig mot några få stater vara en "artificiell övning".[91]

7.8.1 Domstolspraxis – avseende desuetudo/ modifikation till följd av efterföljande sedvanerätt

Exemplen som följer visar hur en traktat till följd av efterföljande sedvanerätt antingen kan anses ha modifierats eller genom *desuetudo* upphört att gälla.

Ett fall är modifieringen av 1958 års Genèvekonvention om det fria havet som genom att ny sedvanerätt etablerats resulterade i att begreppet den ekonomiska zonen bildades i havsrätten. I enlighet med 1958 års Genèvekonvention om det fria havet förstås med begreppet "det fria havet" alla delar av havet som inte inkluderas i territorialhavet eller i ett lands inre vatten.[92] Konventionen klargör att ingen stat får göra det fria havet till föremål för landets egna rättsliga krav, eftersom det fria havet regleras av prin-

89. A a s. 275.
90. Villiger, Customary International Law and Treaties, The Hague 1997, s. 217.
91. A a s. 217.
92. 1958 års Genèvekonvention om det fria havet, artikel 1.

cipen om det fria havet som inte står under någon stats jurisdiktion. Enligt principen är det fria havet öppet för alla stater, vilket även inkluderar rätten till fiske.[93] Medan 1958 års Genèvekonvention om territorialhavet och den angränsande zonen begränsade territorialhavet såtillvida att den definierade den angränsande zonen som "a zone of the high seas contiguous to ... territorial sea" som inte får överstiga tolv nautiska mil.[94] I enlighet med 1958 års traktat skulle det råda fritt fiske tolv nautiska mil utanför gränsen. Denna regel har emellertid modifierats av efterföljande sedvanerätt. Under inflytande av FN:s tredje havsrättskonferens (UNCLOS III) som bekräftat konceptet och som definierar zonen som ett område utanför territorialhavet och angränsande till detta, vars bredd inte får sträcka sig över 200 nautiska mil från baslinjen, ges kuststaten extensiva rättigheter med avseende på utforskandet, utnyttjandet och förvaltandet av naturtillgångar och andra ekonomiska resurser.[95] När den nya havsrättskonventionen antogs 1982, hade relevant praxis på området redan utvecklats så att Internationella domstolen i Haag hade kunnat fastställa att den ekonomiska zonen kunde betraktas som gällande sedvanerätt. Domstolen bekräftade denna uppfattning 1985 genom att fastslå att "the institution of the exclusive economic zone ... is shown by the practice of states to have become a part of customary law".[96] Genom praxis och Internationella domstolens beslut blev 1958 års konvention om det fria havet och fritt fiske utöver gränsen på tolv nautiska mil obsolet. Den nya havsrättskonventionen (1982 LOSC) trädde i kraft 1998.

Ett annat fall är när EG tillkännagjorde en exklusiv ekonomisk zon på 200 nautiska mil. Då hade spanska fiskefartyg avtalat om fiskerättigheter med ett antal EG-länder längs deras respektive kuster på mellan sex till tolv nautiska mil. Spanien och EG slöt ett nytt fiskeriavtal som återspeglade gällande sedvanerätt på området. Innan avtalet slöts hade EG tillsammans med myndigheterna i Spanien börjat tillämpa en ny licens-regim för spanska fiskefartyg som fiskade inom 200-mils gränsen. Under rådande omständigheter kunde de tidigare ingångna överenskommelserna betraktas som upphävda. Detta genom att en ny sedvanerättsregel etablerats och ingåtts mellan parterna som berättigade stater exklusiva fiskerättigheter upp till 200 nautiska mil från kustlinjen.

93. 1958 års Genèvekonvention om det fria havet artikel 2.
94. 1958 års Genèvekonvention om det fria havet artikel 24.
95. Artiklarna 55 och 57 i 1982 års LOSC, se också Bring & Mahmoudi, Sverige och folkratten, Stockholm, 1998, s. 177 ff.
96. Continental Shelf Case (Libya/Malta), ICJ Reports 1985, s. 33.

Genom att Spanien påbörjade samarbete med EG och tillämpade de nya fiskeri-regimerna kunde Spaniens agerande i förhållande till det tidigare ingångna avtalet betraktas som genom ett tyst samtycke upphävt.

I de fall där *desuetudo* inträffar upphör traktaten att gälla inte på grund av ny sedvanerätt utan genom att ett tyst samtycke etableras.[97]

Möjligheten att *de facto* modifiera en traktat till följd av att ny sedvanerätt godtas bekräftades uttryckligen av skiljedomstolen 1977 i *Delimitation of the Continental Shelf* (Frankrike/Storbritannien).[98] I det fallet argumenterade Frankrike utan större framgång för att kontinentalsockelkonventionen från 1958, som de tvistande staterna ratificerat och sålunda var bundna av, inte var tillämplig. Det hade blivit "rendered obsolete by the recent evolution of customary law stimulated by the work of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea".[99] Trots att skiljedomstolen hävdade att någon avvikelse från det gällande avtalets bestämmelser inte hade uppstått konstaterades att "a development in customary law may, under certain conditions, evidence the assent of the states concerned to the modification, or even termination, of previously existing treaty rights and obligations".[100]

Implicit modifikation av traktater bekräftades i *Fisheries Jurisdiction Case (Storbritannien/Island)*. Där konstaterade domstolen å ena sidan det fria havets sedvanerättsliga status som inbegrep rätten till fiske i enlighet med artikel 2 (2) i 1958 års konvention om det fria havet,[101] men å andra sidan hävdade domstolen att en fiskezon, ett *tertium genus* mellan territorialhavet och det öppna havet under tiden hade tagit form som en sedvanerättsregel och följaktligen modifierat artikel 2.[102]

Ett annat fall kan hänvisas till Internationella domstolen i det tidigare nämnda *Nicaragua Case*. Där undersöktes om det fanns någon allmän rättighet som gav stater möjlighet att intervenera till stöd för ett lands interna opposition. Av Haagdomstolens yttrande framgår att "(f)or such a general right to come into existence would involve a fundamental modification of the customary law principle of non-intervention".[103] Domstolen fortsatte sedan med att särskilt undersöka frågan om överträdelser av sedvanerättsliga regler. Domstolen hävdade att:

97. Kontou, The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford, 1994, s. 29 och s. 64 ff.

98. Court of Arbitration: Decision of 30 June 1977 on the Delimitation of the Continental Shelf.

99. ILR 54 1979, s. 23 och 47.

100. A a s. 23 och 47.

101. Fisheries Jurisdiction Case, ICJ Reports 1974, s. 22.

102. A a s. 25 och 23.

103. Nicaragua Case, ICJ Reports 1986, s. 108.

> The significance for the Court of cases of State conduct *prima facia* inconsistent with the principle of non-intervention lies in the naturen of the ground offered as justification. Reliance by a State on a novel right or an unprecedented exception to the principle might, if shared in principle by other States, tend towards a modification of customary international law.[104]

Domstolen drog emellertid slutsatsen att staterna faktiskt inte motiverade sitt handlande till följd av att en ny rättighet att intervenera förelåg eller att ett nytt undantag om förbud mot principen (non-interventionsprincipen) förelåg.[105]

En rad folkrättsförfattare accepterar som tidigare nämnts i princip *lex posterior*-grundsatsen som möjliggör att en senare tillkommen sedvanerättslig regel tar över eller modifierar en äldre traktat. *Desuetudo*/modifikation till följd av ny sedvanerätt accepteras också utan svårighet av de författare i doktrinen som ansluter sig till den voluntaristiska skolan och som anser att sedvanerättens bindande verkan baseras på staters tysta samtycke/överenskommelser. Hur sedvanerättslig modifikation emellertid skall integreras med den sedvanerättsliga teoribildningen i övrigt har enligt Villiger knappast på ett övertygande sätt gjorts tidigare.[106]

7.9 Medför modifikation automatiskt *desuetudo* av en bestämmelse i en traktat?

Det finns en uppfattning i doktrinen som framhåller att modifikation till följd av nyuppkommen sedvanerätt nödvändigtvis medför *desuetudo* av en tidigare bestämmelse i en traktat.[107] Villiger är av denna uppfattning. Han hävdar att den nyuppkomna sedvanerättsregeln medför en förpliktelse för parterna att avhålla sig från att tillämpa någon annan rättsregel som står i strid med den nya, vare sig den är sedvanerättslig eller kontraktuell. Förpliktelsen att hålla fast vid endast en rättsregel är nödvändig eftersom det medför och tillförsäkrar att den senare rättsregeln uppbringar allmän och enhetlig statspraxis. Om stater håller fast vid andra rättsregler inom samma ämnesområde kommer inte statspraxis att räcka till som bevisunderlag

104. ICJ Reports 1986, s. 109.
105. A a s. 109.
106. Villiger, Customary International Law and Treaties, second edition, The Hague 1997, s. 203.
107. Se Akehurst, The Subjective Element in the Formation of Customary International Law, 47 BYBIL, 1974/75 s. 275.

för att etablera allmän folkrätt/sedvanerätt. Som ett resultat av detta skriver Villiger att "*modification includes, and implies, desuetude of the conventional rule*".[108]

Kontou ställer sig däremot tveksam till Villigers rigida uppfattning. Hon hävdar att en ny sedvanerättsregel uppstår mellan stater som ett resultat av en konsensus-baserad uppfattning att ändra allmänna rättsregler. En revidering av gällande traktatsbestämmelser ingår inte i denna process och "the *opinio juris* required for the formation of new custom does not establish an intent to abrogate prior treaty provisions".[109]

Kontou hävdar vidare att nyuppkommen kolliderande sedvanerätt och en tidigare traktat kan existera vid sidan av varandra om traktatsparterna bestämmer sig för att tillämpa de kontraktuella bestämmelserna *inter se*.[110] Kontou avslutar med att citera Villiger som säger att:

> [t]here is certainly room for a small conventional subsystem as a *lex prior specialis* alongside a general (incompatible) customary rule.[111]

7.10 Informell modifikation av traktater till följd av ny praxis

I det av ILC utarbetade konventionsutkastet från 1964 fanns en artikel (artikel 68(b) som behandlade *modifikation* av traktater, dvs. ändringar av en gällande konvention, genom "subsequent practice of the parties in the application of the treaty establishing their agreement to an alteration or extension of its provisions". Ytterligare en analys av artikeln görs längre fram i kapitlet (7.11.2).

Av förarbetena till artikel 68 framgår det att artikeln avsåg fall där parterna genom en praxis som baserades på allmänt samtycke "common consent" tillämpade en traktat på ett sätt, som skiljde sig åt från vad som föreskrevs i någon av dess bestämmelser.[112] Artikeln togs inte med i Wien-

108. Villiger, Customary International Law and Treaties, second edition, The Hague 1997, s. 206.

109. Kontou, The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford 1994, s. 30.

110. A a s. 31.

111. Villiger, Customary International Law and Treaties, Dordrecht 1985, s. 217. Jfr av samme författare Customary International Law and Treaties, second edition, The Hague 1997, s. 209, "If the new modificatory custom is special, it may exist as a subsystem alongside the original (and otherwise incompatible) convention, with the condition that, if the States adhering to the special custom are also parties to the convention, they will apply the conventional law *vis-à-vis* other parties".

112. ILC:s diskussion rörande artikelutkast 68 YBILC 1964-II, s. 198–199.

konventionen om traktaträtten, men konceptet anses numera återspegla gällande sedvanerätt på området.[113]

Av den diskussion som fördes mellan kommissionens ledamöter framgår det att det inte var tal om någon sedvanerättslig process som skulle ligga till grund för informell modifikation av traktater. Kommissionens ordförande hävdade således att det inte var tal om någon *inter se*-överenskommelse mellan parter (ny särskild sedvanerätt). Det var snarare fråga om en praxis som inte nödvändigtvis behövde följas av samtliga stater utan som kunde följas av några och "accepteras eller tolereras" av andra. En avvikande praxis som utvecklades inom en traktatregim och som följdes av några parter och accepterades av andra skapade inte sedvanerätt utan "the formation of custom called for rather more than that".[114] Men en sådan praxis var tillräcklig för att modifiera en traktat för den baserades på en tyst överenskommelse *inter partes*.[115]

I samband med att artikel 68 diskuterades hänvisade ILC till några exempel där traktater modifierats genom att efterföljande praxis etablerats. Det första fallet som omnämns av ILC i samband med att artikel 68 diskuteras är *Temple of Preah Vihear Case* från 1962[116] där den i praktiken gällande gränslinjen mellan Cambodja och Thailand inte var förenlig med den i traktaten överenskomna gränslinjen "and the effect of the subsequent practice was to amend the treaty".[117]

Internationella domstolen skrev att:

> The Court considers that the acceptance of the Annex I map by the Parties caused the map to enter the treaty settlement and to become an integral part of it ... In other words, the Parties at that time adopted an interpretation of the treaty settlement which caused the map line, in so far as it may have departed from the line of the watershed, to prevail over the relevant clause of the treaty.[118]

I sin diskussion rörande artikeln refererade ILC vidare till den då nyligen avkunnade skiljedomen från 1963 *United States v. France Air Transport Services Agreement Arbitration*. Domstolen fann att avtalet från 1946 modifierats genom efterföljande praxis.[119] Då domstolen hänvisade till efterföljande praxis sades det att denna praxis kunde tas:

113. Villiger, Customary International Law and Treaties, The Hague 1997, s.197; Kontou, The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford, 1994 s. 27.

114. Se Tunkins uppfattning, YBILC 1966-I/ II, s. 221.

115. A a s. 221; Kontou, The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford 1994, s. 28.

116. Case Concerning the Temple of Preah Vihear, ICJ Reports 1962 s. 6.

117. YBILC, 1964-II, s. 198.

118. Temple of Preah Vihear Case, ICJ Reports, 1962, s. 6; YBILC 1964-II, s. 198.

119. YBILC 1964-II, s. 198.

> as a possibles source of a subsequent modification, arising out of certain actions or certain attitudes, having a bearing on the juridical situation of the Parties and of the rights that each of them could properly claim.[120]

Detta skulle kunna vara fallet när "express or implied consent has been given to a certain claim or to the excercise of a certain activity" eller när "an attitude – whether it can rightly or not be described as a form of tacit consent – certainy has the same effects of the juridical situation between the parties as consent properly speaking would have".[121] Domstolen fann alltså att avtalet modifierats genom att en efterföljande praxis etablerats.

Modifikation till följd av efterföljande praxis kan förklaras på två sätt. Antingen genom att parterna avger ett "allmänt samtycke" i enlighet med ILC:s uppfattning i samband med att artikel 68 diskuterades eller möjligen genom att "särskild/partikulär sedvanerätt"[122] etablerats.

Förarbetenas hänvisning till "allmänt samtycke" medför att inte alla stater måste avge sitt samtycke och att det finns ett utrymme för staterna att agera passivt och implicit. Kontou skriver att det är mer passande att tala om implicit samtycke och anger följande skäl för detta. En praxis som efterföljs av några parter till traktaten och som accepteras av andra under överenskommelsens tillämpning är traktatorienterad, eftersom det motiveras med ett syfte att modifiera den konventionella bestämmelsen och inte att skapa en avvikelse från allmän folkrätt/sedvanerätt. Därför framkallas inte särskild sedvanerätt utan ett särskilt uttryck av *opinio juris*.[123]

Ett annat fall som ofta nämns i detta sammanhang är *Namibia Advisory Opinion*[124] från 1970. Detta fall avhandlas emellertid i nästa kapitel tillsammans med andra fall som berör informell modifikation av FN-stadgan (se avsnitt 8.4).

Ännu ett exempel på efterföljande praxis berör artikel 5(5) i 1958 års Genèvekonvention om kontinentalsockeln. Artikeln kräver att traktatparterna skall föra bort de oljeplattformer som de ämnade lämna på kontinentalsockeln. Traktatsparterna utvecklade därefter en praxis som stöd för en ny uppfattning som gick ut på att övergivna oljeplattformar kunde lämnas kvar under förutsättning att de vidtog säkerhetsåtgärder.[125]

120. Se YBILC 1964-II, s. 198, 38 ILR 1969, 182, s. 249. För en utforlig diskussion avseende artikel 68 se avhandlingsavsnitt 7.11.2.

121. 38 ILR 1969, s. 182, para. 249.

122. YBILC 1966-I/II, s. 220–221 och YBILC 1964-II, s. 198.

123. Kontou, The Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford, 1994, s. 27, se även avhandlingsavsnitt 4.7.2.

124. Namibia Advisory Opinion, ICJ Reports 1970, s. 39–40.

125. Higgins, Problems and Process, Oxford, 1995, s. 31–32; Kontou, The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford 1994, s. 107–108; Byers, Custom, Power and the Power of Rules, Cambridge, 1999, s. 173–174.

7.11 Wienkonventionen om traktaträtten och informell modifikation

Wienkonventionen om traktaträtten nämner alltså inget om informell modifikation av traktater. ILC:s artikelutkast från 1964 till Wienkonventionen innehöll däremot en bestämmelse som uttryckligen behandlade frågan om informell modifikation "*by subsequent emergence of a new rule of customary law relating to matters dealt with in the treaty and binding upon all the parties*" (Artikel 68 paragraf c). Artikeln togs emellertid inte med i det nya artikelutkastet 1966.

Vid 1966 års session diskuterade kommissionen ånyo bestämmelsen under sitt slutgiltiga konventionsförslag. Det slutliga förslaget löd: "*Modification of treaties by subsequent practice*" (artikel 38). Inte heller den artikeln togs emellertid med i konventionen. Eftersom ingen bestämmelse om informell modifikation av traktater togs med i Wienkonventionen, kan man ställa frågan om borttagandet underförstått innebär att konceptet förkastades. Detta förefaller dock inte vara fallet.

Det framgår inte heller av ILC:s förarbeten att tanken var att utesluta denna möjlighet. Kommissionen talar varken för eller mot informell modifikation av traktater. Detta utesluter inte möjligheten att det vid sidan av de allmänna reglerna om ändring och modifikation (traktaträttskonventionens artiklar 39–41) av traktater även finns utrymme för informell modifikation som kan appliceras på multilaterala traktater som exempelvis FN-stadgan.[126]

7.11.1 ILC:s konventionsutkast till Wienkonventionen angående traktaträtten

ILC:s arbete avseende informell modifikation föregicks av två tidigare artikelutkast. Artikel 56 – "The intertemporal law" – och artikel 73 – "Effects of a later customary rule of a later agreement on interpretation of a treaty".[127] Kommissionens rapportör Sir Humphery Waldock presenterade båda artiklarna. Artikel 56 föreskrev att:

> 1. A treaty is to be interpreted in the light of the law in force at the time when the treaty was drawn up.

126. Karl, Vertrag und Spatere Praxis im Völkerrecht, Berlin, 1983, s. 393; Bowett, Treaty Revision in the Light of the Evolution of Customary International Law, 5 AJCIL, 1993, s. 87.

127. Se YBILC 1964-II, s. 8–9.

2. Subject to paragraph 1, the application of a treaty shall be governed by the rules of international law in force at the time when the treaty is applied.

Av den diskussion som fördes av ILC framgår att kommissionsledamöterna inte endast såg problemet som intertemporalt utan snarare som ett som berörde frågan om modifikation av olika rättsregler.[128] Artikeln utgick och ersattes av en ny (artikel 73).

The interpretation at any time of the terms of the treaty ... shall take account of (a) the emergance of any later rule of customary international law affecting the subject-matter of the treaty and binding upon all the parties....[129]

Den artikeln utgick också eftersom det i händelse av konflikt mellan en kontraktuell och en sedvanerättslig regel inte skulle röra sig om en tolkningsfråga utan snarare om modifikation.[130] Båda dessa artiklar utgjorde underlag för en ny artikel 68 som antogs enhälligt av ILC. Artikeln 68 rubricerades som tidigare nämnts för "*Modification of a treaty by a subsequent treaty, by a subsequent practice or by customary law*".

7.11.2 Artikel 68 – ILC:s artikelförslag

ILC:s konventionsutkast från 1964 innehöll alltså en artikel som behandlade modifikation av traktater. Artikeln föreskrev att:

The operation of a treaty may also be modified: ... (c) by the subsequent emergence of a new rule of customary law relating to matters dealt with in the treaty and binding upon all parties (Artikel 68, para. (c)).[131]

Bestämmelsen fick genomgående ett positivt mottagande av ledamöterna, men åtta stater inkom med skriftliga kommentarer. Storbritannien poängterade svårigheterna med att fastställa det exakta ögonblicket då en internationell sedvänja övergår till att bli allmän folkrätt. Man hävdade också att traktater inte borde modifieras utan parternas samtycke. Förenta Staterna som betraktade den föreslagna artikeln 68 para. (c) som en "recognized principle" föreslog att artikeln skulle uteslutas med tanke på den osäkerhet som omgärdar sedvanerätten. Bestämmelsen föll dessutom utanför traktaträttens ändamål och syfte. Ytterligare en stat föreslog att be-

128. YBILC 1964-II, s. 8 ff, se även Kontou, The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford 1994, s. 135–136; Sörensen, Le problème dit du droit intertemporal dans l'ordre international, 55 AIDI, 1973, s. 86, "que la solution d'un probléme intertemporal spécifique comporterait par conséquent, un choix entre deux normes qui se sont succédé en régissant la meme matière".

129. YBILC 1964-II, s. 53.

130. Angående diskussionen av art. 73 se YBILC 1964-I, s. 275 ff.

131. YBILC 1964-II, s. 198.

stämmelsen skulle utgå. Fem stater accepterade bestämmelsen antingen uttryckligt eller implicit.[132]

Baserat på Storbritanniens argument, som kommissionsordföranden Waldock ansåg vara välgrundat, föreslogs att nämnda bestämmelse skulle utgå.[133] Artikeln uteslöts sedermera ur utkastet.

Kontou skriver att kommissionen varken uttryckte en uppfattning för eller mot detta koncept. Beslutet att inte behålla artikeln fattades mot bakgrund av att artikeln såsom den presenterats, på ett ofullständigt sätt behandlade denna komplexa fråga och att den i vilket fall som helst föll utanför kodifieringens verksamhetsområde.[134]

Capotorti drar slutsatsen att "[c]ela montré clairment que la question des rapports entre la coutume et l'accord, et de la définition même des caractères de la coutume, n'était pas mur pour la codification".[135]

Villiger som är av samma uppfattning som Kontou skriver däremot att då artikel 68 para. (c) i konventionsutkastet likt artikel 38 i Wienkonventionen[136] inte klart anger syftet och villkoren för en sedvanerättslig modifikation av en konventionell regel, tjänar artikeln som en påminnelse eller som en reservation om att en sådan process är möjlig. Förarbetena bekräftar denna slutsats.[137]

Waldock sammanfattade kommissionens beslut att låta artikeln utgå genom att säga att artikel 68 (c) behandlats ytligt och att kommissionen "had scratched the surface of the subject without really coming to grips with it ..., although specific aspects of the question might have to be taken into account in certain articles of the draft".[138] Villiger drar slutsatsen att konceptet informell modifikation av traktater inte skadats av att artikeln inte tagits med i konventionen. ILC försvarade uttryckligen borttagandet av artikeln med att säga att:

132. Villiger, Customary International Law and Treaties, The Hague/London/Boston, 1997, s. 195.

133. YBILC 1966-II, s. 91.

134. Kontou, The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford 1994, s. 135.

135. Capotorti, L'extinction et la suspension des traités, 134 RdC 1971-III, s. 519

136. Artikel 38."Nothing in articles 34 to 37 precludes a rule set forth in a treaty from becoming binding upon a third State as a customary rule of international law, recognized as such".

137. Villiger, Customary International Law and Treaties, The Hague, 1997, s. 196.

138. YBILC 1966-I/II, s. 169, paragraf 67.

> the question formed part of the general topic of the relation between customary norms and treaty norms which is too complex for it to be safe to deal only with one aspect of it in the present article.[139]

Generalförsamlingens folkrättsutskotts (sjätte juridiska utskott) kommentar till artikel 68 kan vara klargörande då utskottet behandlar sedvanerätten som en oavhängig källa. Där sägs att:

> So far as the emergence of a new rule of customary law relating to matters dealt with in the treaty and binding upon all parties was concerned, to state that such a rule had the effect of modifying the treaty was merely to recognize that customary law was an autonomous source, and as such it could modify or void all conventional rights and obligations, terminate them or replace them with other rights and obligations.[140]

Analysen av artikel 68 (c) i ILC:s artikelutkast från 1964 avfärdar – enligt både Villiger och Kontou – föreställningen om att artikel 31 i Wienkonventionen angående traktaträtten skulle ha varit generellt ämnad att behandla sedvanerättslig modifikation och att artikel 68 i artikelutkastet av den anledningen skulle ha utgått.[141] Artikel 31(3)(c) som tidigare behandlats i detta avsnitt talar om att utöver sammanhanget skall hänsyn tas till relevanta internationella rättsregler som är tillämpliga i förhållandet mellan parterna. Artikeln förutsätter, hävdar Villiger, att en traktaträttslig/kontraktuell skyldighet föreligger och berör inte i första hand bildandet av internationell sedvanerätt. Artikeln fyller därför en annan funktion genom att instruera de organ som tolkar en konventionell bestämmelse att även beakta relevanta internationella rättsregler som är tillämpliga i förhållandet mellan parterna.[142]

7.11.3 Artikel 38 – ILC:s artikelförslag

Det slutliga konventionsförslaget som ILC lade fram 1966, kom inte att innehålla den ovan redovisade artikeln 68 (c).

Förslaget löd: "*Modification of treaties by subsequent practice*" (artikel 38). Av nämnda artikel framgick att:

> A treaty may be modified by subsequent practice in the application of the treaty establishing the agreement of the parties to modify its provisions.[143]

139. YBILC 1966-II, s. 236.
140. 20 GAOR 1966, 6:e utskottet, 847:e mötet paragraf 12 (A/C.6/SR.847, 12).
141. Villiger, Customary International Law and Treaties, second edition, The Hague 1997, s. 198.
142. A a s. 198.
143. YBILC 1966-II, s. 236.

Av ILC:s kommentar framgår det att artikeln avser fall där parterna genom en praxis som baseras på allmänt samtycke "common consent" tillämpar en traktat på ett sätt som skiljer sig från vad som föreskrivs i någon av dess bestämmelser. Här är det alltså tal om en praxis som utvecklas inom en traktatregim. Denna praxisutveckling kan leda till en modifikation av en traktat. Skiljelinjen mellan tolkning och modifiering genom praxis är som tidigare nämnts oklar, men det rör sig om distinkta rättsliga förfaranden. Av den anledningen hävdade därför ILC att det var motiverat att behandla modifikation genom praxis i en separat artikel. Det var också kommissionens intention att formulera artikeln så att även om varje part inte nödvändigtvis måste ha deltagit aktivt i den praxis det gällde, skulle dock praxis vara av den art att det framgick att samtliga parterna "as a whole" samtyckte till modifikationen.[144]

Många delegationer kritiserade emellertid artikel 38 på traktaträttskonferensen. Det framhölls bl.a. att artikeln kunde skapa osäkerhet om innehållet i gällande traktater och vilka stater som var bundna av en ny praxis. En annan synpunkt var att artikeln också skulle medföra svårigheter för de stater vilkas konstitutionella bestämmelser krävde att inte endast ingående utan också ändring av traktater hade parlamentets godkännande.[145] Det framfördes också att om parterna var överens om att modifiera en traktat, kunde de lika gärna avtala om ändringar enligt de föreskrivna artiklarna i konventionen. När traktaten innehöll egna bestämmelser om ändringsförfarandet måste sådana bestämmelser anses uttömmande. Detta framgick inte av artikel 38. Frågan om efterföljande praxis var för övrigt tillräckligt täckt i art. 31(3)(b) i konventionen om tolkning av traktater till följd av efterföljande praxis. Finland, Japan, Venezuela och Vietnam föreslog var för sig att artikeln skulle utgå. Detta bifölls genom omröstning med 53 för, 15 emot och 26 nedlagda röster.[146]

Artikel 38 togs alltså inte med i Wienkonventionen. I den efterföljande debatten påpekades att det är en teoretisk skillnad mellan efterföljande praxis avseende tolkning av traktater i enlighet med artikel 31(3)(b) och modifikation av traktater genom efterföljande praxis i enlighet med artikelutkast 38:

> [a]lthough the line may sometimes be blurred between interpretation and amendment of a treaty through subsequent practice, legally the process are distinct. Ac-

144. Konferensen i Wien, 1968 och 1969 Angående Traktaträtten: Den svenska delegationens slutrapport, Stockholm 1970, s. 156.

145. Stanford, The Vienna Convention on the Law of Treaties, 20 University of Toronto Law Journal, 1970, s. 32.

146. A a s. 156; YBILC 1966-II, s. 236. Se även Rosenne, Developments in the Law of Treaties 1945–1986, Cambridge, 1989, s. 9.

> cordingly, the effect of subsequent practice in amending a treaty is dealt with in the present article as a case of modification of treaties.[147]

Konsekvensen blir i praktiken densamma skriver Rosenne och tillägger:

> but looking at the matter 20 yeras later and in the light of the subsequent developments, the deletion may be regretted. Retention of that article could have restrained excessive demands on the codified law of treaties as treaty-law, and opened the way to controlled and orderly flexibility in the evolution both of the law in general, and of specific rights and duties of States in particular.[148]

Karl menar att:

> The deletion of Art. 38 did not imply that the idea expressed by this Article was discarded, but merely that it was not felt suitable to be spelled out in the Convention. A number of reasons accounted for this: considerations of drafting policy, municipal law or arguments *de lege ferenda*. On the whole, at least, there was no adverse *opinio juris* against tacit modification of treaties. [149]

Yehudi Blum som i detta avseende representerade en minoritet i doktrinen hävdar däremot att ILC:s förslag stötte på häftig opposition och att det klart framgår att det förelåg en ovilja hos staterna att acceptera efterföljande praxis som en rättmätig metod att modifiera traktater.[150] Blums argumentation är inte speciellt övertygande eftersom han inte lyckas påvisa att det föreligger någon opinion mot förslaget.

Det enda stället som Wienkonventionen uttryckligen berör "efterföljande praxis" är i de fall som berör tolkning, artikel 31(3)(b). Eftersom artikel 38 i ILC:s utkast som berörde modifikation av traktater vid tillämpningen av traktaten genom efterföljande praxis inte togs med, återstår bara konventionens formella ändringar och modifikation av traktater i enlighet med artiklarna 39–41 i Wienkonventionen.[151] Villiger är också av denna uppfattning då han skriver att artikelutkast 38 " ... does not concern customary law, or at least does not envisage general customary rules".[152]

Det bör kanske påpekas att kommissionen återigen studerade det tidigare borttagna artikelutkastet 68 (c) i sin slutdiskussion avseende artikel 38. Kommissionen drog slutsatsen att "the question would in any given case depend to large extent on the particular circumstances and on the intentions of the parties to the treaty. It further considered that the question

147. YBILC 1966-II, s. 236; Rosenne, Developments in the Law of Treaties 1945–1986, Cambridge, 1989, s. 9.

148. Rosenne, Developments in the Law of Treaties 1945–1986, Cambridge, 1989, s. 9.

149. Karl, Vertrag und Spatere Praxis im Völkerrecht, Berlin, 1983, s. 389.

150. Blum, Eroding the United Nations Charter, London, 1993, s. 242–43.

151. Karl, Vertrag und Spätere Praxis im Völkerrecht, Berlin, 1983, s. 391; Stanford, The Vienna Convention on the Law of Treaties, 20 University of Toronto Law Journal, 1970, s. 32.

152. Villiger, Customary International Law and Treaties, The Hague 1997, s. 198.

formed part of the general topic of the relation between customary norms and treaty norms which is to complex for it to be safe to deal only with one aspect of the present article".[153]

Akehurst menar "[i]t is thus difficult to interpret the deletion of Article 38 as a clear rejection of the view that existing law allowed a treaty to be amended by subsequent practice ... ".[154] Oavsett nyanserna i de olika uppfattningarna i doktrinen blir slutsatsen ändå densamma dvs. att efterföljande praxis kan modifiera innehållet i en gällande traktat.

7.11.4 Artiklarna 42 och 54 i VCLT

Man kan fråga sig om möjligheten att genom ny sedvanerätt eller *desuetudo* få en oförenlig traktat att upphöra skulle uteslutas på grund av artikel 42 i Wienkonventionen.

Wienkonventionens artikel 42 som rubriceras "Traktaters giltighet och fortbestånd" lyder:

> 1. The validity of a treaty or of the consent of a State to be bound by a treaty may be impeached only through the application of the present Convention.
>
> 2. The termination of atreaty, its denunciation or the withdrawal of a party, may take place only as a result of the application of the provisions of the treaty or the present Convention. The same rule applies to suspension of the operation of a treaty.

Enligt ILC var det lämpligt med varaktighet i traktatförbindelser. Denna avdelning av konventionen (del V – Traktaters ogiltighet, upphörande och suspension) inleddes därför med en allmän bestämmelse som konstaterade, att det normala är att en traktat fortsätter att vara giltig och i kraft och att detta normala förhållande kan åsidosättas endast på de grunder och villkor som stadgas i konventionen. Paragraf 2 beaktar det faktum att en traktat inte sällan innehåller föreskrifter om dess upphörande eller uppsägning, om parternas rätt att dra sig ur traktaten och om rätten att upphäva densamma.[155]

Ordalydelsen "the application of the present Convention" i båda paragraferna avser konventionen i dess helhet och inte bara särskilt relevanta artiklar. Ordet "only" fastslår att de grunder för ogiltighet, upphävande, uppsägning, utträde och suspension som anges i konventionen utgör en ut-

153. YBILC 1966-II, s. 236.

154. Akehurst, The Subjective Element in the Formation of Customary International Law, 47 BYBIL 1974/1975, s. 277.

155. Konferensen i Wien, 1968 och 1969 Angående Traktaträtten: Den svenska delegationens slutrapport, Stockholm 1970, s. 159.

tömmande uppräkning av tillåtna grunder, såvida inte särskilda anledningar intagits i själva traktaten.[156]

Kommissionen övervägde om obsolens eller *desuetudo* skulle erkännas som en separat grund för traktaters upphörande. Slutsatsen blev att, även om obsolens eller *desuetudo* kan vara faktisk orsak till att en traktat upphör att gälla, så är dock den legala grunden för upphörandet parternas samtycke som framgår av parternas hållning till traktaten och som kan vara "implied from their conduct".[157] Kommissionen ansåg därför att detta fall täcktes av artikel 54 (b) i konventionen, enligt vilken en traktat kan komma på tal att upphöra när som helst med parternas samtycke.[158] Artikel 54 indikerar att: "[t]he termination of a treaty or the withdrawal of a party may take place: (a) In conformity with the provisions of the treaty; or (b) At any time by consent of all the parties after the consultation with the other contracting States".

ILC ansåg att oavsett vilka bestämmelser en traktat innehåller beträffande sitt upphörande, är det alltid möjligt för alla parterna att komma överens om att upphäva traktaten. ILC ansåg vidare, att parterna själva bestämmer vilken form en sådan överenskommelse skall få. Även om de berörda staterna därvid tar hänsyn till sina egna konstitutionella regler kräver den internationella rätten endast, att de skall samtycka till traktatens upphörande. Kommissionen betonade vidare att när en traktat förmås upphöra på annat sätt än i enlighet med sina egna bestämmelser, är alla parters samtycke nödvändigt eftersom alla parter genom upphörandet berövas sina traktatsfästa rättigheter.[159]

7.11.5 Traktaträttskonferensen

Flera representanter i traktaträttskonferensen, i synnerhet väststaternas,[160] uttryckte oro för att den föreslagna artikel 54:s ordalydelse inte tillräckligt väl framhävde att en traktat inte ensidigt kunde förklaras ogiltig. Deras uppfattning var att artikeln borde utformats på samma sätt som ILC:s artikel 62 avseende *rebus sic stantibus*-problematiken (som nedan skall beröras).

156. A a s. 159.
157. YBILC, 1966-II, s. 237.
158. Karl, Vertrag und Spatere Praxis im Völkerrecht, Berlin, 1983, s. 391.
159. Konferensen i Wien, 1968 och 1969 Angående Traktaträtten: Den svenska delegationens slutrapport, Stockholm 1970, s. 207.
160. Schweiz (A/CONF.39/C.1/L.121), Peru (A/CONF.39/C.1/L.227) och Australien (A/CONF.39/C.1/L.245).

Ändringsförslaget stötte på opposition särskilt från öststaterna, vilka stödde ILC:s utformning av artikeln. De hävdade att ILC hade lyckats skapat balans mellan å ena sidan nödvändigheten av stabilitet i traktatförbindelserna och å andra sidan rättvisekravet att traktatsförpliktelser som tillkommit på otillbörligt sätt inte borde gälla.[161]

Capotorti beklagar att förslaget såsom det till slut upptogs i konventionen "évoque la vielle opinion de la coutume en tant qu'accord tacit"[162], dvs. främjas av den voluntaristiska uppfattningens tysta överenskommelser. Karl konstaterar helt enkelt att:

> The drafting history of tacit *termination* was less dramatic. From the very beginning of the discussions it was accepted that treaties could be terminated by consent of all the parties, whether express or by conduct.[163]

Villiger drar slutsatsen att det av ILC:s arbete klart framgår att obsolens och *desuetudo* fortfarande är giltiga sedvanerättsliga koncept och att artiklarna 42 och 54 i 1969 års Wienkonvention inte har lyckats ogiltigförklara koncepten bara för att kravet på tysta överenskommelser åter väcks till liv.[164]

Det har tidigare i detta kapitel framgått att ILC utelämnat modifikationskonceptet eftersom bestämmelsen föll utanför traktaträttens ändamål och syfte, och inte för att kommissionen ansåg att konceptet inte existerade. Det faktum att konventionen inte kodifierat sedvanerättsliga spörsmål och andra ämnen i konventionstexten betyder inte att dessa implicit upphört att existera.[165] Kontou skriver:

> As a result general customary law and not the provisions of the Convention should determine whether new custom may be ground of treaty termination.[166]

Artiklarna 42 och 54 i 1969 år Wienkonvention är på sitt sätt heltäckande menar Villiger, eftersom konventionen endast behandlar traktaträttsliga förutsättningar för traktaters upphörande och ändringar. Wienkonventionens syfte var, som tidigare nämnts aldrig ämnat att behandla frågan om sedvanerättens inverkan på traktaträtten.[167]

161. Konferensen i Wien, 1968 och 1969 Angående Traktaträtten: Den svenska delegationens slutrapport, Stockholm 1970, s. 159 ff.

162. Capotorti, L'extinction et la suspension des traités, 134 RdC 1971-III, s. 519.

163. Karl, Vertrag und Spätere Praxis im Volkerrecht, Berlin, 1983, s. 389.

164. Villiger, Customary International Law and Treaties, The Hague 1997, s. 200.

165. A a s. 200.

166. Kontou, The Tremination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford, 1994, s. 139.

167. Villiger, Customary International Law and Treaties, The Hague 1997, s. 200; Kontou, The Tremination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford, 1994, s. 138 ff.

7.12 *Rebus sic stantibus* – fundamental förändring av omständigheter

I den slutliga diskussion som fördes av ILC angående modifikation av traktater till följd av ny sedvanerätt aktualiserades diskussionen angående artikel 62. Kort uttryckt innebär artikeln att en traktat kan bli omöjlig att tillämpa på grund av en fundamental förändring i förhållandena vid trakatens ingående.[168] En majoritet av författarna i doktrinen accepterar *rebus sic stantibus*. Exempel på hur den ifrågavarande artikeln tillämpats återfinns i den folkrättsliga litteraturen.[169]

Bowett är av den uppfattningen att fundamentala förändringar går att framkalla genom ändringar av gällande rätt. Denna uppfattning får också stöd i the *Fisheries Jurisdiction Case* från 1973 där Internationella domstolen sade att "changes in the law may under certain conditions constitute valid grounds for invoking a change of circumstances affecting the duration of a treaty".[170]

Ändringar av gällande rätt kan sätta en traktat ur kraft under samma förhållanden som i allmänhet gäller för *rebus sic stantibus*-principen.[171]

Av förarbetena framgår att principen är accepterad i den internationella sedvanerätten och att principen inte sällan åberopats i statspraxis. Där förefaller man vara av den uppfattningen att fundamentala förändringar i omständigheterna vid en traktats ingående kan motivera ett krav på upphävande eller ändring av en traktat medan å andra sidan en parts rätt att på denna grund ensidigt häva en traktat starkt ifrågasätts.[172]

Även om artikel 62 inte begränsar sig till att behandla faktiska omständigheter framgår det inte av förarbetena till Wienkonventionen om traktaträtten också syftar till att täcka juridiska förändringar.

168. Brownlie, Principles of International Law, fifth edition, Oxford 1998, s. 624; Sinclair, The Vienna Convention on the Law of Treaties, second edition, Manchester, 1984, s. 192–196.

169. Se Kontou, The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford 1994, s. 33.

170. The Fisheries Jurisdiction Case, ICJ Reports 1973, s. 18, se även Bowett, 5 AJCIL, 1993, s. 87; Kontou, The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford 1994, s. 33; Vamvoukas, Termination of Treaties in International Law, Oxford, 1985, s. 168.

171. VCLT artikel 62.

172. Konferensen i Wien 1968 och 1969 Angående Traktaträtten: Den svenska delegationens slutrapport, Stockholm 1970, s. 232.

7.13 Artikel 30 i VCLT – Successiva traktater

Något måste också nämnas om successiva traktater rörande samma ämne.[173] Wienkonventionens artikel 30 rubriceras "Application of susseccive treaties relating to the same subject matter" och reglerar således en situation då parterna i en traktat även är parter i en senare överenskommelse i den mån som traktaterna är offentliga. Artikeln anses återspegla gällande sedvanerätt och binder således tredje stat genom den allmänna folkrättens normer.[174] Artikeln behandlades inte i samband med att ILC diskuterade informell modifikation av traktater till följd av efterföljande praxis och/eller sedvanerätt. Den diskuterades inte heller då ändring och modifikation diskuterades. Men artikeln behandlar i viss mån modifikation av traktater och Mus ställer därför frågan varför inte ILC behandlade frågan om successiva traktater rörande samma ämne i samband med att frågan om modifikation av traktater diskuterades.[175] Av ILC:s ledamöter var det endast Tunkin som poängterade det nära sambandet som förelåg mellan successiva traktater och modifikation.[176] Kopplingen som ändå gjordes av ILC mellan successiva traktater och modifikation var emellertid begränsad. Konceptet "modifikation" berördes endast mot bakgrund av *inter se*-modifikationer som kunde uppstå mellan ett begränsat antal stater och inte som en modifikation i enlighet med de uppställda bestämmelserna i artikel 40. Därför görs – som strax skall visas – i artikel 30 en hänvisning till artikel 41 i Wienkonventionen som berör överenskommelser om modifikation av multilaterala traktater mellan vissa parter. En annan situation utgörs av att samtliga parter till en traktat ändrar denna genom informell midifikation.

Anledningen till att ILC undvek att diskutera successiva traktater i samband med modifikation kan ha varit som ovan angivits att man generellt inte ville diskutera förhållandet mellan traktater och sedvanerätt. Frågan ansågs vara för komplex för att diskuteras inom traktarättskonferensens ram.[177] För denna framställning är dock successiva traktaters modifieran-

173. Sinclair, The Vienna Convention on the Law of Treaties, Manchester, s. 93–98; Dixit, Amendment or Modification of Treaties, 10 IJIL 1970, s. 37–50; Mus, Conflict Between Treaties in International Law, 45 NILR 1998, s. 208–32; Vierdag, The Time of the Conclusion of a Multilateral Treaty: Article 30, 59 BYBIL 1988, s. 92–111; Aust, Modern Treaty Law and Practice, Cambridge, 2000, s. 173–183.

174. Sinclair, The Vienna Convention on the Law of Treaties, Manchester, 1984, s. 10–21; se även Dixit, Amendment or Modification of Treaties, 10 IJIL 1970, s. 47–48.

175. Mus, Conflict Between Treaties in International Law, 45 NILR 1998, s. 226.

176. YBILC 1966-I/II, s. 126, se även s. 76 och 97.

177. Se avsnitt 7.11.3.

de inverkan av traktater av ett begränsat intresse, i alla fall om undersökningen görs mot bakgrund av FN-stadgans artikel 103 (se kapitel 8).

Artikel 30 reglerar alltså situationen då parterna i en traktat även är parter i en senare överenskommelse rörande samma ämne. Vilken traktat blir då gällande mellan parterna? Artikeln har två angreppssätt för att reglera denna situation. Det ena är knutet till en konfliktsklausul som klargör fastställandet av prioriteten mellan kolliderande traktater. Det andra – i avsaknad av någon sådan bestämmelse – refererar till sedvanerättsliga regler. Dessa regler – *lex posterior* och *pacta tertiis non nocent* – är som nämnts införlivade i Wienkonventionens artikel 30. Den första grundsatsen återfinns i momenten 3 och 4, den andra i Wienkonventionens artikel 34 som är inarbetad i artikel 30(5) sista meningen.[178]

I det första fallet regleras alltså frågan i en bestämmelse som finns upptagen i en traktat. Bestämmelsen klargör huruvida ett visst företräde skall ges den ena "tidigare" traktaten i förhållande till den andra "senare", i händelse av kollision.[179] Denna hänvisning återfinns i artikel 30(2) där det står att:

> When a Treaty specifies that it is subject to, or that it is not to be considered as incompatible with, an earlier or later treaty, the provision of that other treaty prevail.

Grundsatserna *lex posterior* och gäller inte i de fall en konfliktsklausul ger indikationer om vilken traktat som skall ges företräde.

Främst bland folkrättens konfliktsklausuler är FN-stadgans artikel 103 och därför omnämns den artikeln speciellt i artikel 30(1) som erkänner dess försteg framför medlemsstaternas andra förpliktelser.

Wienkonventionens artikel 30(3) är central såtillvida att den fastslår *lex posterior*-principen. När alla parter i en traktat även är parter i en senare traktat gäller den tidigare traktaten under förutsättning att dess bestämmelser är förenliga med den senare traktaten. Detta gäller dock inte om den tidigare traktaten upphävts eller suspenderats i enlighet med artikel 59 i Wienkonventionen. Frågan om vad som menas med "tidigare" respektive "senare" än den andra behandlas inte i artikeln och det finns olika uppfattningar representerade i doktrinen om hur detta problem skall lösas.[180]

Artikel 30(4) behandlar en mer komplicerad situation, när några men inte samtliga parter i en tidigare traktat är parter i en senare traktat rörande samma ämne. Artikel 34 i Wienkonventionen hindrar parterna i den senare traktaten från att beröva övriga parter deras rättigheter i den tidigare

178. Mus, Conflicts Between Treaties in International Law, 45 NILR, 1998, s. 215.
179. A a s. 214.
180. A a s. 220–222; se även Sinclair, The Vienna Convention on the Law of Treaties, Manchester, 1984, s. 98.

traktaten, utan deras samtycke. Paragrafens regler genomsyras av *pacta tertiis*-grundsatsen. Artikel 30(4)a reglerar situationen när inte alla parter i den tidigare traktaten är parter i den senare traktaten. Då gäller förhållandet mellan staterna som är parter i båda traktaterna samma regler som i mom. 3. I det fallet är *lex posterior*-grundsatsen tillämplig och *inter se* överenskommelsen ges prioritet.[181]

Artikel 30(5) fastslår att mom. 4 inte inskränker tillämpningen av artikel 41. Detta innebär att *lex posterior* och *pacta tertiis*-grundsatsen endast är gällande när en *inter se*-modifikation inte följer de uppställda villkor som gäller för modifikation i enlighet med artikel 41, som därför är en olaglig modifikation.[182]

Mellan stater som är parter till båda traktaterna och en stat som endast är part i en multilateral traktat, gäller den multilaterala traktaten. Enligt artikel 30(4) gäller när inte alla parter i den tidigare är parter i den senare bestämmelsen (artikel 30(4)(b)) såvitt angår den stat som är part i båda traktaterna och den stat som är part i endast en traktat, den traktat i vilken båda staterna är parter avgörande för deras inbördes rättigheter och skyldigheter. I detta resonemang återspeglas *pacta tertiis*-grundsatsen. När det gällde artikel 30(4)(b) hade ILC "[t]ried to set out the principle of the relativity of treaties".[183]

Mus sammanfattar på följande sätt:

> Should a treaty conflict occur which is the result of a modification – legal or not – of a multilateral treaty by an *inter se* treaty, the later *inter se* treaty takes priority (Art. 41 or Art. 30, para 4 a). In the event the modification is legal the parties to the *inter se* treaty are not internationally responsible for the concluding the inter se treaty (Art. 41); in the event the modification is illegal they are internationally responsible in relation to states which are a party to the multilateral treaty only (Art. 30, para 4(b) and 5, last sentence).[184]

Om detta nu gäller för skriftliga traktater kan frågan enligt Lysén ställas om samma regler gäller för olika former av muntliga, tysta eller andra dylika överenskommelser. Svaret på denna fråga blir enligt honom onekligen jakande, eftersom Wienkonventionen i stort anses återspegla gällande sedvanerätt. Lysén påpekar att ett reduktionistiskt resonemang skulle kunna föras i ljuset av uppfattningen att folkrättens kontraktuella karaktär på så sätt att all typer av senare ändringar av en traktat, vore successiva traktater oaktat i vilken form de ägde rum, dvs. både skriftliga och "muntliga" trak-

181. Mus, Conflicts Between Treaties in International Law, 45 NILR, 1998, s. 226.
182. A a s. 226.
183. YBILC 1966-I/II, s. 104.
184. Mus, Conflict Between Treaties in International Law, 45 NILR, s. 226–227.

tater. För de senare skulle sedvanerätten gälla.[185] Även om ett sådant resonemang i sig kan anses giltigt, förklarar detta resonemang dock inte de särskilda processer, som föreligger vid *desuetudo*-mekanismens tillämpning i de enskilda fallen.

7.14 Slutsatser

Tyngdpunkten i presentationen har lagts på informell modifikation av traktater. En distinktion har gjorts mellan sådan informell modifikation som utvecklas till följd av efterföljande praxis inom en traktatregim, och sådan informell modifikation som utvecklas till följd av att ny sedvanerätt etableras. Båda dessa förfaranden påminner om varandra. De är dock distinkta men blandas ofta ihop i doktrinen.

Informell modifikation som utvecklas till följd av efterföljande praxis berör ett slutet kontraktuellt system – en traktatregim – där traktatsparterna disponerar över traktatens innehåll och där praxisutvecklingen vinner allmän acceptans. Parterna motiveras av att modifiera en traktatsbestämmelse och inte av att skapa en avvikelse från en gällande allmän folkrättsnorm.

Informell modifikation av en traktat kan också ske till följd av efterföljande sedvanerätt. I det fallet styrs modifikationen av hur traktatsparterna uppfattar sedvanerätten och hur de applicerar sedvanerätten *inter partes*.

Den juridisk-tekniska term som generellt används för att beskriva informell modifikation inom en traktatregim är *desuetudo*. *Desuetudo* används *mutatis mutandis* i doktrinen dels för att beskriva ett passivt förfarande som mynnar ut i att en traktatsbestämmelse/traktat blir en död bokstav, dels i de fall bestämmelsen byts ut och en ny bestämmelse ersätter den gamla, dvs. den modifieras informellt.

Ytterligare en distinktion görs i detta avseende. Om praxis utvecklas inom traktatens tolkningsutrymme är det inte fråga om modifikation utan om en tolkning som görs *sub lege*. Traktaträttskonventionens regler, artikel 31(3)(b), om tolkning av traktater blir då tillämplig. Om efterföljande praxis utvecklas *contra legem* och således faller utanför traktatens tolkningsutrymme är det inte fråga om tolkning längre utan modifikation, dvs. *desuetudo*. Tolkning och modifikation är två skilda förfaranden men så nära knutna till varandra att de ofta blandas ihop.

185. Lysén, Folkrättsligt ansvar. En studie av EG/EU och dess medlemsstater, Uppsala 2002, s. 78–80.

När det gäller informell modifikation av traktater till följd av efterföljande praxis/sedvanerätt återfinns inget stöd i traktaträttskonventionens bestämmelser om tolkning. Ingen hänvisning finns heller i konventionens bestämmelser om ändring och modifikation av traktater. Inte heller finns denna fråga reglerad i någon annan konvention.

En indikation på vad som reglerar informell modifikation återfinns däremot i traktaträttskonventionens förarbeten.

Anledningen till att de artikelutkast som berörde informell modifikation inte togs med i Wienkonventionen om traktaträtten är följande. Av den diskussion som ILC förde avseende informell modifikation till följd av efterföljande sedvanerätt (artikelutkast 68) framgår att syftet med traktaträttskonventionen inte var att diskutera konflikten mellan kontraktuella och sedvanerättsliga regler. Frågan ansågs dels vara för komplex för att lösas med endast en artikel i konventionen, dels falla utanför traktatens ändamål och syfte. Det görs emellertid klart att *desuetudo*-mekanismen kan göra sig gällande (artikel 54, traktaters upphörande och suspension) och att sedvanerättens regler skall förbli gällande för de frågor som inte regleras genom bestämmelserna i traktaträttskonventionen.

Av den diskussion som ILC förde avseende informell modifikation till följd av efterföljande praxis (artikelutkast 38) framgår att artikeln inte togs med i traktaträttskonventionen dels för att den kunde ge upphov till osäkerhet om innehållet i gällande traktater, dels för att det var svårt att fastställa vilka stater som var bundna av ny praxis. Det skulle också medföra svårigheter för de stater vilkas konstitutionella bestämmelser krävde att inte endast ingående utan också ändring av traktater krävde parlamentets godkännande. Dessutom framfördes att om parterna var överens om att modifiera en traktat, kunde de lika gärna avtala om ändring enligt de föreskrivna bestämmelserna i konventionen. När traktater innehåller egna bestämmelser som reglerar ändringsförfaranden anses sådana bestämmelser vara uttömmande. Frågan om efterföljande praxis ansågs för övrigt vara tillräckligt täckt i artikel 31(3)(b) i konventionen om tolkning i ljuset av efterföljande praxis, som även omfattade efterföljande sedvanerätt. Efterföljande praxis/sedvanerätt skulle beaktas vid tolkning men inte resultera i modifikation.

Förarbetena gör alltså klart att det föreligger en skillnad mellan efterföljande praxis och efterföljande sedvanerätt. För att efterföljande praxis skall konstitueras inom en traktatregim skall den vara fast etablerad ("consisten practice") och efterföljas av ett gemensamt samtycke ("common consent"). Förarbetena preciserar inte mer än så men fastställer att varje part inte behöver ha deltagit aktivt i den praxis det rör. Denna praxis

skall dock vara av den arten att det framgår att parterna som helhet samtycker till modifikationen. Indikation på hur denna process fullbordas förblir diffus. Det framgår dock att det inte berör sedvanerättens influens på en traktatregim som utvecklas *lex posterior/lex specialis*. I det fallet gör sig sedvanerättens karakteristika gällande. Ett identifierat *usus*-moment som bekräftas genom *opinio juris*-mekanismens inverkan skapar förutsättningar för att etablera allmän sedvanerätt. Staterna kan agera som "persistent objectors" och den juridiska bundenheten uppstår genom "acquiescence"-mekanismens inverkan.

För att traktatsparterna genom *desuetudo*-mekanismens inverkan skall kunna byta ut en kontraktuell bestämmelse med en sedvanerättslig och för att juridisk bundenhet skall uppstå, krävs att utbytet av bestämmelser accepteras implicit av traktatsparterna. Detta sker genom tysta överenskommelser inom traktatregimens ram. Detta innebär emellertid inte att den voluntaristiska uppfattningen genomsyrar informell modifikation eftersom inte samtliga traktatparters tysta samtycken erfordras för att etablera folkrättslig bundenhet.

Det är alltså skillnad mellan tolkning och informell modifikation och mellan informell modifikation/*de facto*-modifikation och successiva traktater. Tolkning regleras i Wienkonventionens artikel 31 och successiva traktater rörande samma ämne i artikel 30. Ändring och modifikation av traktater regleras i artiklarna 39-41. Informell modifikation regleras inte i Wienkonventionen. Det var inte heller ILC:s mening att reglera denna fråga under konferensen i Wien då traktaträtten diskuterades.

Trots att det inte finns något uttryckligt reglerat i doktrinen om informell modifikation av traktater är uppfattningen numera den att informell modifikation till följd av efterföljande praxis och/eller sedvanerätt inte är reglerad på något annat sätt än genom sedvanerättsliga regler. Möjligen svarar denna sedvanerätt mot vad Hart kallat en sekundär rättsregel som reglerar primära rättsreglers uppkomst.

Kapitel 8 – Informell modifikation av FN-stadgan

8.1 Introduktion

I sjunde kapitlet konstaterades bl.a. att de regler om informell modifikation av traktater, som diskuterades av ILC men som av olika skäl inte togs med i 1969 års traktaträttskonvention, anses återspegla *lex lata*. Uppfattningen i doktrinen är att informell modifikation är en fullt accepterad folkrättslig företeelse som också kan sägas vara sedvanerättsligt accepterad.[1]

Syftet med detta kapitel är att undersöka hur FN-stadgan – som i den folkrättsliga litteraturen ofta benämns en konstitutionell traktat – kan modifieras informellt. Kapitlet avser således inte att studera ändringar i enlighet med stadgans artiklar 108 och 109 ("Amendments") utan koncentreras på att behandla informell modifikation av stadgan. Kapitlet fokuserar på informell modifikation men inleds med den intilliggande frågan om tolkning av stadgan. För att ytterligare förtydliga dessa begrepp diskuteras därför skillnaderna mellan tolkning, tolkningsutrymme och modifikation. I doktrinen används ofta begreppet "innovation" för att beskriva en händelse, där texten tolkats eller ändrats utan att ha något uttryckligt stöd i stadgan. Frågan som ställs här är om de s.k. "innovationerna" innebär tolkning eller modifikation av stadgan. Centralt i detta kapitel är att ett antal s.k. "innovationer" analyseras och utvärderas. I anslutning härtill diskuteras också om det är genom en efterföljande praxis som utvecklas inom en traktatregim eller sedvanerätt som tolkningen eller modifikationen kommit till stånd. Frågan om hur informell modifikation relateras till FN-stadgans artikel 103 och hur det föreskrivna våldsförbudet i 2(4) påverkas av efterföljande praxis eller sedvanerätt diskuteras också i detta kapitel. Vidare berörs stadgans karakteristiska egenskaper, då dessa ligger till grund för stadgans så att säga evolutiva utveckling.

1. Kontou, The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford, 1994, s. 27; Villiger, Customary International Law and Treaties, The Hague 1997, s. 197.

8.2 Allmänt

En traktat kan modifieras informellt. Detta gäller även fall där modifikation berör en multilateral traktat som FN-stadgan.[2] FN-stadgan med för närvarande 200 medlemsstater är därför i praktiken under ständig utveckling. Denna utveckling förorsakas av medlemsstaternas praxis inom och utom stadgan. Staterna kan modifiera FN-stadgans utformning informellt eller i enlighet med de bestämmelser stadgan föreskriver. Modifikation av FN-stadgan kan alltså ske antingen formellt vid en allmän konferens i enlighet med de bestämmelser stadgan föreskriver eller informellt utan uttryckligt stöd i stadgan. Förfarandet för ändring är reglerat i stadgans artiklar 108 och 109 (kap. XVIII). Stadgans politiskt känsliga karaktär har emellertid gjort att denna inte gått att ändra mer än i de fall som stadgans förord – "introductory note" – anger.[3]

Svårigheterna att ändra stadgan formellt har föranlett att stadgan i stället till synes kommit att modifieras informellt. Detta har under FN:s historia skett vid åtskilliga tillfällen. FN-stadgans speciella karaktär och allmänna räckvidd gör dessutom att "trycket" från medlemsländerna att ändra stadgan är stort.[4]

FN har därför under en mer än femtiofemårig praxis funnit nya vägar och procedurer som inte förutsågs då FN-stadgan antogs. Det informella förfarande genom vilket stadgan modifierats har föranlett att den blivit ett flexibelt och levande instrument. Om inte denna möjlighet att modifiera texten hade funnits hade stadgan förmodligen varit en multilateral traktat utan någon verkan alls i dag.[5] Rent allmänt förekommer naturligtvis delade meningar om huruvida den "informella" anpassningens eller den strikta tolkningens princip av stadgan skall gälla. Trots Yehuda Blums kritiska inställning till det informella förfarandet, som han hävdar riskerar att urholka stadgan, skriver han att:

> It seems to be the general consensus ... that this trend of informal modification of the Charter should not only be acknowledged as a fact – which it undeniably is –

2. Tunkin, The Legal Nature of the United Nations, 119 RdC-III, 1966, s. 25.

3. Simma, Amendments, Documents on Reform of the United Nations, Dartmouth 1997, s. 501–551. Artiklarna 23, 27, och 61 i stadgan har ändrats. Dessa antogs av generalförsamlingen den 63-12-17 och tradde i kraft 65-08-31. Ytterligare en andring av artikel 61 antogs av generalförsamlingen 71-12-20 och trädde i kraft 73-09-24. Ändringen av artikel 109 antogs av generalförsamlingen 65-12-20 och trädde i kraft 68-06-12.

4. Zacklin, The Amendment of the Constitutive Instruments of the United Nations and Specialized Agencies, Leyden, 1968, s. 173.

5. I ett avseende anses FN-stadgan vara obsolet i dag. Hänvisningen i artiklarna 53 och 107 avseende begreppet fiendestat – "enemy state" – anses numera vara obsolet, eftersom hänvisningen görs till andra världskrigets samtliga fiendestater.

but should also be welcomed as a desirable and legitimate development of the law of the United Nations.[6]

Den Oxfordbaserade folkrättsprofessorn Shabtai Rosenne varnar där emot för att den rättsliga maximen *ejus est interpretari legum cajus est condere* allt sedan 1945 har utvecklats till "a precept for legal nihilism".[7]

En aspekt som inte så ofta nämns i samband med att fördelarna med informell modifikation av stadgan diskuteras är att FN-stadgans förutsägbarhet, å ena sidan, undermineras. Å andra sidan, riskerar en rigid tolkning av FN-stadgan att underminera FN:s effektivitet. Den senare inriktningen kännetecknade säkerhetsrådet under det kalla kriget (1945–1989) som i det närmaste var handlingsförlamat på grund av vetot.

En nära knuten fråga som befogat kan diskuteras i inledningsskedet är hur bindande informell modifikation är. Schröder skriver att det informella förfarandet att ändra stadgan när som helst kan upphävas genom att en ny praxis på området etableras. Detta kan resultera i att det ursprungliga textinnehållet blir aktuellt igen. Så länge den informellt företagna modifikationen existerar är den enligt honom lika juridiskt bindande som formellt reglerade och antagna ändringar. Men Schröder hävdar att man också kan ifrågasätta det informella förfarandets legalitet, eftersom det ofta står i konflikt med stadgans bestämmelser. Detta gäller inte bara dess formella bestämmelser om ändring utan också i förhållande till stadgans ändamål och syfte. Han hävdar att detta i praktiken utgör en akademisk fråga, eftersom det inte finns någon "custodian of the Charter" som har kompetens att för FN:s del fatta bindande beslut när tveksamhet avseende tolkning av en viss bestämmelse uppstår.[8] Internationella domstolen kan i detta sammanhang bara avge rådgivande yttranden som inte är bindande för medlemsstaterna eller det FN-organ som gjorde framställningen.

För att tydliggöra skillnaden mellan tolkning och modifikation och för att fastställa FN-stadgans tolkningsutrymme används bl.a. det material som producerades vid *United Nations Conference on International Organization* som var den konferens som utarbetade ett utkast till FN-stadgan. FN:s förarbeten utarbetades i Dumbarton Oaks 1944 och kompletterades under Jaltakonferensen. Dumbarton Oaks-förslaget diskuterades sedan vid FN:s konstitutiva möte i San Francisco 1945. För att kunna fastställa tolkningsutrymmet studeras texten i stadgan, förarbetena samt tidiga

6. Blum, Eroding the United Nations Charter, Dordrecht, 1993, s. 241.

7. Rosenne, Developments in the Law of Treaties 1945–1986, Cambridge, 1989, s. 225; Blum, Eroding the United Nations Charter, Dordrecht, 1993, s. 247.

8. Schröder, Amendment to and Revision of the UN Charter: Documents on Reform of the United Nations, Dartmouth, 1997, (Taylor et. al. eds.), s. 496; jfr EG-domstolen, EG-fördraget artiklarna 219, 178+169 (170+177).

kommentarer till stadgan samtidigt som en granskning av praxis och doktrin görs (se vidare 8.3.4).

8.3 Tolkning av FN-stadgan

Vid konferensen i Dumbarton Oaks diskuterades frågan om vilken tolkning som skulle gälla i händelse av konflikt mellan olika FN-organ. Belgien som var initiativtagande stat till denna diskussion lade fram ett förslag om att en bestämmelse skulle intas i stadgan, som antingen skulle ge Internationella domstolen, generalförsamlingen, en särskilt inrättad expertkommitté eller en gemensamt inrättad konferens tolkningsföreträde. Förslaget vann emellertid inte gehör hos medlemsstaterna.[9]

I rapporten som presenterades i Dumbarton Oaks, beskrevs tolkningsförfarandet på följande sätt:

> In the course of the operations from day to day of the various organs of the Organization, it is inevitable that each organ will interpret such parts of the Charter as are applicable to its particular functions. This process is inherent in the functioning of any body which operates under an instrument defining its functions and powers ... It is to be understood, of course, that if an interpretation made by any organ of the Organization ... is not generally acceptable it will be without binding force. In such circumstances, or in cases where it is desired to establish an authoritative interpretation as a precedent for the future, it may be necessary to embody the interpretation in an amendment to the Charter. This may always be accomplished by recourse to the procedure provided for amendment.[10]

Goodrich och Hambro skrev 1949 att alla FN:s organ samtidigt skulle vara i färd med att successivt tolka olika delar av stadgan vilket skulle komma att mynna ut i att en praxis skapades som stegvis skulle anta sedvanerättslig karaktär.[11] Bailey och Daws skriver att "[m]uch of the practice of the Security Council is based on custom, some of it so deeply rooted and generally respected as to virtually have the force of law".[12] Oavsett hur det för tillfället är med sedvanerätten har i praktiken främst FN:s två politiska organ, generalförsamlingen och säkerhetsrådet, i sin dagliga tillämpning tolkat stadgan. Även enskilda medlemsstaters praxis har bidragit till stadgans tolkning. Brownlie skriver att FN-stadgan tolkas av dess organ

9. UNCIO, vol 13, s. 633–638.

10. UNCIO, vol 13, s. 709–710.

11. Goodrich and Hambro, Charter of the United Nations, London 1949, s. 547–548. 1945 hade 51 stater ratificerat FN-stadgan.

12. Bailey and Daws, The Procedure of the UN Security Council, third edition, Oxford, 1998, s. 17.

och att dessa i sin tur kan begära rådgivande yttranden av Internationella domstolen.[13] Schermers konstaterar allmänt att "[t]he principal organs of international organizations can go a long way towards interpreting the constitution to fit the purpose of the organization".[14] Frågan är hur långt denna tolkning får sträcka sig.

Praxis på området visar att FN-organen har befogenheter att själva tolka de bestämmelser som anger dess befogenheter. Denna möjlighet att uttolka sin egen kompetens kommer från den allmänna folkrättsliga principen om *compétence de la compétence* som härstammar från fransk och tysk konstitutionell rätt och som alltså ger ett organ rätten att själv uttolka de bestämmelser som anger dess befogenheter.[15] Säkerhetsrådet har med stöd från San Francisco-konferensen och från Permanenta domstolens rådgivande yttrande i *Interpretation of Greco-Turkish Agreement* från 1926 ansetts ha denna kompetens – *compétence de la compétence* – som i domstolens yttrande definierades med:

> the principle that, as a general rule, any body possessing jurisdictional power has the right in the first place itself to determine the extent of its jurisdiction ... [16]

8.3.1 FN-stadgans konstitutionella status

Som tidigare nämnts är FN-stadgans evolutiva utveckling så att säga immanent så som inneboende i stadgans konstruktion. Stadgans elasticitet finner stöd i föreställningen att stadgan dels ses som en levande konstitution, dels som en dynamisk traktatregim. Ett resonemang om implicita befogenheter förstärker konceptet om stadgans flexibilitet.

Föreställningen om FN-stadgan som en levande konstitution har förekommit i den folkrättsliga doktrinen *ab initio*. Som tidigare nämnts i kapitel 2 myntade Verdross begreppet "*Völkerrechtsverfassung*" i *Die Verfassung der Völkerrechtgemeinschaft*. Detta gjordes 1926. Allt sedan dess har konceptet figurerat i den folkrättsliga doktrinen. När FN-stadgan antogs 1945 i form av en multilateral internationell traktat som delvis gav uttryck för allmän folkrätt uppfattades det som lättvindigt att jämställa stadgan med en av många tusen tidigare ingångna "ordinära" traktater. Stadgan var ju trots allt efterkrigstidens och det internationella samfundets viktigaste folkrättsliga instrument med den övergripande målsättningen att

13. Brownlie, Principles of International Law, fifth edition, Oxford 1998, s. 632.
14. Schermers and Blokker, International Institutional Law, Dordrecht, 1995, § 1155 s. 718.
15. Degan, General Principles of Law – A Source of General International Law, FYBIL, 1992, s. 43.
16. Interpretation of Greco-Turkish Agreement 1926, PCIJ Series A, No. 9, s. 31.

främja internationell fred och säkerhet. Av den anledningen skulle stadgan inte komma till sin rätt om den jämställdes med vilken traktat som helst. FN-stadgans särdrag som konstitution fanns alltså med från allra första början. Waldock skriver att FN-stadgan:

> like the Covenant [of the League of Nations], is technically a multilateral treaty between states. But the Charter proclaims itself, more openly than the Convenant, to be the Constitution of an Organization and not merely a treaty.[17]

Vid San Francisco-konferensen 1945 jämförde president Harry Truman FN-stadgan med en konstitution som växer och utvecklas och utvidgas med tiden som ett "levande instrument" – "living instrument". Truman sade att:

> The Constitution of my own country came from a Convention which – like this one – was made up of delegates with many different views. Like this Charter, our Constitution came from a free and sometimes bitter exchange of conflicting opinions. When it was adopted, no one regarded it as a perfect document. But it grew and developed and expanded. And upon it there was built a bigger, a better and a more perfect union. This Charter, like our own Constitution, will be expanded and improved as time goes on. No one claims that this is now a final or a perfect instrument. It has not been poured into a fixed mold. Changing world conditions will require readjustments – but they will be the readjustments of peace and not of war.[18]

Den norske folkrättsjuristen, tillika Haagdomstolens förste registrator, Edvard Hambro modifierade president Trumans uttalande och skrev 1946, ett år efter det att stadgan antagits, att:

> The Charter, like every written constitution, will be a living instrument. It will be applied daily: and every application of the Charter, every use of an Article, implies interpretation: on each occasion a decision is involved which may change the existing law and start a new constitutional development. A *constitutional customary* [min kursiv.] law will grow up and the Charter itself will merely form the framework of the Organisation which will be filled in by the practice of the different organs.[19]

Temat som därefter varierats har regelbundet förekommit i den folkrättsliga doktrinen. Östen Undéns kända rader i svensk folkrättslitteratur som inleds med "Jag konstaterar alltså att praxis gått utöver stadgans bokstav

17. Waldock, General Cource of Public International Law, 106 RdC 1962-II, s. 20.

18. I ett tal som hölls av den amerikanske presidenten den 26 juni 1945, I *Documents of the United Nations Conference on International Organization*, 1945, s. 680. Se även den kubanske representantens anförande, Mr. G. De Blanck, i NF:s sista session i april 1946: " ... le Pact fut transformé en une Charte ... La valeur de cet instrument, comme celle de toute constitution, dépendra de la bonne foi de ceux qui désirent sauvegarder la paix ..." Återtryckt i L'H'eritage de la Société des Nations 52 (Secrétariat de la Société des Nations ed., 1946).

19. Pollux (pseudonym for Edvard Hambro), The Interpretation of the Charter of the United Nations, 23 BYBIL, 1946, s. 54.

..." återfinns bland många andra formuleringar som beskriver det faktiska händelseförloppet. Ny statspraxis med bristande stöd i FN-stadgans text utvecklas med stöd av ett välvilligt mottagande från medlemsstaterna så att internationell normbildning uppstår. Stadgan nutidsanpassas, kan man säga, för att inte bli en "död bokstav" utan ett handlingskraftigt instrument. Undéns uttalande gjordes inför Achenson-planens omröstning i generalförsamlingen 1950 i New York.[20] Stadgan utvecklas dynamiskt och således bibehålls stadgefädernas ursprungliga intentioner är den rådande svenska uppfattningen.

Trumans vision om att uppfatta FN-stadgan som "a living instrument", en organiskt levande konstitution, är självfallet en korrekt iakttagelse om stadgan som i själva verket påverkats av den efterkrigsmiljö som en gång präglat den och som sedan dess påverkats politiskt, socialt och ekonomiskt. Zacklin skriver att:

> the constitutive instruments of universal international organisatizations are particularly susceptible to the changing circumstances wrought by dynamic international society. Indeed, it is in the nature of such an instrument that they develop and change as a result of the practice of the parties.[21]

Inom den internationella konfliktlösningens område och det politiskt sociala och ekonomiska området är det därför nödvändigt att finna nya och juridiskt bindande lösningar inom FN-stadgans ram. En annan viktig faktor är att den maktkonstellation som rått i världen under FN-stadgans drygt 50-åriga historia paralyserat organisationen främst genom veto-mekanismens inverkan. Händelserna efter det kalla krigets slut har måhända gjort det politiskt lättare men inte mindre omständligt att revidera stadgan på formell väg i enlighet med stadgans regler för ändring.

8.3.2 *FN:s implicita befogenheter*

Vad gäller tolkningen av konstitutionella traktater, speciellt i FN-stadgans fall, utgör den oskrivna läran om implicita befogenheter, "doctrine of implied powers"[22] – en viktig del av den teleologiska tolkningsmetoden. Denna doktrin kan sägas utgöra ett utflöde av den lära om säkerhetsrådets allmänna befogenheter som låtit sig influeras av amerikansk konstitutionell

20. Bring, FN-stadgan och världspolitiken, andra upplagan, Stockholm, 1997, s. 235.

21. Zacklin, The Amendment of the Constitutive Instruments of the United Nations and Specialized Agencies, Leyden, 1968, s. 172.

22. Brownlie, Principles of Public International Law, eight edition, Clarendon Press, 1998, s. 688.

rätt.[23] Läran om "implied powers" har formulerats allmänt med sikte på FN:s befogenheter som organisation och inte mot bakgrund av något specifikt FN-organ.

Chaumont definierar begreppet "implied powers" genom att säga att det är:

> those powers which, while not textually provided for by the creators of the organization, have been recognized or accepted by member states within a certain period of life of the organization as auxilary or subordinate means to accomplish the permanent ends for which the organization was founded.[24]

I realiteten är det enligt Tunkin ett sätt för medlemsstaterna att skapa nya underordnade och mer specifika normer genom nya överenskommelser.[25] Tunkin skriver vidare att förekomsten och utsträckningen av den implicerade befogenhetens jurisdiktion i varje enskilt fall är en fråga om att tolka stadgan i enlighet med de tillägg och ändringar som gjorts under den tid stadgan tillämpats.[26]

Läran om implicita befogenheter konkretiserades genom Haag-domstolens rådgivande yttrande 1949 i *Reparation for Injuries Case*. I det fallet hade domstolen att ta ställning till om FN genom stöd av folkrätten kunde kräva skadestånd av Israel med anledning av mordet på FN-medlaren Folke Bernadotte för de förluster som åsamkats organisationen till följd av mordet. Trots att inga sådana bestämmelser återfinns i stadgan fann domstolen att "the rights and duties of an entity such as the Organization must depend upon its purpose and functions as specified or implied in its constituent document and developed in practice".[27] I praktiken kan man också säga att doktrinen avseende implicita befogenheter samverkar med organisationens principer om effektivitet, den så kallade effektivitetsprincipen – "the doctrine of effectiveness".[28]

I det ovan citerade yttrandet tillade därför domstolen att:

23. Sloan, The United Nations Charter as a Constitution, 1 Pace University School of law, 1989, s. 61–126; Brownlie, Clarendon Press, 1998, s. 689.

24. Chaumont, La signification du principe de specialité des organisations internationales, i Mélanges offerts à Henri Rolin; Problèmes de droit des gens, Paris, 1964, s. 59.

25. Tunkin, Theory of International Law, (translated by Butler), London 1974, s. 334.

26. A a s. 334–335.

27. Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Adv. Op., ICJ Reports 1949, s. 182.

28. Vallat, The Competence of the United Nations General Assembly, 97 RdC, 1959-II, s. 282

> Under international law, the Organization must be deemed to have those powers which, though not expressly provided in the Charter, are conferred upon it by necessary implication as being essential to the performance of its duties.[29]

En naturlig fråga som uppstår i detta sammanhang är om det finns några begränsningar för dessa befogenheter. Den folkrättsliga doktrinen är även i detta avseende delad i olika läger. Det finns en restriktiv och en liberalare uppfattning som vill tillskriva FN och dess organ varierande grad av handlingsutrymme på basis av ett icke uttryckligt stöd i stadgan. Den restriktiva linjen företräddes av bl.a. Kelsen som hävdar att:

> A treaty by which the United Nations assumes functions not conferred upon it by the Charter is equivalent to an amendment to the Charter.[30]

Den dynamiska linjen företräds av Seyersted som med sin teori om internationella organisationers nedärvda befogenheter – "inherent powers" – har velat ställa internationella organisationer på en hierarkiskt likställd nivå som stater. Dessa skulle då likt stater agera som fullödiga rättssubjekt i det mellanstatliga umgänget.[31]

8.3.3 *Wienkonventionens tolkningsregler och FN-stadgan*

Blain Sloan inleder med att säga att han konstaterar det uppenbara när han i en artikel skriver att:

> the Charter of the United Nations is a multilateral convention to which all members of the Organization are parties. In other words the Charter is a treaty and consequently one will look to the Law of Treaties for guidance in its interpretation. But it is also a Constitution.[32]

Stadgan bör alltså kunna ses som en hybrid mellan en multilateral traktat och en multilateral traktat med konstitutionella egenskaper. I sin avvikande mening i *South West Africa Cases* 1966 sade Jessup, att "[t]he law can never be oblivious to the changes in life, circumstance and community standards in which it functions. Treaties – especially multipartite treaties

29. Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Adv. Op., ICJ Reports 1949, s. 182.

30. Kelsen, The Law of the United Nations, London 1950, s. 330.

31. Seyerstedt, International Personality of Intergovernmental Organisations: Do Their Capacities Really Depend on Their Constitutions?, 4 IJIL, 1964, s. 1–74.

32. Sloan, The United Nations Charter as a Constitution, 1 Pace Yearbook of International Law, 1989, s. 61, 115.

of a constitutional or legislative character – cannot have an absolutely immutable character".[33]

Traktaters föränderlighet har tidigare konstaterats i detta arbete. Sloans hänvisning till 1969 års Wienkonvention om traktaträtten är som tidigare nämnts självklar för att få svar på frågan om hur tolkning av multilaterala traktater ska göras men inte när det gäller informell modifikation av traktater. En kort allmän genomgång av Wienkonventionen kan mot bakgrund av FN-stadgan vara av intressse.

Artikel 5 i 1969 års Wienkonvention föreskriver att konventionen äger tillämpning på internationella organisationers konstitutioner och traktater som antagits av stater inom en internationell organisation med förbehåll för vederbörande organisations relevanta regler. Artikel 4 i samma konvention berör frågan om konventionens icke-retroaktiva verkan. Med tanke på att traktaträttskonventionen trädde i kraft 1980 skulle konventionens avsnitt om tolkning av traktater – artiklarna 31 till 33 – endast kunna tillämpas analogt vid tolkningen av FN-stadgan.[34] Trots att inte alla FN:s medlemsstater ratificerat traktaträttskonventionen torde emellertid konventionens kodifierade tolkningsregler återspegla gällande sedvanerätt och är således att betrakta som juridiskt bindande för samtliga stater.[35]

I enlighet med artikel 31(1) skall tolkningen av traktaten göras i överensstämmelse med den gängse meningen av traktatens uttryck sedda i sitt sammanhang och mot bakgrund av traktatens ändamål och syfte. Artikeln gör ingen åtskillnad mellan olika typer av traktater men traktaten själv kan ge en viss fingervisning hur den ska tolkas. En sådan distinktion måste emellertid göras, när det gäller tolkningen av en internationell organisations grundläggande traktat. Som ovan diskuterats måste vissa organisatoriska särdrag beaktas vid tolkningen av stadgan. Detta är en uppfattning som ofta också förekommer i doktrinen.[36]

I kapitel 7.6.2 diskuterades traktaträttskonventionens uppställda regel om tolkning, artikel 31. Utöver det som redan sagts kan följande generellt nämnas om förarbetenas användning som en sekundär källa vid tolkning av stadgan.[37]

33. South West Africa Case, ICJ Reports 1966, s. 439, (Jessup avvikande mening).

34. Simma, The Charter of the United Nations A Commentary, Oxford 1994, s. 30.

35. A a s. 30; se även Wienkonventionen har till dags dato ratificerats av 91 stater. Denna uppgift hanför sig till den 2000-12-31, se Linderfalk, Om tolkning av traktater, Lund, 2001, s. 9, not. 23, 24 och 25.

36. Simma, The Charter of the United Nations A Commentary, Oxford 1994, s. 30.

37. Rosenne, Practice and Methods of International Law, London 1984, s. 41–43; Sinclair, The Vienna Convention on the Law of Treaties, second edition, Manchester 1984, s. 116.

I enlighet med artikel 32 i traktaträttskonventionen kan förarbetena – *travaux préparatoires* – till en traktat användas som ett supplementärt tolkningsmedel för att fastställa den mening som framkommit vid tillämpningen av artikel 31. Detta kan göras när en bestämmelse är otydlig eller leder till ett resultat som uppenbarligen är otydligt eller orimligt. För att kunna göra en adekvat tolkning av en mening, ett begrepp eller ord i en text som förekommer i en bestämmelse kan förarbetena vara till hjälp för att i detta fall fastställa stadgefädernas intentioner.[38]

USA:s representant vid traktaträttskonferensen Myres McDougal – New Haven-skolans främste företrädare, sade i ett anförande att traktatens text och "the common public meaning of words" borde vara utgångspunkten vid tolkning men inte "the end of the inquiry". Texten skulle behandlas som ett viktigt men inte som ett avgörande kriterium för att fastställa parternas gemensamma avsikt. Alla relevanta omständigheter som var av betydelse i ett specifikt fall, borde kunna användas. Begreppens vanliga innebörd, efterföljande praxis, förarbeten och andra element som kunde vara relevanta hörde hit.[39]

Förarbetena kan emellertid i FN-stadgans fall skapa vissa problem. Detta med avseende på de svårigheter som kan uppstå, när det gäller att fastställa de ursprungliga staternas intentioner. Förarbetena är inte heller en lämplig källa att tillgå i de fall det rör sig om en organisation, vars syfte är att fungera under en längre tid och som dessutom utvecklas evolutivt. Men det är ändå inte uteslutet att använda förarbetena vid tolkning av stadgan och det kan rent av i vissa fall ha en avgörande betydelse.[40] Detta är fallet, som kommer att visas, angående tolkningen av artikel 27(3). Förarbetena har också varit till stor nytta för att fastställa tolkningsutrymmet för stadgans uppställda våldsförbud 2(4) som också diskuteras längre fram i detta kapitel.

Här bör också något nämnas om successiva traktater rörande samma ämne som regleras i artikel 30 i traktaträttskonventionen. Lysén har noterat att EG-fördraget, som inte behandlas i detta arbete, givit EG-domstolen behörighet att tolka fördraget. Det ankommer därför på domstolen att censurera sådan efterföljande praxis – i enlighet med artikel 31(3)(b) – som anses vara oförenlig med traktaten. Denna konstruktion, skriver Lysén, begränsar således parternas möjligheter till informell eller en s.k. *de facto-*

38. Sinclair, The Vienna Convention on the Law of Treaties, Manchester 1984, s. 115–116.
39. Konferensen i Wien 1968 och 1969 Angående Traktaträtten: Den svenska delegationens slutrapport, Stockholm 1970, s. 127.
40. Simma, The Charter of the United Nations A Commentary, Oxford 1994, s. 38.

modifikation av sin traktat.[41] Regleringen av successiva traktater gäller i detta fall tolkning av traktater och inte modifikation.[42]

FN-stadgan har som redan nämnts ingen övervakande instans som har kompetens att för FN:s del fatta bindande beslut när tveksamhet avseende tolkning av en viss bestämmelse uppstår. Detta ger därför utrymme att tolka stadgan fritt inom den behörighetsram som inryms i stadgan. Överskrids tolkningsutrymmet kan i vissa fall en informell eller *de facto*-modifikation uppstå. Detta möjliggörs genom att parterna förfogar över avtalets innehåll.

8.3.4 *Om tolkning, tolkningsutrymme och modifikation*

Frågan som inledningsvis kan ställas i detta stycke är hur långt FN:s kompetens att tolka sin egen kompetens – *compétence de la compétence* – kan sträcka sig. För att kunna ge svar på denna fråga måste diskussionen om tolkning och modifikation ånyo aktualiseras.

I kapitel 7.6 refererades bl.a. till Schwarzenberger som på ett klargörande sätt redogjorde för skillnaden mellan revision/ändring och tolkning av en traktat. Schwarzenberger förklarade att revision/ändring av en traktat syftade till att skapa en varaktig förändring medan tolkning syftade till att klargöra traktatens verkliga innebörd vid tiden då traktaten slöts. När ILC behandlade artikel 38 i Wienkonventionens artikelutkast poängterades den diffusa relationen mellan tolkning och modifikation.[43] Skiljelinjen mellan tolkning och modifikation bör emellertid preciseras ytterligare, detta med tanke på att linjen ofta överträds. En traktat kan tolkas men det slutgiltiga resultatet betraktas av parterna som modifikation. I de fallen modifieras traktaten i skenet av tolkning. Anledningen till att detta görs kan t.ex. vara att det inte finns några förutsättningar att modifiera traktaten formellt eller för att parterna vill undvika ett tidsödande modifikationsförfarande med oviss utgång.

Kelsen konstaterar att en lagtext – en bestämmelse i en traktat – kan tolkas på mer än ett sätt. Detta kan ha negativa konsekvenser för rättssäkerheten med tanke på att lagen inte på ett entydigt sätt kan förutses. Konsekvensen blir emellertid enligt Kelsen att lagtexten på ett flexibelt sätt kan

41. Lysén, Folkrattsligt ansvar. En studie av EG/EU och dess medlemsstater. Uppsala 2002, s. 83. not 195, se också det fall som refereras till i noten.

42. Sinclair, The Vienna Convention on the Law of Treaties, andra upplagan, Manchester 1984, s. 136–137; Linderfalk, Om tolkningen av traktater, Lund, 2001, s. 183–184.

43. ILC:s kommentarer till artikelutkast 38, YBILC, 1966-II, s. 236.

anpassas till ändrade förhållanden. Detta sker utan att någon formell ändring av texten behöver göras. Befogenheten att tolka medför emellertid inte någon befogenhet att överskrida tolkningsutrymmet. Överskrids tolkningsutrymmet väljs ett tolkningsalternativ som sträcker sig utanför den tillåtna textens räckvidd. En handling som sträcker sig utanför en traktats tolkningsutrymme berör inte tolkningen av texten utan modifikation av instrumentet i fråga.[44] Hexner menar att distinktionen mellan interpretativa (auktoriserade) handlingar och icke-auktoriserade (modifierande) handlingar så klart som möjligt måste tydliggöras. Ett sådant klargörande är nödvändigt även i de fall en icke-auktoriserad handling som modifierar en text legitimeras – ratihaberas – i efterhand genom en godkännande attityd från medlemsstaterna.[45]

Ralph Zacklins klargörande distinktion som görs i detta sammanhang bör nämnas på nytt. Han menar att en åtskillnad måste göras mellan praxis som utvecklas *sub lege* och *contra legem*. I första fallet har en praxis etablerats som inryms inom artikelns tolkningsutrymme. I det senare fallet inryms däremot praxisutvecklingen inte inom artikelns tolkningsutrymme. I det senare fallet är det alltså inte tal om tolkning utan modifikation. En s.k. varaktig *de facto*-modifikation kan i det senare fallet uppstå.[46] En artikels tolkningsutrymme är generellt sett snävare än stadgans vittomfattande syfte som regleras i preambeln.

Frågan om FN-stadgans tolkningsutrymme kommer att diskuteras i de enskilda fall där olika s.k. innovationer av stadgan diskuteras och analyseras. För att detta skall kunna genomföras används en analysmodell som bygger på att en ordinär textanalys inleder granskningen av den artikel i stadgan som anses ha genomgått modifiering. Syftet är att försöka klassificera "innovationerna" så att det går att fastställa om det är tolkning eller modifikation av stadgan som har genomförts. En granskning av *travaux préparatoires* följer därefter och en genomgång av praxis och doktrin sammanfattar analysen. I de fall förarbetena inte nämner något, utöver det som sägs avseende artikelns textuella tolkning, diskuteras inte dessa.

44. Kelsen, The Law of the United Nations, London, 1950, s. xiv–xv.

45. Hexner, Teleological Interpretation of Basic Instruments of Public International Organizations, s. 124, I Law, State and International Legal Order, Essays in Honor of Hans Kelsen, (Engel and Métall eds.), Knoxville 1964.

46. Zacklin, The Amendment of the Constitutive Instruments of the United Nations and Specialized Agencies, Leyden 1968, s. 171–172.

8.3.5 *Hur möjliggörs informell modifikation av FN-stadgan?*

Enligt Schröder finns det två sätt på vilken en *de facto*-modifikation av stadgan kan göras. Det ena sättet är att stadgans bestämmelser antingen kan tolkas bortom sitt syfte genom tysta överenskommelser. Sådana överenskommelser kan då bli medlemmarnas etablerade praxis. Det andra sättet, vilket enligt Schröder är en väl förankrad uppfattning i doktrinen, innebär att en bestämmelse helt enkelt inte tillämpas dvs. *desuetudo*. I det senare fallet refereras det ibland till särskilda kompletterande överenskommelser som det föreskrivs om i stadgan.[47] I de fall det rör sig om *de facto*-modifikation som grundar sig på ett allmänt samtycke anses det som en utvidgning av FN-organens kompetens[48]. Dessa ändringar betraktas av vissa författare som om de fortfarande inryms under stadgans tolkningsutrymme, medan andra betraktar dem som utsträckt tolkning *contra legem* som ännu inte kan betraktas som allmänt folkrättsligt accepterade regler.[49]

Bruno Simma skriver att informell modifikation av konstitutionella traktater förklaras bäst genom ett sedvanerättsligt förfarande.[50] För att denna procedur skall kunna möjliggöras räcker det emellertid inte med att processen framkallas av organakter utan måste efterföljas av ett allmänt samtycke från medlemsstaternas sida. Möjligheten att sådan sedvanerätt konstitueras av en internationell organisation har bekräftats av Internationella domstolen i *Namibia Case*. Fallet gällde FN-stadgans artikel 27(3). Det är således fastställt att FN-stadgan inte endast kan ändras genom ett formellt ändringsförfarande i enlighet med stadgans föreskrivna bestämmelse utan den kan också ändras genom ett informellt förfarande (se mer därom i kapitel 8.5).

Det informella förfarandet behöver enligt Simma inte tillämpas analogt för att förankras i enlighet med FN:s artikel 108 som kräver två tredjedelars majoritet av generalförsamlingens medlemmar. I detta fall är emellertid meningarna i doktrinen delade (kapitel 8.8). Detta beror delvis som tidigare nämnts på att inga konstitutionella kontrollorgan tillåtits existe-

47. Schröder, Amendment to and Revision of the UN Charter, i Documents on Reform of the United Nations, Dartmouth, 1997, (Taylor et al. eds.), s. 497.

48. A a s. 497.

49. A a s. 497.

50. Simma, Amendements, i Documents on Reform of the United Nations, (Taylor et al. eds.), Dartmouth 1997, s. 505.

ra.[51] Bara en liten del av dessa förändringar förefaller enligt Simma kunna sorteras in under rubriken informell modifikation.[52]

Zacklin hänvisar till Engel[53] som urskiljer tre metoder eller sätt på vilket stadgan, utöver det formella förfarandet som stadgan anger, kan framkalla informell modifikation. Det första är genom tolkning av stadgan, det andra genom att en artikel helt enkelt inte tillämpas – "non-application", dvs. *desuetudo* – och det tredje genom att supplementära överenskommelser sluts mellan parterna.[54]

Zacklin betonar däremot att dessa metoder inte alltid resulterar i att informell modifikation uppstår. Han menar att en åtskillnad måste göras mellan praxis som sker *sub lege* och *contra legem*. I första fallet har en praxis etablerats som inryms inom traktatens eller artikelns tolkningsutrymme. I det senare fallet inryms däremot inte praxisutvecklingen inom instrumentets tolkningsutrymme. Zacklin hävdar att det bara är i det senare fallet som informell modifikation kan konstitueras. Han refererar vidare till det tidigare diskuterade artikelutkastet – artikel 38 om informell modifikation (se 7.11.3) – som utarbetats av ILC angående Wienkonventionen om traktaträtten. Enligt kommissionen skulle den informella modifikationens avgörande komponenter bestå av "consistent practice" och "common consent". Varje traktatspart behövde inte nödvändigtvis ha deltagit aktivt i denna praxis men den skulle dock vara av den art, sades det, att det skulle framgå att samtliga parter – "as a whole" – samtyckte till modifikationen.[55] En praxisutveckling som inom ett konstitutivt instrument sker *contra legem* och som har dessa egenskaper konstituerar enligt Zacklin en " ... 'genuine' *de facto*-modification",[56] dvs. framkallar peramanent varaktighet.

I nästa stycke följer en diskussion som kretsar kring några fall som i doktrinen beskrivits som s.k. innovativa tolkningar av stadgan. Detta innebär att stadgans innebörd till synes har ändrats på ett informellt sätt. Dessa

51. Karl & Mutzelburg, Article 108, i Simma (red.), The Charter of the United Nations: A Commentary, Oxford University Press, 1994, s. 1167.

52. A a s. 1167.

53. Engel, Procedures for De Facto Revision of the Charter, 59 PASIL, 1965, s. 109–116.

54. Engel delar in de supplementära avtalen i tre kategorier: "(1) They may define, in detail, broadly termed provisions of the Charter. (2) Such agreements may give Members rights which they do not have under the Charter and which, if used, result in its violation (non-application). (3) Such agreements may finally go beyond the Charter by creating for Members obligations not contained in it", 59 PASIL, 1965, s. 111.; Zacklin, The Amendment of the Constitutive Instruments of the United Nations and Specialized Agencies, Leyden 1968, s. 173.

55. Konferensen i Wien 1968 och 1969 angående traktaträtten: Den svenska delegationens slutrapport, Stockholm 1970, s. 156.

56. Zacklin, The Amendment of the Constitutive Instrument of the United Nations and Specialized Agencies, Leyden, 1968, s. 174.

"innovationer" har alltså en minsta gemensam nämnare som är att de inte tolkats i enlighet med stadgans bokstav. En fråga som ställs i samband med att dessa "innovationer" diskuteras är om några fall kan klassificeras som *de facto*-modifikation av stadgan. Modellen som tidigare beskrivits i avsnitt 8.3.4 används för denna analys.

8.4 Informell modifikation – tolkning *contra legem*

8.4.1 Röstnedläggelse, artikel 27(3) i FN-stadgan

8.4.1.1 En textanalys av artikel 27 m.m.

Ett av de tidigaste och viktigaste exemplen på en s.k. innovativ tolkning av FN-stadgan berör bestämmelserna om röstningsförfarandet i säkerhetsrådet. Artikel 27 som berörs i detta fall lyder:

> 1. Each member of the Security Council shall have one vote.
> 2. Decisions of the Security Council on procedural matters shall be made by an affirmative vote of nine members.
> 3. Decisions of the Security Council on all other matters shall be made by an affirmative vote of nine members including the concurring votes of the permanent members; provided that, in decisions under Chapter VI, and under paragraph 3 of Article 52, a party to a dispute shall abstain from voting.

Artikeln föreskriver att varje medlem av rådet har en röst 27(1). Artikeln föreskriver vidare att för beslut i procedurfrågor krävs bifall av nio medlemmar 27(2). För beslut i alla andra frågor s.k. sakfrågor krävs bifall av nio medlemmar, bland dem de ständiga medlemmarna 27(3). Från denna regel görs undantag så till vida att part i tvist skall avhålla sig från att deltaga i omröstning vid fattande av beslut enligt kapitel VI (om fredliga lösningar av tvister) och artikel 52(3) (lösningar av lokala tvister).

Artikelns textuella analys torde vara okontroversiell. Den innebär att för beslut i procedurfrågor krävs bifall av nio rådsmedlemmar. I övriga frågor krävs bifall av nio medlemmar av femton, inklusive rådets permanenta medlemmar, likgiltigt vilka som röstar ja. Artikelns tillämpning medför att rådet riskerar att lamslås i de fall de permanenta medlemmarna råkar vara frånvarande eller bestämmer sig för att rösta nej i sakfrågan.

8.4.1.2 En granskning av förarbetena

Frågan om sättet för fattandet av beslut inom säkerhetsrådet var den mest komplicerade och omstridda frågan som förelåg när FN-stadgan diskuterades.[57]

Den för Nationernas Förbund gällande principen om enhällighet inom rådet för beslut – med det undantag att parterna till tvister behandlade enligt artikel 15 inte fick deltaga i rådets avgörande – förkastades i San Francisco. Anledningen ansågs vara att säkerhetsrådets handlingsförmåga skulle lamslås om beslut om enhällighet skulle kvarstå. Men då det gällde tvångsåtgärder enligt FN-stadgans kapitel VII var anslutning från samtliga permanenta rådsmedlemmar ett villkor för beslut. Beslut om enhällighet skulle alltså i vissa fall kvarstå. Detta skulle innebära att om t.ex. en av de permanenta rådsmedlemmarna gjorde sig skyldig till hot om freden, fredsbrott eller angreppshandling skulle säkerhetsrådet lamslås och hela organisationens fredsbevarande aktionssystem sättas ur spel.[58]

Vid San Francisco-konferensen diskuterades emellertid denna organisatoriska brist. Där hävdades att säkerhetsrådet aktivt borde kunna agera som tvistelösare även om någon av de ständiga medlemmarna som inte var part i frågan vägrade att ansluta sig eller då tvångsåtgärder enligt kapitel VII skulle användas. Detta skulle kunna ske utan något enhälligt samtycke av de permanenta medlemmarna. Genom de permanenta medlemmarnas vetorätt i säkerhetsrådet skulle FN bli handlingsförlamat i de fall, då handling med tanke på fredens och säkerhetens upprätthållande föreföll mest akut.[59]

Dumbarton Oaks-förslaget antogs däremot som ovan angivits. Den enda skillnaden med det ursprungliga förslaget är att då det presenterades skulle säkerhetsrådet bestå av elva medlemmar. En formell ändring av bl.a. stadgans artiklar 23 och 27 antogs av generalförsamlingen 1963 och trädde i kraft 1965. Genom ändringen av artikel 23 utvidgades säkerhetsrådet till nu gällande medlemstal från elva till nuvarande femton. Rådets utvidgade medlemstal medförde korresponderande justeringar i artikel 27.

Här bör också något nämnas om det "dubbla vetot" som berör frågan om hur verkningsområdet mellan "procedurfrågor" och "sakfrågor" skall fastställas enligt artikel 27(3). Vetot gäller som tidigare nämnts inte "procedurfrågor" och frågan som kan ställas är hur rådet skall fastställa frågans status, dvs. om det är en "procedurfråga" eller en "sakfråga" som

57. Goodrich and Hambro, Charter of the United Nations Commentary and Documents, London 1949, s. 214.
58. A a s. 214–215.
59. A a s. 214–215.

skall diskuteras. Denna fråga behandlades vid San Francisco-konferensen. Där sades bl.a. att beslut som fattades under FN-stadgans artiklar 28–32 och frågan om inbjudan av utanförstående stater skulle ses som "procedurfrågor", dvs. dagordningsfrågor. Frågor som rörde arbetsordning och annat som hade att göra med förfarandets form skulle också höra hit. Frågor som däremot rörde en konkret tvists handläggning skulle däremot behandlas som en "sakfråga". Om osäkerhet uppstod huruvida en fråga skulle klassificeras som en "procedurfråga" eller en "sakfråga", vilket bedömdes vara sällsynt, skulle frågan handläggas som en sakfråga. Detta gav upphov till det s.k. "dubbla vetot". En permanent rådsmedlem kunde lägga in sitt veto i de fall en "sakfråga" försökte föras upp på dagordningen som en "procedurfråga".[60] Eftersom tolkningen av det "dubbla vetot" ligger inom artikelns tolkningsutrymme är det inte tal om någon kontroversiell tolkning av artikeln.

8.4.1.3 En granskning av praxis och doktrin

En närmare studie av artikel 27(3) visar dock att en praxis utvecklats som gått stick i stäv med artikelns ordalydelse. Praxisutvecklingen har gett artikeln en helt annan innebörd än vad dess bestämmelse föreskriver. En undersökning av denna praxisutveckling följer i syfte att försöka fastställa om det rör sig om en *sub lege*-tolkning eller *de facto*-modifikation av artikeln.

Röstnedläggelse från en av rådets permanenta medlemmar och hur detta på sikt påverkat tolkningen av artikel 27(3) i FN-stadgan kan spåras till 1946. Initiativet till denna praxisutveckling togs av den dåvarande sovjetiske utrikesministern Andrei Gromyko, som vid ett framförande i säkerhetsrådet angående den spanska frågan den 29 april 1946 förklarade att han inte ville att hans nedlagda röst skulle bli betraktad som ett veto. Gromyko begärde emellertid att förfarandet inte heller skulle behandlas som ett precedensfall.[61]

Sovjetunionens agerande indikerar klart och tydligt att man inte hade för avsikt att modifiera stadgan i linje med sitt ställningstagande. I praktiken har denna händelse emellertid resulterat i att rådsmedlemmarna, sär-

60. Statement of the four sponsoring powers on voting procedures in the Security Counsil, texten finns i Brownlies, Basic Documents in International Law, Oxford, 1995, s. 46, ff.; Eek, Folkrätten, Stockholm, 1987, s. 324–325; Bailey and Daws, The Procedure of the UN Security Council, Oxford, 1998, s. 240 ff.

61. SCOR, first year, first series, 39th meeting, s. 334; Hexner, Teological Interpretation of Basic Instruments of Public International Organisations, i Law, State, and International Order Essays in Honor of Hans Kelsen, (Engel ed.), Knoxville, 1964, s. 127–128.

skilt de permanenta, i sin praxis snarare bekräftat modifikationen i fråga. Denna nya tolkning av artikel 27(3) har etablerats i säkerhetsrådet. Detta märks dels genom de beslut som fattats av de efterträdande rådspresidenterna, dels också genom olika uttalanden som gjorts av de ständiga rådsmedlemmarnas representanter. En stat kan markera ett missnöje genom att lägga ner sin röst utan att den planerade aktionen blir olaglig. Den brittiske delegaten förklarade t.ex. i samband med sin röstnedläggelse 1947, då den indonesiska frågan diskuterades i säkerhetsrådet, att Storbritannien inte hade för avsikt att betrakta en nedlagd röst som ett veto. Rådets president svarade därvid med att säga att "it is now jurisprudence in the Security Council ... and the interpretation accepted for a long time ... that the abstention is not considered a veto".[62] Denna uppfattning har sedermera vid flera tillfällen upprepats av efterträdande rådspresidenter och uttryckligen bekräftats av de ständiga rådsmedlemmarnas representanter. Konsekvensen av detta är att en stat måste utöva sitt veto aktivt genom att säga nej. En återgång till stadgans ursprungliga ordalydelse, dvs. att en nedlagd röst innebär veto skulle kräva en proportionellt lika stor insats från medlemsländerna som det hittills krävt för att modifiera stadgan. I *Reportoire of Practice of the United Nations Organs*[63] framgår det att:

> During the period 1946–1954, sixty-four decisions of seemingly non-procedural character were adopted by the [Security] Council by a vote in which one or more of the permanent members abstained. That the abstention of a permanent member otherwise than in accordance with the provision of Article 27(3) does not preclude fulfilment of the requirement of Article 27(3) concerning affirmative decisions by the Council has been affirmed in the presidential ruling and by each of the permanet members. One pemanent member has placed before the committee of Experts a proposal to embody this practice in a rule of procedure.[64]

Praxisutvecklingen i detta fall innebar att en nedlagd röst inte hindrade rådet från att fatta beslut i ärendet. Akehurst skriver att denna händelse av några folkrättsförfattare i doktrinen beskrivs som en ändring av stadgan medan den av andra beskrivs som en tolkning av densamma.[65]

En ytterligare bekräftelse på att praxis återigen begränsat vetot såtillvida att en nedlagd röst inte ansågs utgöra ett veto återfinns också i Haagdomstolens rådgivande yttrande 1971, i *Legal Consequences for states of*

62. UN Security Council, Official Records, 2nd year (1947), No. 68, s. 1711.

63. Reportoire of Practice of the United Nations Organs, Vols. I-V, New York 1955 och Supplements No 1-2, New York 1957, 1964.

64. Reportoire of Practice of the United Nations Organs, Vol. II s. 81.

65. Se Akehurst, The Hierarchy of the Sources of International Law, 47 BYBIL, 1974/1975, s. 278 och hänvisningar till not 6 och 7.

the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa). Där konstaterar bland annat domstolen att:

> The proceedings of the Security Council extending over a long period of time supply abundant evidence that presidential rulings and the position taken by the members of the Council ... have consistently and uniformly interpreted the practice of voluntary abstention by a permanent member as not constituting a bar to the adoption of resolutions ... This procedure followed by the Security Council ... has been generally accepted by members of the United Nations and evidences a general practice of the Organization.[66]

FN:s tidigare rättschef och folkrättsexpert Stavropoulos lämnade i *Namibia*-fallet frågan öppen huruvida FN-stadgans artikel 27(3) hade modifierats eller tolkats mot bakgrund av efterföljande praxis.

> A rule of customary law of the United Nations had evolved which enabled the Security Council to adopt non-procedural resolutions despite the abstention of permanent members ... This customary rule amounted to an authoritative interpretation or an amendment of Article 27, 3, of the UN Charter.[67]

Wolfke skriver att det bör tilläggas att denna praxis:

> being clearly at variance with the text of Article 27(3), cannot be considerad merely as its interpretation, but also as its amendment by accepted practice, that is custom ... One must conclude, then, that precisely law-making by custom still constitutes an invaluable means for the development of international law in the present multiplied and divided society of States.[68]

Karl klassificerar det ovan nämnda som *desuetudo*. Det finns också andra sådana exempel i den uppräkning han gör av traktater eller artiklar "which are commonly held to have lapsed as a consequence of negative or contrary practice".[69]

En väl förankrad uppfattning i doktrinen är att artikel 27(3) modifierats till följd av internationell sedvanerätt som uppstått mellan de kontraktsslutna parterna.[70] Eek anser detta när han skriver att det måhända kan betraktas som en "sedvanerättslig ändring" av stadgan.[71]

66. ICJ Pleadings. Legal Consequences of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276, ICJ Reports 1971, s. 39.

67. A a s. 39.

68. Wolfke, Some Reflections on Kinds of Rules and International Law-Making by Practice, i Theory of International Law at the 21st Century, Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski, Kluwer International, 1996, s. 591.

69. Karl, Vertrag und Spätere Praxis im Völkerrecht, Springer Verlag, Berlin 1983, s. 385.

70. Simma & Brunner, Article 27, i Simma, (red.), The Charter of the United Nations: A Commentary, Oxford, 1994, s. 449; Se även Danielenko, Developments in International Law, A Commentary, Dordrecht, 1993, s. 167. I anslutning därtill jfr också i Cassese, International Law, Oxford, 2001, s. 125, not 120.

71. Eek, Folkrätten, fjärde upplagan, Norstedts 1987, s. 325; Byers, Custom, Power and the Power of Rules, Cambridge, 1999, s. 177–180.

Oavsett hur denna ändring av stadgan skall betecknas är det enligt Kontou i detta fall *inte* fråga om:

> treaty ... revision in the light of a new customary law, but a case of treaty modification by the subsequent practice of the parties. This *de facto* revison takes place when the parties to the treaty apply one or several of its provisions in such a way that their original meaning is altered. The treaty is, as a result, modified by means of *tacit agreement* [min kursiv.] between the parties. This process is not motivated by the emergence of a new rule of general customary law, but is treaty-oriented – that is, it takes place in the cource of the application of the treaty with a view to the modification of its provisions.[72]

Kontou är klargörande när hon skiljer mellan sedvanerätt och praxis. I det första fallet kan sedvanerättens karakteristika göra sig gällande. Sedvänjan skall vara upprepad, enhetlig och åtföljas av en rättsövertygelse *opinio juris*. Detta innebär att staterna kan agera som "persistent objectors" etc. I det senare fallet rör det sig om praxis som påminner om sedvanerätten men som är distinkt från denna. Här avses fall där parterna inom en traktatregim genom en fast praxis, som vunnit allmänt samtycke, tillämpar en artikel (traktat) på ett sätt som skiljer sig från vad som föreskrivs i någon av dess bestämmelser. Detta har i det förevarande fallet resulterat i en modifikation av en traktaten. Här finns det inget utrymme för några "persistent objectors" men *opinio juris* låter sig manifesteras med hjälp av *desuetudo*-mekanismens inverkan. Den juridiska bundenheten uppstår genom tysta överenskommelser.

I vilket fall som helst skriver Zacklin att tolkningen av artikel 27(3) "would appear to provide at least one example of what may be described as a *de facto* modification of the Charter".[73]

En bekräftelse på denna nya praxis kom också till uttryck vid antagandet av resolution 678 i november 1990.[74] I det fallet avstod Kina i omröstningen som avsåg väpnade åtgärder mot Irak utan att hävda att denna nedlagda röst skulle hindra rådet från att fatta beslut i ärendet. På ett liknande sätt lade Kina ned sin röst när rådet i juni 1994 godtog Frankrikes erbjudande att gå in med trupper i Rwanda.[75]

Med tanke på att säkerhetsrådets permanenta medlemmar mellan 1946 och 1996 vid närmare trehundra röstningstillfällen lagt ned sina röster fö-

72. Kontou, The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford, 1994, s. 125.

73. Zacklin, The Amendment of the Constitutive Instrument of the United Nations and Specialized Agencies, 1968, s. 185.

74. S/Res/678(1990), 1990-29-11.

75. S/Res/929(1994), antagen 1994-22-06; Bring, FN-stadgan och världspolitiken, andra upplagan, Stockholm 1997, s. 305.

refaller nu en fast etablerad praxis ("consistent practice") på området ha utvecklats. Ur denna praxis går det också att urskilja ett gemensamt samtycke ("common consent") för att tillämpa stadgan *contra legem*.[76] Zacklin skriver att en intressant karakteristik av denna utveckling är att denna *de facto*-modifikation är resultat av en praxis som emanerar från ett organ med blott elva medlemmar (sedermera femton). Av dessa elva medlemmar var bara de permanenta rådsmedlemmarna kapabla att initiera en ny praxis. Följaktligen, under förutsättning att ett gemensamt samtycke från medlemsstaternas sida går att utläsa är det inte nödvändigt att varje part aktivt har deltagit i denna praxutveckling. I detta fall kan medlemsstaternas samtycke om gällande praxis förstås mot bakgrund av generalförsamlingens resolutioner, när de uppmanar de permanenta rådsmedlemmarna att i möjligaste mån inte utnyttja sin vetorätt.[77]

Bruno Simma talar i detta avseende om spontana överenskommelser – "spontaneous agreement" eller "theory of spontaneous consent".[78] Denna teori innebär bl.a. att medlemsstaterna antingen uttryckligt eller tyst accepterar generalförsamlingens resolutioner. Simma hänvisar till GA res. 40(1) av den 13 december 1946 – "Voting Procedure in the Security Council" – som bara några dagar efter den andra röstnedläggelsen i säkerhetsrådet antogs enhälligt. Resolutionen beaktade problemet med att tillämpa och tolka artikel 27 i FN-stadgan och anmodade rådets permanenta medlemmar att försäkra sig om att denna nya procedur inte utgjorde ett hinder för beslut av rådet. Av denna anledning rekommenderade generalförsamlingen säkerhetsrådet att anta procedurer som skulle underlätta tillämpningen av artikel 27 i stadgan.[79] Då rekommendationen uttryckligen begränsades till procedurer som var i överensstämmelse med FN-stadgan, hade medlemsstaterna i resolution 40(1), uttryckt en överenskommelse att enbart tolka artikel 27 inom ramen för traktaträttskonventionens bestämmelser om tolkning (artikel 31(3)). Resolutionen utgjorde inte en överenskommelse om att modifiera stadgan, för om det hade varit fallet skulle av-

76. Zacklin, The Amendment of the Constitutive Instrument of the United Nations and Specialized Agencies, Leyden, 1968, s. 185–186; Bailey och Daws, The Procedure of the UN Security Council, third edition, Oxford, 1998, s 251.

77. Zacklin, The Amendment of the Constitutive Instrument of the United Nations and Specialized Agencies, Leyden s. 186.

78. Simma & Brunner, Article 27 i Simma (red.), The Charter of the United Nations, A Commentary, Oxford, 1994, s. 451–452.

79. GA res., 40(I), antagen 1946-11-13, " ... having taken notice of the divergencies which have arisen in regard to the application and interpretation of article 27: *Ernestly request* the permanent members of the Security Council to make every effort, in consultation with one another and with fellow members of the Security Council, to ensure that the use of the special voting privilege of its permanent members does not impede the Security Council in reaching decisions promptly".

sikten att modifiera stadgan och medvetenheten om att göra detta behövt tydliggöras i resolutionen.[80]

På basis av Interim-kommitténs rapport antog generalförsamlingen den 14 april 1949 GA res. 267(III) med 43 röster för, 6 mot och 2 nedlagda. Generalförsamlingen rekommenderade i sektion 3(c) att om det inte rådde någon "enhällighet" skulle rådets permanenta medlemmar "enbart utöva sitt veto" om de betraktade frågan vara av yttersta vikt.[81] Av formuleringen framgår att syftet var att erkänna institutet röstnedläggelse och om möjligt *ab inito* bekräfta detta genom en informell ändring av FN-stadgan. Till skillnad mot resolution 40(1) uttryckte samtycket i generalförsamlingens resolution 267(III) också en medvetenhet om att stadgan om möjligt skulle modifieras och en avsikt att göra detta. Sovjetunionen röstade mot generalförsamlingens resolution.[82]

Simma gör avslutningsvis följande reflektion. Informell modifikation som görs med spontana överenskommelser utan att följa stadgans formella bestämmelser för ändring måste stödjas med det beslutsmässiga antal som stadgans formella bestämmelser föreskriver. Däribland alla ständiga medlemmarna av säkerhetsrådet. Från det uttalande som gjordes av sovjetunionens representant i generalförsamlingen i april 1949 och från säkerhetsrådets presidents uttalande av den 18 oktober 1949 framgår det att Sovjetunionen inte hade för avsikt att avvisa den del av resolutionen som behandlade röstnedläggelse.

8.4.1.4 Sammanfattning

I detta avsnitt har diskussionen kretsat kring frågan om FN-stadgans tolkningsutrymme avseende artikel 27. Sammanfattningen av den diskussionen som görs i detta avsnitt berör endast frågan om tolkningsutrymme. Övriga frågor som diskuteras i avsnittet presenteras i den slutliga sammanfattningen av diskussionen som görs i slutet av detta kapitel.

Tolkningsutrymmet sades vara intressant för att kunna göra en utvärdering av de fall där FN-stadgan tolkats innovativt, dvs. på ett sätt som inte ordagrant följt stadgans bokstav.

80. Simma & Brunner Article 27, i Simma (red.), The Charter of the United Nations, A Commentary, Oxford, 1994, s. 452.

81. GA res., 267(III), 1946, 3(c) "If there is no unanimity, to exercise the veto only when they consider the question of vital importance, taking into account the interest of the United Nations as a whole, and to state upon what ground they consider this condition to be present".

82. Simma & Brunner, Article 27 i Simma (red.), The Charter of the United Nations, Oxford, 1994, s. 452.

Ett av de första tillfällen då stadgan inte tolkats i enlighet med dess bokstav rörde röstningsförfarandet i enlighet med FN-stadgans artikel 27. En genomgång av artikeln gav vid handen att artikeln utan svårighet kunde tolkas i enlighet med textens mening. Artikeln gav inga indikationer på att kunna tolkas på något annat sätt än dess bokstav angav.

Av den diskussion som fördes i förarbetena framgick det däremot att stadgefäderna var medvetna om de problem som kunde uppstå om artikeln tolkades restriktivt. Där sades att säkerhetsrådet borde kunna agera som tvistelösare, även om inte ett enhälligt samtycke gått att fastställa i Säkerhetsrådet. Frågan hur detta skulle kunna ske lämnades däremot öppen.

I den genomgång av praxis och doktrin som gjorts framgick att artikeln redan ett år efter det att stadgan antagits – i samband med röstnedläggelse – tolkats på ett sätt som inte var förenligt med stadgans bokstav. Denna uppfattning har sedermera vunnit acceptans. Den uttalade uppfattningen i doktrinen är att röstnedläggelse inte kan accepteras som "veto" och att det numera finns en väl inarbetad praxis, vilken innebär att en nedlagd röst inte kan hindra rådet från att fatta beslut i ärendet.

Tolkningen av artikel 27 som gjorts av medlemsstaterna kan sägas ha gått utöver artikelns ordalydelse och tolkats på ett sätt som inte är förenligt med artikelns bokstav. Tolkningen kan däremot sägas ha varit i fas med stadgefädernas ambition, dvs. att försöka förhindra onödiga låsningar i säkerhetsrådet.

Genomgången av FN-stadgans artikel 27 klargör tydligt att artikeln tolkats på ett sätt som gått utanför artiklens tolkningsutrymme. Även om den nya tolkningen av artikeln gjorts i enlighet med stadgefädernas ambitioner är detta ett tydligt fall, där stadgans artikel tolkats *contra legem*. Det är då som ovan nämnts inte fråga om tolkning *sub lege*, utan fråga om en *de facto*-modifikation som syftat till att skapa en varaktig förändring. Denna *de facto*-modifikation kan numera sägas vara fast etablerad och i princip lika bindande som en formellt antagen ändring av stadgan. En fast praxis som vunnit allmänt samtycke har etablerats. Vad gäller det "dubbla vetot" konstaterades att tolkningen inrymdes i artikelns tolkningsutrymme och således inte givit upphov till någon modifikation utan var att betrakta som en *sub lege*-tolkning av artikeln. Detta torde även gälla det "dolda vetot".

8.4.2 Frånvarande rådsmedlemmars röster

Av den ovan nämnda textanalysen framgår att artikel 27 inte nämner något om hur frånvarande rådsmedlemmar skall behandlas vid röstningstillfället. Frånvarande rådsmedlemmars möjlighet att beaktas vid röstnings-

tillfället i säkerhetsrådet har på ett liknande sätt som vid röstnedläggelse framkallat en praxisändring.

Anledningen till att rådsmedlemmar inte närvarar vid rådets röstningstillfälle kan antingen vara avsiktligt eller oavsiktligt. I det första fallet kan det handla om en protest/bojkott. Syftet med protesten kan vara att i ett senare skede vilja yrka på att röstningsförfarandet skall ogiltigförklaras.[83] Vid säkerhetsrådets 392:a möte 1947 accepterade medlemmarna rådspresidentens utslag om att en vid röstningen icke närvarande rådsmedlem (Ukraina) skulle betraktas som en nedlagd röst. I detta fall var det fråga om ett ofrivilligt frånvarande från en icke permanent medlems sida som inte lyckades komma i tid till säkerhetsrådets möte i Paris för att diskutera den andra holländska s.k. polisaktionen i Indonesien.[84]

Sovjetunionen bojkottade 1946 fem av säkerhetsrådets möten under vilka rådet behandlade den iranska frågan. Den sovjetiska bojkotten fick emellertid inte den effekt som Sovjetunionen eftersträvat. Agerandet försvarades med att det rörde sig om en procedurfråga som i enlighet med stadgans artikel 27(2) inte krävde bifall med mer än nio medlemmar.[85]

En större inverkan på säkerhetsrådets beslut fick Sovjetunionens frånvaro från och med den 13 januari till och med 1 augusti 1950. Under denna tid sammanträdde säkerhetsrådet vid arton tillfällen utan Sovjetunionens närvaro. Under dessa möten diskuterades Nordkoreas angrepp på Sydkorea och fastslogs att detta utgjorde ett brott mot freden. Sovjetunionen ifrågasatte rådets beslutsförhet bl.a. därför att besluten inte fattats i enlighet med stadgans artikel 27(3). Besluten fick emellertid, bortsett från att Jugoslavien avstått från att rösta, stöd från rådets samtliga medlemmar på den grunden att en frånvarande permanent rådsmedlem inte hade samma verkan som en negativ röst i enlighet med artikel 27(3) och att i enlighet med den etablerade praxis som rådde på området betraktades frånvaro från rådets beslutande möten som en nedlagd röst. Den franske representanten hävdade att en frånvarande rådsmedlem inte kunde tillåtas inhibera rådets beslut. Den kubanske representanten i säkerhetsrådet klargjorde att denna praxis var väletablerad och att den dessutom även tidigare accepterats av Sovjetunionen.

Zacklin skriver att det mot bakgrund av den nya praxis som etablerats på området är tveksamt om en *de facto*-modifikation av stadgan uppstått. Den praxis det är fråga om berör endast praxisändringar som skett vid två

83. Bailey and Daws, The Procedure of the UN Security Council, third edition, Oxford, 1998, s. 257.
84. A a s. 257.
85. A a s. 257.

tillfällen. I första fallet, Iran-frågan, då rådet ansåg att det var fråga om en procedurfråga och det andra fallet Korea-frågan där säkerhetsrådets beslutförhet under en längre tid ifrågasattes av Sovjetunionen.

Zacklin skriver att det under rådande omständigheter inte går att fastställa om den nya praxisen erhållit det gemensamma samtycke som erfordras av samtliga stater. Dessutom skriver Zacklin att något samtycke inte givits av någon permanent rådsmedlem. Av den anledningen förefaller det förhastat att beskriva rådets handlande i Korea-frågan som något annat än en *sui generis*-tolkning av artikel 27(3).[86]

Praxis på området har emellertid utökats efter det Zacklin gjorde sin analys 1968. Den numera rådande folkrättsliga uppfattningen är att en protest i form av bojkott är detsamma som frivillig röstnedläggelse.

Under det civila upproret i Rwanda 1994 var det oklart vilken sida som var berättigad att representeras i säkerhetsrådet. Konsekvensen av Rwandas frånvaro i rådet under tiden från den 14 juli till den 7 september var att rådet var beslutfört med endast 14 medlemmar. Under denna period antogs fyra resolutioner med reducerad sammansättning i säkerhetsrådet.[87]

Som i fallet med röstnedläggelse torde även fallet med frånvarande rådsmedlemmars möjlighet att rösta vid röstningstillfället i säkerhetsrådet ha framkallat en *de facto*-modifikation av artikel 27(3). Modifikationen som uppstått måste hädanefter alltid följas såvida inte artikeln ändras formellt i enlighet med stadgans bestämmelser eller ånyo modiferas informellt.

Frågan kan dock som i förra fallet ställas varför inte den modifiering som uppstått i samband med tolkningen av artikel 27 inte permanentats genom en formalisering i enlighet med stadgans artikel 108. Svaret på frågan torde vara att staterna inte önskar sammankalla en ändringskonferens med ovisst resultat.

Sammanfattning

Avsnittet diskuterar hur frånvarande rådsmedlemmars röster skall beaktas vid röstningsförfarandet i säkerhetsrådet. Sammanfattningen som görs här kan *mutatis mutandis* sägas följa det resonemang som fördes angående röstnedläggelse. Två punkter bör dock nämnas som skiljer sig från det tidigare resonemanget avseende röstnedläggelse. Den första är att i det före-

86. Zacklin, The Amendment of the Constitutive Instrument of the United Nations and Specialized Agencies, Leyden 1968, s. 186.

87. Bailey and Daws, The Procedure of the UN Security Council, third edition, Oxford, 1998, s. 257.

varande fallet med frånvaro vid röstningsförfarandet har den icke närvarande rådsmedlemmens avsikt varit – i de fall frånvaron varit avsiktlig – att frånvaron skulle betraktas som en negativ röst. Den praxis som utvecklats har däremot behandlat frånvaron på samma sätt som röstnedläggelse. Den andra punkten som är en konsekvens av den första är att agerandet – frånvaron från röstningsförfarandet – inte givit det resultat som den frånvarande staten vill uppnå med sin frånvaro. Praxis är därför i det specifika fallet inte lika utbredd som den praxis som finns avseende röstnedläggelse. I de senare fallen var den agerande statens avsikt inte att förhindra rådet från att fatta bindande beslut.

Resultatet av att inte närvara vid röstningstillfället har emellertid subsumerats i den nya tolkningen avseende röstnedläggelse. Tolkningen av stadgan har även i detta fall gått utöver stadgans bokstav. Tolkningarna som gjorts bör därför betraktas *contra legem*. De har alltså tolkats utanför stadgans tolkningsutrymme och bör därför betraktas som en varaktig *de facto*-modifikation av stadgan.

8.4.3 Generalförsamlingens utvidgade befogenheter för främjandet av internationell fred och säkerhet – "Uniting for Peace"

8.4.3.1 En textanalys av relevanta artiklar

Detta avsnitt behandlar frågan om Acheson-planen genom "Uniting for Peace"-resolutionen kan anses utgöra en tolkning eller en modifikation av FN-stadgans artikel 11(2).

Inledningsvis diskuteras emellertid kompetensfördelningen mellan säkerhetsrådet och generalförsamlingen. Den första artikel som här skall analyseras är artikel 24 som fastställer säkerhetsrådets uppgifter och befogenheter. Artikeln lyder:

> 1. In order to ensure promt and effective action by the United Nations, its Members confer on the Security Council primary responsibility for the maintainance of international peace and security, and agree that in carrying out its duties under this responsibility the Security Council acts on their behalf.
>
> 2. In discharging these duties the Security Council shall act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations. The specific powers granted to the Security Council for the discharge of these duties are laid down in Chapters VI, VII, VIII, and XII.
>
> 3. The Security Council shall submit annual and, when necessary, special reports to the General Assembly for its consideration.

En textuell analys ger vid handen att FN:s medlemsstater genom denna artikel anförtror åt säkerhetsrådet huvudansvaret för upprätthållandet av internationell fred och säkerhet och medger att rådet, då det utför detta uppdrag, handlar å medlemsstaternas vägnar. Detta upplägg följer medlemsstaternas förpliktelse att godta och verkställa de beslut som rådet träffar i enlighet med stadgan. Detta framgår av artiklarna 25 och 39–41.

Här kan också något kort nämnas om säkerhetsrådets allmänna befogenheter. Artikel 24(2) i FN-stadgan talar uttryckligen om säkerhetsrådets "särskilda befogenheter"–"specific powers". Underförstått väcker artikelns formulering frågan om det också vid sidan om de särskilda befogenheterna finns utrymme för en s.k. *e contrario* tolkning av artikel 24(2) som skulle ge säkerhetsrådet icke stadgereglerade "allmänna befogenheter" – "general powers" – för upprätthållandet av fred och säkerhet inom ramen för sitt huvudansvar.[88] Denna uppfattning figurerar i doktrinen och lanserades av Trygve Lie 1947 – FN:s förste generalsekreterare. Lies uttalande gav sedermera bl.a. genomslag i Haag-domstolens rådgivande yttrande avseende de rättsliga konsekvenserna av Sydafrikas fortsatta närvaro i Namibia 1971.[89]

Generalförsamlingens uppgifter och befogenheter framgår av stadgans artiklar 10–17. Generalförsamlingen har omfattande befogenheter och kan diskutera alla frågor som faller in under stadgans tillämpningsområde. Frågor som rör upprätthållandet av internationell fred och säkerhet hör också till generalförsamlingens kompetensområde. Generalförsamlingen kan däremot inte överta säkerhetsrådets befogenheter. Församlingen agerar genom att göra rekommendationer till medlemsstaterna och till säkerhetsrådet. En begränsning i generalförsamlingens funktion är att generalförsamlingen inte kan överta säkerhetsrådets befogenheter i de fall en tvist eller en sakfråga behandlas av rådet – om inte rådet så begär. Genom praxis har emellertid generalförsamlingen i vissa fall övertagit vissa av säkerhetsrådets befogenheter. Denna praxisutveckling innebär att generalförsamlingens befogenhet utvidgades i strid med ordalydelsen i stadgans artikel 11(2)

Generalförsamlingen äger i enlighet med denna artikel:

88. Delbrück, Article 24, i Simma (red.), The Charter of the United Nations, A Commentary, Oxford, 1994, s. 401.

89. Lies uttalande finns återgivet i *Namibia, Advisory Opinion,* ICJ Reports 1971, s. 52. Lie sade att " ... the powers of the Council under Article 24 are not restricted to the specific grants of authority contained in Chapter VI, VII, VIII, and XII ... The members of the United Nations have conferred upon the Security Council powers commensurate with its responsibility for the maintainance of peace and security. The only limitations are the fundamental principles and purposes found in Chapter I of the Charter".

> discuss any question relating to the maintainance of international peace and security brought before it by any Member of the United Nations, or by the Security Council, or by a state which is not Member of the United Nations in accordance with Article 35, paragraph 2, and, except as provided in Article 12, may make recommendations with regard to any such questions to the state or states concerned or to the Security Council or to both. Any such question on which action is necessary shall be referred to the Security Council by the General assembly either before or after discussion.

Av artikel 11 och andra artiklar i FN-stadgans kapitel IV framgår tydligt distinktionen mellan rådets och generalförsamlingens kompetensfördelning. Generalförsamlingen äger dessutom endast framlägga förslag och kan alltså inte fatta bindande beslut annat än i frågor som berör budget eller organisationens internationella tjänstemäns ställning. Detta gäller dessutom vid antagandet av nya medlemmar, godkännandet av förvaltarskapsavtal och fackorgan. Dessa beslut anses vara bindande för medlemsländerna. Generalförsamlingens rekommendationer är i annat fall inte bindande för medlemsstaterna men kan i vissa fall vara politiskt effektiva (se ovan kapitel 5.9). Detta torde vara den rådande uppfattningen i doktrinen.

Här kan också något ytterligare nämnas om det hänvisade undantaget som görs i artikel 11(2) till artikel 12 i stadgan – "except as provided in Article 12". Artikel 12 lyder:

> While the Security Council is exercising in respect of any dispute or situation the functions assigned to it in the present Charter, the General Assembly shall not make any recommendations with regard to that dispute or situation unless the Security Council so requests.

Kort uttryckt innebär artikel 12 att då säkerhetsrådet har en viss tvist under behandling eller diskuterar ett sakförhållande som faller in under dess behörighet enligt stadgan, kan generalförsamlingen inte framlägga något förslag angående ifrågavarande tvist om inte säkerhetsrådet så begär.[90] I realiteten har detta emellertid inte inneburit något större hinder för generalförsamlingen att agera istället för säkerhetsrådet.[91] Då säkerhetsrådet p.g.a. vetot varit oförmöget att fatta beslut har en praxis på området utarbetetats som innebär att frågan helt enkelt flyttas från säkerhetsrådets agenda. Beslutet att flytta frågan möjliggörs av att den utgör en procedurfråga som inte berörs av vetot. Detta görs medvetet för att kunna ge generalförsamlingen möjlighet att befatta sig med frågan.[92]

90. Akehurst, Modern Introduction to International Law, seventh edition, (Malanczuk, ed.), London, 1997, s. 379; Eek, Folkrätten, fjärde upplagan, Stockholm 1987, s. 144–145.

91. Gray, International Law and the Use of Force, Oxford 2000, s. 149–150.

92. Akehurst, A Modern Introduction to International Law, fourth edition, London 1982, s. 178.

8.4.3.2 En genomgång av förarbetena

Säkerhetsrådet skulle i den nya organisationen vara det organ som i första hand hade ansvaret för fredens bevarande. Konstruktionen med vetorätten innebar att säkerhetsrådet endast skulle kunna ingripa mot ett fredsbrott eller hot om freden om de fem permanenta rådsmedlemmarna var eniga därom. Medan säkerhetsrådets möjlighet att blanda sig i stormaktskonflikter begränsades, stärktes dess befogenheter så att rådet fick rätt att beordra medlemsstaterna att genomföra åtgärder mot stater som hotade freden. FN:s andra ledande organ, där varje stat var representerad och hade lika rösträtt skulle bara framställa förslag – rekommendationer. Det framgår inte heller att generalförsamlingen skulle kunna överta några av säkerhetsrådets uppgifter och befogenheter. FN-stadgan fastslår inte och det var inte heller stadgefädernas intention att generalförsamlingen skulle fungera som en lagstiftande församling. Därför var det inte heller tänkt att generalförsamlingens resolutioner därför skulle ha någon bindande verkan för stater. Detta framgår av de diskussioner som fördes av delegaterna vid San Francisco-konferensen.[93] Där diskuterades huruvida generalförsamlingens resolutioner skulle ges rättsliga effekter eller ej. Förslaget angående resolutionernas bindande verkan väcktes av den filippinska delegationen som förespråkade att:

> The General Assembly should be vested with the legislative authority to enact rules of international law which should become effective and binding upon the members of the Organization after such rules have been approved by a majority vote of the Security Council. Should the Security Council fail to act on any of such rules within a period of thirty (30) days after submission therof to the Security Council, the same should become effective and binding as if approved by the Security Council.[94]

Det filippinska förslaget röstades emellertid ned med 26 röster mot 1.[95] Likaså refuserades ett tidigare presenterat belgiskt förslag som gick på samma linje som det filippinska förslaget.[96]

Goodrich och Hambro skriver om stadgans artikel 12 att det är ganska uppenbart att "the object of this paragraph is to ensure that the General Assembly shall not interfere with the exercise by the Security Council of its functions to maintain international peace and security in accordance with the powers vested in it by Chapters V, VI, VII, and VIII, or by Article

93. UNCIO vol. 3, s. 339, (1945); se även Arangio-Ruiz, The UN Declaration on Friendly Relations and the System of Sources of International Law, Sijthoff 1979, s. 74.

94. UNCIO vol. 3, s. 316, (1945).

95. A a s. 70; se även D'Amato (ed.), International Law Athology, Anderson Publishing Company, 1994, s. 105.

96. UNCIO, vol. 3, s. 339.

94(2)"[97] Distinktionen som görs mellan rådet och församlingen syftar till att undvika en konkurrens mellan de båda organen i konkreta frågor, då en liknande konkurrens skulle kunna leda till komplikationer och svårigheter för FN och dess medlemsstater.[98]

8.4.3.3 En granskning av praxis och doktrin

I fråga om hot mot freden, fredsbrott och angreppshandlingar har generalförsamlingen genom den s.k. Achesonplanen tillagt sig befogenheter att då säkerhetsrådet på grund av vetot inte förmår fullgöra sin fredsfunktion vid ett s.k. brådskande extra möte pröva frågan i syfte att framlägga förslag om kollektiva åtgärder. Dessa uppgifter sorterar som redan nämnts under säkerhetsrådets primära säkerhetsanvar (artikel 24) men har vid flera tillfällen tolkats på ett sätt som givit generalförsamlingen utvidgade befogenheter att agera i stället för säkerhetsrådet. Med tiden har generalförsamlingen emellertid fått ett oskrivet "sekundärt" ansvar. Generalförsamlingens "sekundära säkerhetsanvar" bekräftades sedermera av Internationella domstolen i *Expenses Case* från 1962.[99]

Denna utvidgning av generalförsamlingens befogenhet har sin grund i generalförsamlingens resolution 377(V) som togs den 3 november 1950 och som benämndes "Uniting for Peace"-resolutionen. Resolutionen kan sägas innebära att generalförsamlingens befogenhet utvidgades i strid med ordalydelsen i stadgans artiklar 11(2) och 12. "Uniting for Peace"-resolutionen innebär konkret att då säkerhetsrådet på grund av bristande enhällighet mellan de fem permanenta rådsmedlemmarna inte kan utöva sin skyldighet för bevarandet av fred och säkerhet skall generalförsamlingen träda in i dess ställe. Detta görs:

> with a view to make appropriate recommendations to Members for collective measures, including in the case of breach of the peace or act of agression the use of armed force when necessary, to maintain or restore international peace and security.[100]

Resolutionen fastställer också att brådskande extra möten – "emergency special sessions" – kan sammankallas antingen genom procedurbeslut i säkerhetsrådet eller på begäran av en majoritet av FN:s medlemsstater. Resolutionen antogs med 52 röster för, 5 mot och 2 nedlagda röster.

97. Goodrich and Hambro, Charter of the United Nations Commentary and Documents, second edition, London 1949, s. 172.

98. Kommentar till Förenta Nationernas Stadga, Aktstycken utgivna av Kungliga Utrikesdepartementet, Stockholm 1946, s. 17.

99. Expenses Case, ICJ Reports 1962, s. 151, 162–163.

100. GA Resolution 377(V) av den 3 november 1950.

Anledningen till att "Uniting for Peace" antogs av generalförsamlingen var att FN redan i ett tidigt skede försökte finna lösningar för att stävja vetots förlamande effekter på FN som organisation. Det direkta motivet till resolutionens antagande i november 1950 var att säkerhetsrådet försökte gardera sig mot ett eventuellt misslyckande i Koreafrågan. Säkerhetsrådet lyckades i sin aktion endast p.g.a. att Sovjetunionen då bojkottade säkerhetsrådet genom att inte inta sin plats i rådet. Protesten gjordes för att Kina i säkerhetsrådet inte representerades av folkrepublikens regim utan av Chiang Kai-sheks Koumintang-regering med säte på Taiwan. På grund av den nya praxis som höll på att etableras avseende tolkningen av artikel 27(3) möjliggjordes att säkerhetsrådet kunde agera operativt. Om den nya tolkningen av stadgan däremot inte hade mottagits välvilligt av rådets medlemmar, hade rådet varit nödsakat att betrakta Sovjetunionens frånvaro som ett veto och därmed inte heller kunnat fatta ett resolut beslut.[101] FN skulle därmed inte ha kunnat agera. Sovjetunionen reagerade snabbt och återbesatte sin plats i rådet, vilket resulterade i att inga nya initiativ därefter kunde tas. Generalförsamlingen övertog därför säkerhetsrådets roll genom antagandet av resolution 498(V) av den 1 februari samma år. Den 18 maj 1951 antog generalförsamlingen resolution 500(V) där den klargjorde att Kina gjort sig skyldig till aggression sedan kinesiska trupper ryckt in i Korea. Resolutionen rekommenderade därför på kollektiv grund tillämpningen av ekonomiska sanktionsåtgärder gentemot Kina och Nordkorea. Resolution 498(V) antogs med 44 röster för, 7 mot och 9 nedlagda och resolution 500 antogs med 47 för och 8 nedlagda. Fem delegationer deltog inte i den senare röstningen. Sovjetunionen hävdade att resolutionen var folkrättsstridig. Väststaterna hävdade däremot att det var en modifering av stadgans principer som ytterst syftade till att värna om FN:s förmåga att upprätthålla internationell fred och säkerhet. Generellt kan följande sägas om "Uniting for Peace". Under och efter avkoloniseringen ökade FN:s medlemsantal kraftigt. Under avkoloniseringen förstärktes u-ländernas röstetal i generalförsamlingen och den tidigare västliga majoritetens agerande försvagades. "Uniting for Peace" blev därför inte lika självklart som under den tid som väst dominerade FN.[102]

101. Bailey and Daws, The Procedure of the UN Security Council, third edition, Oxford, 1998, s. 229.

102. Se Akehurst, A Modern Introduction to International Law, fourth edition, London 1982, s. 178, Bring, FN-stadgan och världspolitiken, Stockholm 1997, s. 238.

I samband med Suezaffären 1956 aktualiserades återigen diskussionen avseende "Uniting for Peace". Resolutionen möjliggjorde i sin procedurella del inkallande av brådskande extra möten i generalförsamlingen. Resolutionen sattes i denna del i tillämpning i fallen Ungern och Libanon (1958), Kongo (1960), Israel (1967), Afghanistan och Palestina (1980), Namibia (1981), de ockuperade arabiska områdena (1982) och i samband med ockuperade östra Jerusalem och resten av det ockuperade palestinska territoriet (1997).

Då generalförsamlingen 1958 tillagt sig befogenheter i enlighet med resolution 377(V) rörde frågan krisen i Mellanöstern. Genom antagandet av resolution 1237 (ES-3) anmodade generalförsamlingen generalsekreteraren att göra erforderliga praktiska arrangemang för att bevara stadgans principer i Libanon och Jordanien och därigenom underlätta tillbakadragandet av utländska trupper. Resolutionen antogs enhälligt.

Zacklin skriver att generalförsamlingens beslut att utvidga sitt mandat till att även innefatta ärenden rörande kollektiv säkerhet med tiden tycktes ha fått bifall, antingen uttryckligt eller tyst från alla FN:s medlemsstater. Denna praxisutveckling hade till en början utvecklats genom att en majoritet av staterna 1951 och 1956 givit sitt samtycke till att 1958 ha accepterats enhälligt av FN:s medlemsstater. Modifiering som uppstått av säkerhetsrådets respektive generalförsamlingens befogenheter såsom de ursprungligen uppställts i FN-stadgan måste enligt Zacklin betraktas som en tolkning som skett *contra legem*. Zacklin skriver emellertid att yttersta försiktighet måste iakttas:

> in determining the extent of the *de facto* modification involved. In particular, it should not be regarded as a transfer of the Security Council's powers to the General Assembly. At the very most, this modification may be considerad as permitting the Assembly to act by way of recommendations in matters where the Council, if not deadlocked, would have acted by way of decisions.[103]

Mellan 1956–2000 har sammanlagt 10 brådskande extra möten sammankallats och antagits av FN. Resolutionerna har antingen antagits av en majoritet eller enhälligt av medlemmarna. I dessa fall har generalförsamlingen

103. Zacklin, The Amendment of the Constitutive Instrument of the United Nations and Specialized Agencies, Leyden 1968, s. 188.

övertagit säkerhetsrådets funktion i bevarandet av freds- och säkerhetsfrågor.[104]

8.4.3.4 Sammanfattning

I detta avsnitt har diskussionen rört kompetensfördelningen mellan säkerhetsrådet och generalförsamlingen. Frågan som stått i fokus har varit om generalförsamlingens utvidgade befogenheter har kunnat inläsas inom tolkningsutrymmet av artikel 11(2).

Textanalyserna som gjorts ger vid handen att FN-stadgan ger generalförsamlingen allmänna befogenheter att diskutera skilda frågor och ställa förslag till medlemsstaterna. Detta görs genom rekommendationer som inte är rättsligt förpliktande men som kan ha en sedvanerättslig konsekvens och vara politiskt effektiva. Ansvarsfördelningen är tydlig mellan rådet och församlingen. Förarbetena ger inte heller någon indikation för att stadgans upphovsmän i San Francisco skulle ha tänkt sig något annat än att säkerhetsrådet skulle ha det primära ansvaret för upprätthållandet av internationell fred och säkerhet. Möjligen kan man konstatera att upphovsmännen i samband med att röstningsförfarandet i säkerhetsrådet diskuterades gjorde klart att säkerhetsrådet borde kunna framställa förslag till lösning av tvister, även om någon av de permanenta medlemmarna – som inte var part i frågan – vägrade ansluta sig. Frågan hur detta skulle kunna ske lämnades däremot öppen.

Möjligen kan man också genom den av generalförsamlingen antagna "Uniting for Peace"-resolutionen se ett försök från medlemsstaternas sida att hitta en lösning på detta problem. Generalförsamlingens antagna Achesonplan bemyndigade generalförsamlingen att tillägga sig befogenheter för att upprätthålla internationell fred och säkerhet. Detta under förutsättning att säkerhetsrådet inte förmår fullgöra sin fredsfunktion under sitt primära ansvar på grund av att dess permanenta medlemmar inte uppnått enhällighet.

104. E–1, november 1956, rörande Suez, sammankallat av säkerhetsrådet på förslag av Jugoslavien, E–2, november 1956, rörande Ungern, sammankallat av säkerhetsrådet på förslag av USA – enhalligt beslut, E–3, augusti 1958, rörande Libanon och Jordanien, sammankallat av säkerhetsrådet (enhälligt beslut), E–4, september 1960, rörande Kongo, sammankallat av säkerhetsrådet på forslag av USA, E–5, juni–september 1967, rörande 6-dagars kriget, sammankallat av sekretariatet av Sovjetunionen med stöd av 2/3 av FN:s medlemmar, E–6, januari 1980, rörande Afghanistan, sammankallat av säkerhetsrådet på förslag av Mexiko och Filippinerna, E–7, juli 1980, rörande Palestina, sammankallat av sekretariatet på begäran av Senegal med stöd av 2/3 av FN:s medlemmar, E–8, september 1981, rorande Namibia, sammankallat av sekretariatet på begäran av Zimbabwe med stöd av 2/3 av FN:s medlemmar, E–9, Januari–Februari 1982, rörande de ockuperade arabiska områdena, sammankallat av säkerhetsrådet, E–10, rörande ockupationen av östra Jerusalem, sammankallat av Quatar och resterande delar av det ockuperade Palestinska territoriet.

I samband med att "Uniting for Peace"-resolutionen antogs utvidgades tolkningsutrymmet av artiklarna 11(2) och 12. Detta har skett vid samtliga fall då "Uniting for Peace" åberopats. Utvecklingen som skett bör ses som en utveckling *contra legem* av stadgan. Men det är inte – som fallet var med tolkningen av stadgans artikel 27 – en *de facto*-mässig modifikation som uppstått.

Skillnaden mellan dessa tolkningar är att en *de facto*-modifikation som görs *contra legem* permanentas som i artikel 27-fallet. Detta innebär att en tolkning inte längre kan göras i enlighet med artikelns bokstav utan att den modifierade formen hädanefter måste beaktas.[105]

I det aktuella fallet gäller alltjämt tolkningen av artikel 11(2) och 12. Artiklarna modifieras emellertid endast i samband med att "Uniting for Peace"-modellen åberopas och även antas. I de fall modellen åberopas och antas görs en *ad hoc*-mässig tolkning *contra legem*. Denna tolkning kan emellertid inte klassificeras som *de facto* eftersom den inte är permanent. Den aktualiseras endast i samband med den ifrågavarande resolutionens antagande. Möjligen skulle man i det aktuella fallet kunna tala om en *temporär* tolkning som sker *contra legem* varje gång "Uniting for Peace"-modellen åberopas och antas.

8.4.4 Inrättandet av ad hoc-tribunaler för krigsförbrytelser

8.4.4.1 En textanalys av artikel 41

Artikel 39 i FN-stadgan introducerar kapitel VII och innehåller de för FN grundläggande bestämmelserna för att upprätthålla eller återställa internationell fred och säkerhet. Artikel 39 har stor räckvidd i förhållande till stadgans övriga artiklar. Säkerhetsrådet kan framlägga förslag eller fatta beslut om vilka åtgärder som skall vidtagas i överensstämmelse med artiklarna 41 och 42.[106] Frågan som aktualiseras i detta avsnitt berör spörsmålet om inrättandet av krigsförbrytartribunaler i Jugoslavien och i Rwanda. Inrättandet av tribunalerna fattades av säkerhetsrådet under stadgans kapitel VII. Genom att inrätta tribunaler under detta kapitel tolkades stadgan på ett "innovativt" sätt. Innovationen innebar att säkerhetsrådet för första

105. Tunkin skriver att "Uniting for Peace"-resolutionen utgor " ... a violation of the Charter and not a modification therof". Theory of International Law, translated by Butler, London 1974, s. 340.

106. Goodrich and Hambro, Charter of the United Nations Commentary and Documents, London 1949, s. 262 ff.; se även Kommentar till Förenta Nationernas Stadga, Aktstycken utgivna av Kungliga Utrikesdepartementet, Stockholm 1946, s. 37 ff.

gången klassificerade brott mot den humanitära rätten som ett hot mot den internationella freden.[107] Beslutet att inrätta tribunaler under stadgans kapitel VII innebar också, teoretiskt sett, att alla stater i princip skulle kunna tvingas samarbeta med domstolen. I domstolens först dömda mål *Tadic´ Case*, som strax skall diskuteras, fann domstolens besvärsinstans att inrättandet av tribunalen helt och hållet hade tagits inom säkerhetsrådets behörighet enligt artikel 41, som lyder:

> The Security Council may decide what measures not involving the use of armed force are to be employed to give effect to its decisions, and it may call upon the Members of the United Nations to apply such measures. These may include complete or partial interruption of economic relations and of rail, sea, air, postal, telegraphic, radio and other means of communication, and the severence of diplomatic relations.

Artikeln säger inte – till skillnad från artikel 43 – att medlemsstaterna skall vara skyldiga att deltaga i dessa åtgärder. Att så är fallet, framgår emellertid av artikel 25, enligt vilken medlemsstaterna är skyldiga att "accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter".

8.4.4.2 En granskning av praxis och doktrin

FN-stadgan ger säkerhetsrådet befogenhet att tillsätta nya, subsidiära organ. Detta kan göras antingen genom säkerhetsrådets allmänna befogenheter i enlighet med artikel 7(2), som är en allmänt formulerad bestämmelse, eller genom tillämpning av artikel 29 som är specifik i sin karaktär. Den första artikeln är allmänt formulerad och talar om "subsidiary organs as may be found necessary may be established in accordance with the present Charter". Den senare artikeln talar om att tillsätta subsidiära organ genom att precisera "as it deems necessary for the performance of its [säkerhetsrådets] function". Med hjälp av artikel 7(2) kan rådet tillsätta subsidiära organ med funktioner som rådet inte besitter. Internationella domstolen klargjorde i *Administrative Tribunal Case*[108] och i *Application for Review Case*[109] att artikel 7(2) är mer omfattande än de särskilda befogenheter

107. De Brichambaut, The Role of the United Nations Security Council in the International Legal System, s. 272, in the Role of Law in International Politics, Essays in international Law (Byers, ed.), Oxford, 2000; Franck, Fairness in International Law and Institutions, Oxford 1995, s. 241.

108. Effects of Awards of Compensation made by the United Nations Administrative Tribunal, ICJ Reports, 1954, s. 54.

109. Application for Review of Judgment No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal, ICJ Reports, 1973, s. 47.

som omnämns i artikel 29, vars enda syfte är att tillsätta biträdande organ för att säkerhetsrådet skall kunna fullgöra sina uppgifter.

Möjligheten att tillsätta nya organ i enlighet med artikel 7(2) begränsas däremot av att säkerhetsrådet i enlighet med FN-stadgan måste besitta antingen uttryckliga eller implicerade befogenheter.[110] FN:s huvudorgan kan alltså inte på laglig väg tillsätta subsidiära organ utan måste besitta antingen uttryckliga eller implicerade befogenheter som de kan delegera till det organ som rådet ämnar tillsätta.[111] För att huvudorganen skall kunna inrätta subsidiära organ med funktioner som dessa inte besitter är bruket av de allmänna befogenheterna avgörande för att kunna fastställa organens laglighet. Detta gäller särskilt inrättandet av krigsförbrytartribunalerna i Jugoslavien och i Rwanda.[112]

Genom säkerhetsrådsresolutionerna 827 (1993) och 995 (1994) inrättades två *ad hoc*-tribunaler vars jurisdiktion skulle gälla krigsförbrytelser och brott mot mänskligheten. Jugoslavientribunalen inrättades i Haag och tribunalen i Arusha (Tanzania). Diskussionen som följer avseende Jugoslavientribunalen gäller även *mutatis mutandis* för den inrättade tribunalen i Arusha.[113]

Resolution 827 (1993) föregicks av resolution 808 (1993), i vilken säkerhetsrådet fastställde att inrättandet av en krigsförbrytartribunal i det forna Jugoslavien skulle bidraga till att dels få ett slut på krigsförbrytelserna, dels också återupprätta freden i det forna Jugoslavien. Resolution 808 anmodade generalsekreteraren att utröna på vilket sätt en *ad hoc*-tribunal bäst skulle kunna inrättas. Generalsekreteraren presenterade en rapport till säkerhetsrådet, där det konstaterades att en sådan tribunal skulle fastställas under FN-stadgans kapitel VII som ett subsidiärt organ till säkerhetsrådet.

I resolution 827 framgår att säkerhetsrådet uttryckligen skall etablera tribunalen under stadgans tvingande kapitel VII. Beslutet att inrätta tribunalen under stadgans kapitel VII innebar, teoretiskt sett att alla stater i princip skulle kunna tvingas samarbeta med domstolen.[114]

110. Jaenicke, Article 7, i Simma (ed.), The Charter of the United Nations: A Commentary, Oxford, 1994, s. 201–202.

111. Sarooshi, The United Nations and the Development of Collective Security, Oxford, 1999, s. 93–94.

112. A a s. 95., Rwandatribunalen upprättades genom S/Res/995 antagen den 8 november 1994.

113. Domstolens hela namn lyder "The International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991". Domstolens stadga återfinns i SC do. S/25704 av den 3 maj 1993, "Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council resolution 808 (1993)".

114. Österdahl, Threat to the Peace, Uppsala 1998, s. 50–51.

I domstolens först dömda mål, *Tadic´ case*, anklagades serben Dusko Tadic´ för folkmord baserat på information som erhållits från muslimska flyktningvittnen. Domstolen avvisade svarandesidans yrkande om att ifrågasätta domstolens laglighet. Denna fråga behandlades emellertid inte ingående av domstolens första instans – Trial Chambers. Domstolens besvärsinstans – Appeals Chambers – fann däremot att den hade behörighet att pröva frågan som ett led i sin rättskompetens att fastställa sin egen kompetens s.k. *"competence de la competence"*. Domstolens besvärsinstans fann som tidigare nämnts att inrättandet av tribunalen helt och hållet togs inom säkerhetsrådets behörighet under artikel 41. Den rättsliga funktion varpå tribunalen fastställer individers straffrättsliga ansvar är emellertid en uppgift som rådet i sig inte äger under stadgans bokstav. Samma instans menade emellertid inte att artikel 41 lade grunden för säkerhetsrådets rättsliga uppgifter som anförtrotts brottmålstribunalen. Domstolen hävdade att inrättandet av en internationell tribunal genom säkerhetsrådets försorg inte innebar att säkerhetsrådet delegerat några av sina egna uppgifter eller befogenheter till tribunalen. Domstolen menade inte heller att säkerhetsrådet tillskansat sig uppgifter som det inte hade med att göra eller tillhörde något annat organ. Säkerhetsrådet agerade helt enkelt i enlighet med sitt huvudansvar för att bidra till upprätthållandet av internationell fred och säkerhet i det forna Jugoslavien.[115]

Danesh Sarooshi menar att appellationsdomstolen gör klart att säkerhetsrådet utöver sin uttryckliga befogenhetet enligt artikel 41 även besitter en "implicerad" befogenhet för att kunna agera och därigenom återställa och bevara internationell fred och säkerhet. Dessutom förefaller det vara klart att säkerhetsrådet besitter en implicerad befogenhet att etablera tribunalen genom den kompetens som rådet besitter enligt artikel 24(1) och mer generellt under stadgans kapitel VII.[116]

I generalsekreterarens ovan nämnda rapport framgår det att säkerhetsrådet redan hade fastslagit att de massiva kränkningarna av den humanitära rätten i det forna Jugoslavien utgjorde ett hot mot internationell fred och säkerhet. Generalsekreteraren hävdade således att inrättandet av tribunalen var försvarligt dels mot bakgrund av beslutets ändamål och syfte, att upprättehålla och bevara freden, dels mot bakgrund av tidigare praxis från säkerhetsrådet.

När det en gång blir klart att säkerhetsrådet besitter s.k. implicerade befogenheter finns det enligt Sarooshi inget juridiskt hinder för att rådet skall

115. ILM, 35, 1966, s. 32, paragraf 38.

116. Sarooshi, The United Nations and the Development of Collective Security, Oxford, 1999, s. 97–98.

kunna använda sig av sin bestämmanderätt i enlighet med stadgans artikel 7(2) för att inrätta en tribunal, som ett biträdande organ. Men säkerhetsrådet kunde däremot inte ha agerat under FN-stadgans artikel 29, eftersom rådet genom att inrätta tribunalen inte delegerar fullgörandet av sina uppgifter till tribunalen.[117] Säkerhetsrådet inrättade en oavhängig tribunal och beslutet att inrätta tribunalen förankrades därför under artiklarna 39 och 41. Anledningen till att tribunalen upprättades i enlighet med artikel 7(2) är att rådet ges obegränsade befogenheter under stadgans kapitel VII. Sarooshi skriver att "[I]t is arguable that the Security Council cannot divest itself of its implied or expressed powers under Chapter VII by transferring them *in toto* to a subsidiary organ".[118]

8.4.4.3 Sammanfattning

Det har ovan sagts att det föreligger en skillnad mellan en utveckling *sub lege* och en utveckling som sker *contra legem*. Bara i det senare fallet har det sagts att en *de facto*-modifikation kan uppstå. I det förevarande fallet med inrättandet av Jugoslavientribunalen kan en tolkning *contra legem* av stadgan inte sägas ha skett. Säkerhetsrådets kompetens och befogenheter har inte tolkats *contra legem* utan snarare har en tolkning *sub lege* gjorts inom ramen för säkerhetsrådets huvudansvar för upprätthållande av internationell fred och säkerhet. Tolkningen som gjort har inte givit upphov till någon modifikation.

8.4.5 Terroristresolutionerna – FN-rättslig innovation?

8.4.5.1 En textanalys av relevanta artiklar

Terroristattackerna i New York och Washington fördömdes snabbt av det internationella samfundet. Dagen efter dådet, den 12 september, antog FN en resolution som fördömde handlingarna (S/Res/1368). Den 29 september antog FN:s säkerhetsråd ånyo en resolution (S/Res/1373). Denna och tidigare enhälligt antagna resolution klassificerar internationell terrorism som ett hot mot internationell fred och säkerhet. Detta innebär att resolutionen likställer terroristattacker med ett "väpnat angrepp" från en stat. I

117. A a s. 97–98; jfr dock De Brichambaut, The Role of the United Nations Security Council in the International Legal System, s. 272, i the Role of Law in International Politics, Essays in international Law (Byers, ed.), Oxford, 2000.

118. Sarooshi, The United Nations and the Development of Collective Security, Oxford, 1999, s. 106.

samma resolution framhålls "the inherent right of individual or collective self-defence". Detta kan måhända ses som en s.k. innovation eftersom resolutionen för första gången gör en koppling mellan terrorism och rätten till självförsvar. Denna hänvisning görs i resolutionens preambulära del. Den operativa delen talar om vad det internationella samfundet måste göra och inleder med att föreslå att alla stater skall "prevent and suppress the financing of terrorist attacks". Resolutionens språk och terminologi är i övrigt hämtad från ett antal resolutioner om terrorism som antagits av generalförsamlingen.[119]

Terrorism inom folkrätten är inte ett nytt begrepp. Det som är nytt är att terroristernas aktioner får storskaliga politiska konsekvenser och att tusentals oskyldiga människor dör.

För den rättsliga analysen är följande artiklar i FN-stadgan relevanta. Artikel 24 utstakar säkerhetsrådets uppgifter och befogenheter. Artikel 39 tillämpas i händelse av hot mot freden, fredsbrott och angreppshandlingar. Folkrättens vålds- och aggressionsförbud – FN-stadgans artikel 2(4) – med undantag för självförsvarsrätten i artikel 51, aktualiseras i detta fall.

Innan en textuell analys av artikel 51 görs, bör något nämnas om de tidigare analyserade artiklarna. Dessa artiklar aktualiseras även i detta fall.

Artikel 24 är inte kontroversiell utan ger säkerhetsrådet befogenhet att agera under sitt huvudansvar för att upprätthålla internationell fred och säkerhet.[120] Enligt artikeln ligger självförsvarsrätten utanför säkerhetsrådets primära ansvarsområde och utanför det kollektiva säkerhetsområdet. Artikel 39 ger säkerhetsrådet befogenheter att fastställa ett rådande hot mot freden, fredsbrott eller angreppshandlingar och i anslutning härmed fatta beslut om vilka åtgärder som skall vidtagas i enlighet med artiklarna 41 och 42. Under sitt huvudansvar har rådet möjlighet att klassificera en händelse – som t.ex. internationell terrorism – som ett hot mot den internationella freden och säkerheten. Rådet har också rätt att hänvisa till vilken annan artikel i stadgan det vill. I de aktuella resolutionerna hänvisar rådet till självförsvarsrätten i artikel 51. Utöver det som tidigare nämnts om artikel 2 (4) – FN-stadgans uppställda våldsförbud – kan följande nämnas. Allt bruk av våld som inte är auktoriserat av FN är "inconsistent with the Purpose of the United Nations". Förbudet är totalt såvida det inte rör självförsvar (individuellt och kollektivt) enligt artikel 51.[121] Självförsvarsrätten ligger alltså utanför säkerhetsrådets primära ansvarsområde och behöver inte vara auktoriserat av säkerhetsrådet. Artikel 2(4) uttalar sig om

119. Från 1963 och framåt har tolv konventioner antagits.
120. Se Higgins, Problems and Process, Oxford, 1994, s. 248 ff.
121. Bring, FN-stadgan och världspolitiken, Stockholm 1997, s. 74.

våld mellan stater medan artikel 51 endast talar om väpnat angrepp – "armed attack" – mot en medlemsstat.

Artikel 51 lyder:

> Nothing in the present Charter shall inpair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs againts a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by the the Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security.

Den textuella analysen ger vid handen att den angripna medlemsstaten äger rätt att tillgripa våld. Utrymmet att agera ges antingen individuellt eller kollektivt, genom regionala organ eller genom samtliga medlemsstaters agerande. Tolkningen av artikel 51 har varit kontroversiell alltsedan FN-stadgans tillkomst. Det vagt formulerade begreppet "armed attack" har därför givit upphov till olika tolkningar i doktrinen.[122] Den klassiska tolkningen innebär emellertid att en stat angriper en annan stat, inte en terroristattack mot en stat.

8.4.5.2 En genomgång av förarbetena

Dumbarton Oaks-förslaget hade inte med någon motsvarighet till artikel 51.[123] Artikel 51 tillkom under förhandlingarna i San Francisco 1945. Tanken bakom artikeln var att garantera medlemsstaterna rätten till självförsvar i händelse av ett väpnat angrepp. Rätten uppställs som en "inherent right" vilket är en indikation på att den inte sorterar under säkerhetsrådets primära säkerhetsansvar.[124] Självförsvarsrätten uppställs vidare som en provisorisk åtgärd som får utövas av en stat ensam intill dess att säkerhetsrådet vidtagit nödvändiga åtgärder för att upprätthålla internationell fred och säkerhet.[125] Frågan som aktualiserades under förhandlingarna i San Francisco var om stadgan också är tillämplig sedan en aktion från FN kommit igång. Detta innebär också att självförsvarsrätten inte får fördröjas. Effekterna av en aktion från säkerhetsrådet skulle onekligen begränsas om en stat fortsatte sitt självförsvar efter det att rådet vidtagit åtgärder för att med provisoriska åtgärder förebygga att läget förvärras en-

122. A a s. 161 ff.

123. Goodrich och Hambro, Charter of the United Nations, London, 1949, s. 297; Brownlie, International Law and the Use of Force by States, Oxford, 1963, s. 269.

124. Kelsen, The Law of the United Nations, New York, 1950, s. 791 ff.

125. Gray, International Law and the Use of Force, Oxford, 2000, s. 92–94.

ligt artikel 40. Förarbetena behandlar också frågan om vad som skulle ske om den stat som har rätt till självförsvar inte fick ta i anspråk sådana styrkor som enligt artikel 43 skall stå till förfogande för annat ändamål. I den brittiska kommentaren till stadgan klargörs uttryckligen, att om rådets aktion är otillräcklig, kunde rätten till självförsvar åberopas av en stat för att rättfärdiga varje handling som den fann rätt att företaga.[126] Vidare konstateras att i de fall någon tvångsaktion från rådet inte kommer till stånd förblir självförsvarsrätten oinskränkt. Om t.ex. en ständig rådsmedlem skulle angripa en annan stat utan att detta skulle vara en av rådet ledd aktion skulle den angripna statens rätt till självförsvar vara oinskränkt.

Orsaken till att det "kollektiva" självförsvaret har utvecklats är att det förelåg en misstro mot säkerhetsrådets effektivitet och ett i samband därmed stående intresse att bevara möjligheten för andra kollektiva aktioner än de som stadgan föreskrev. Dessa tankar genomsyrar måhända stadgans kapitel VIII och diskuteras inte närmare här. Här bör dock nämnas att förarbetena betonar att man särskilt var angelägen om att tillförsäkra de amerikanska staterna rätten att avvärja ett mot den amerikanska kontinenten riktat angrepp på samma sätt som de försvarspakter som bildats under andra världskriget.[127]

Rätten till självförsvar innebär i de fall som diskuteras att andra stater får komma till den angripna statens undsättning. Det konstateras att självförsvar måste rikta sig mot "militär aggression" och det talades även från amerikanskt håll om "politisk aggression". Den politiska aggressionens innebörd syftade till att försöka påtvinga de amerikanska staterna ett icke-amerikanskt styrelseskick. Men artikel 51 ger inga stater en sådan rätt att tillgripa vapenmakt. Den kollektiva självförsvarsrätten antas gälla för varje stat som uppfattar ett angrepp mot en annan stat som ett angrepp som utsätter den egna staten för fara. Förarbetena gör också klart att rätten till självförsvar inte är beroende av några på förhand träffade avtal mellan staterna. Här framgår också att det kollektiva självförsvaret i högre grad än det individuella måste ge vika när det kolliderar med en av rådet ledd aktion. Den officiella kanadensiska rapporten framhöll att varje stormakt kunde förhindra en aktion av rådet sedan en regional självförsvarsaktion satts igång.[128]

126. Goodrich och Hambro, Charter of the United Nations, London, 1949, s. 299.

127. Kommentar till Förenta Nationernas Stadga: Aktstycken utgivna av Kungl. Utrikesdepartementet, Stockholm 1946, s. 49 ff.

128. Goodrich och Hambro, Charter of the United Nations, London, 1949, s. 297 ff., Kelsen, The Law of the United Nations, New York 1964, s. 791 ff., Kommentar till Forenta Nationernas Stadga: Aktstycken utgivna av Kungliga Utrikesdepartementet, Stockholm, 1946, s. 49 ff.

8.4.5.3 En genomgång av praxis och doktrin

Rätten till självförsvar har vid åtskilliga tillfällen åberopats av stater som önskat legitimera våldsanvändning. Uppfattningen i doktrinen om vad som konstituerar väpnat angrepp och vad som legitimerar självförsvar går emellertid vitt isär. Enligt Christine Gray framkallar självförsvarsrätten "the most fundamental disagreement between states and between writers".[129] Dessa olika uppfattningar kan delas in i en restriktiv och en extensiv linje.

Den restriktiva uppfattningen följer stadgans bokstav. Den kan sägas tolka artikel 2(4) extensivt i förhållande till en restriktiv tolkning av artikel 51. Artikel 51 omfattar inte självförsvar mot terrorister. Det väpnade angreppet skall vara riktat från en stat mot en annan stat. Självförsvarsrätten måste då utnyttjas i nära anslutning till angreppet och skall ses som en provisorisk åtgärd fram till dess säkerhetsrådet tagit kontrollen över situationen.

Omfattningen av det våld som får utövas vid åberopandet av självförsvarsrätten går tillbaka till det kända *Caroline Case* där domaren Websters uttalande av den 27 juli 1842 har blivit klassiskt. Det skulle enligt Webster finnas en " ... necessity of self-defence, instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment of deliberation". Rätten till självförsvar skulle inte vara "unreasonable or excessive; since the act justified by the necessity of self-defence must be limited by the necessity and kept clearly within it".[130] Den senare delen av Websters uttalande sägs ligga till grund för den s.k. proportionalitetsprincipen. Omfattningen av våldsanvändningen skall alltså styras av nödvändighet, omedelbarhet och proportionalitet.[131]

Malanczuk skriver att "[s]elf-defence does not include a right of armed reprisal".[132] Terrorister som genomför sitt dåd från en stat mot en annan stat skall gripas, lagföras eller utvisas av den angripna staten. I samband med att den angripna staten agerar för att få tag på förövarna får våld brukas av den angripna staten. Den angripna staten får däremot inte slå tillbaka genom att attackera den andra staten.[133] Det är alltså polisiära och juridiska åtgärder som skall vidtagas i första hand. Denna uppfattning

129. Gray, International Law and the Use of Force, Oxford 2000, s. 84.

130. Brownlie, International Law and the Use of Force by States, Oxford 1963, s. 43; Akehurst, Modern Introduction to International Law, seventh edition, London 1997, (Malanczuk, ed.), s. 314; Bring, FN-stadgan och världspolitiken, Stockholm 1997, s. 151.

131. Akehurst, Modern Introduction to International Law, seventh edition, London 1997, (Malanczuk, ed.), s. 316.

132. A a s. 316

133. A a s. 316.

fastställs också i generalförsamlingens "Friendly Relations"-deklaration (G/Res/(XXV) 24 oktober 1970) där det står att "States have a duty to refrain from acts of reprisal involving the use of force".[134]

USA:s bombningar mot Libyen 1986 som ett svar på en terroristattack mot amerikanska soldater i Berlin motiverades med självförsvar.[135] USA hänvisade till FN-stadgans artikel 51 och åberopade preventivt självförsvar för sitt agerande. De icke allierade staternas utrikesministrar fördömde emellertid bombningarna. Likaså ifrågasattes Amerikas militära invasion i Panama 1989 på juridisk grund och vedergällningsaktionerna mot Bagdad 1993.[136] Självförsvarsrätten åberopades också i samband med terrordåden mot de amerikanska ambassadbyggnaderna i Nairobi och Dar es Salaam 1999. Många andra fall finns redovisade och analyserade i doktrinen.[137]

Den extensiva uppfattningen kännetecknas av en praxisutveckling som inte följer stadgans bokstav. Denna praxisutveckling har dels framkallats av vetots tidigare låsning av säkerhetsrådet, dels av en restriktiv syn på vilka aktioner som legitimerar självförsvar. Representanter för denna uppfattning hävdar därför att denna nya form av väpnat angrepp bör kunna inbegripas i den traditionella tolkningen av väpnat angrepp. Den extensiva uppfattningens representanter hävdar att scenariot i världen förändrats. När stadgan antogs 1945 fanns ingen internationell terrorism. Terroristaktionerna har därefter eskalerat. Det är först i samband med terroristattackerna i New York och Washington som FN agerade med två efter varandra enhälligt antagna resolutioner som hänvisade till stadgans självförsvarsrätt.

Företrädare för den restriktiva uppfattningen skulle i detta läge kräva en uttrycklig resolution av rådet som auktoriserade våldsanvändning. Ett agerande utan något uttryckligt stöd i stadgan skulle också gå stick i stäv med det uppställda våldsförbudet. Detta förbud är en allmänt accepterad *jus cogens*-regel inom folkrätten. En auktorisation skulle emellertid kunna ges *ex post facto*.

Den extensiva uppfattningens representanter hävdar att en ny praxisutveckling är på väg att utvecklas. Detta är ett naturligt sätt som folkrätten utvecklas på. Resolutionerna ifråga kopplar terroristangreppen till själv-

134. Brownlie, Basic Documents in International Law, fourth edition, Oxford 1967, s. 39

135. Higgins, Problems & Process, Oxford, 1994, s. 244 ff; Gray, International Law and the Use of Force, Oxford 2000, s. 115 ff.

136. Bailey and Daws, The Procedure of the UN Security Council, third edition, Oxford 1998, s. 102 ff.; Akehurst, Modern Introduction to International Law, seventh edition, (Malanczuk, ed.), London 1997, s. 316.

137. Bring, FN-stadgan och världspolitiken, Stockholm, 1997, s. 150 ff.

försvarsrätten och gör indirekt klart att det rör sig om ett väpnat angrepp mot en annan stat. I detta fall är det därmed fråga om en nytolkning av begreppet "väpnat angrepp". Möjligen kan man också i denna nytolkning av begreppet "väpnat angrepp" utläsa en pågående utveckling *contra legem* av artikel 51 när det gäller rätten till preventivt självförsvar, "anticipatory self defence".[138] Preventivt självförsvar är inte allmänt accepterat inom folkrätten. I det aktuella fallet skulle den förebyggande självförsvarsrätten vara direkt kopplad till terroristattackerna i New York och Washington och skulle knappast kunna tänjas i förebyggande syfte för att slå ut terrorister i Iran, Irak och Nordkorea. Den preventiva självförsvarsrätten behandlas ytterst restriktivt i doktrinen då den har en potential att skapa negativa precedensfall. För att en utveckling *contra legem* av den preventiva självförsvarsrätten skall kunna etableras måste en historisk upprepning av storskaliga terroristattacker ske på samma sätt som skett med en motsvarande reaktion från det internationella samfundet.

8.4.5.4 Sammanfattning

Genomgången i detta kapitel visar att FN-stadgan kan tolkas på olika sätt. Stadgan kan antingen tolkas *sub lege* eller *contra legem*. I det förevarande fallet har säkerhetsrådet agerat i enlighet med sitt huvudansvar och klassificerat terrordåden som ett hot mot internationell fred och säkerhet med en hänvisning till självförsvarsrätten. Detta är en tolkning *sub lege* som görs inom berörda artiklars tolkningsutrymme. Då ingen uttolkare av stadgan finns kan organen själva genom de akter de förfogar över tolka bestämmelsernas innehåll. I detta fall görs därför en för ändamålet utvidgad tolkning av begreppet "väpnat angrepp". Denna utvidgning inbegriper således attacker från terrorister mot en stat. Denna utvigade tolkning får möjligen också konsevenser för den diskussion som rör preventivt självförsvar. Möjligen kan man också i denna nytolkning av begreppet "väpnat angrepp" utläsa en pågående utveckling *contra legem* av artikel 51 när det gäller rätten till preventivt självförsvar, "anticipatory self defence". För att en utveckling *contra legem* av den preventiva självförsvarsrätten skall kunna ske måste den vara direkt kopplad till terroristattackerna i New York och Washington och kan knappast tänjas i förebyggande syfte för att slå ut terrorister i t.ex. Iran, Irak och Nordkorea. Den preventiva självför-

138. Bring, En ratt till vapnat självförsvar mot internationell terrorism?, JT, 2001–02, NR 2, s. 241–251; Akehurst, Modern Introduction to International Law, seventh revised edition, London 1997, (Malanczuk, ed.), s. 311–314; Gray, International Law and the Use of Force, Oxford, 2000, s. 111–115.

svarsrätten behandlas ytterst restriktivt i doktrinen eftersom den skapar negativa precedensfall. För att en utveckling *contra legem* av den preventiva självförsvarsrätten skall kunna etableras måste en historisk upprepning av storskaliga terroristattacker ske på samma sätt som skett med en motsvarande reaktion från det internationella samfundet. Det förefallar därför osannolikt att USA skulle kunna utnyttja sin nuvarande självförsvarsrätt till att förebygga nya terroristattacker mot "onskans axelmakter". Sådana attacker skulle knappast få stöd i det internationella samfundet och därför skulle heller ingen rättsutveckling inom detta område kunna ske.

En evolutiv tolkning av artikel 51 framkallar inte någon utveckling *contra legem* av begreppet "väpnat angrepp" utan utgör snarare en nytolkning *sub lege*. Begreppet inbegriper fortfarande angrepp från stater. Resolutionerna bör därför inte ses som FN-rättsliga "innovationer" – mer än att terrorism kopplas samman med självförsvarsrätten – utan snarare som en nutidsanpassad *sub lege*-tolkning av begreppet "väpnat angrepp". Resolutionerna är enhälligt antagna och det förefaller föreligga en *opinio juris* som återspeglar det internationella samfundets rättsuppfattning. Denna *opinio* är inte heller regionalt begränsad utan förefaller vara internationellt förankrad.

Folkrätten är inte statisk utan ändras genom staternas praxis. I detta avseende utvecklas också stadgan. Säkerhetsrådet, generalförsamlingen och medlemsstaterna kommer därför att påverka denna utveckling genom att manifestera en praxis. Även EU:s stöd påskyndar denna praxisutveckling som kanske redan är på gång att förändra synen på FN-stadgans självförsvarsrätt. Denna utveckling kommer däremot också att påverkas av det våld som kommer att utövas under självförsvarsrätten. Om denna våldsutövning inte är proportionerlig i förhållande till sitt syfte och ett fullskaligt krig utbryter – kanske med andra terroristrelaterade stater – kommer folkrättens principer med största sannolikhet att undermineras. Detta diskuteras emellertid inte här.

I linje med det som tidigare nämnts i detta kapitel är det i det förevarande fallet inte fråga om internationell sedvanerätt som utvecklas inom traktatregimens ram utan en praxis som måhända är i färd att etableras inom FN-stadgans ram och som i detta fall enhälligt antagits av säkerhetsrådet. Detta är den teoretiska slutsatsen. Denna utveckling beskrivs dock i praktiken som en sedvanerättslig utveckling då det talas om *opinio juris* som måhända återspeglar en mellanstatlig uppfattning som innebär att självförsvarsrätten kan utövas mellan en stat och en terroristorganisation.

8.5 Informell modifikation genom *desuetudo*

8.5.1 En textanalys av relevanta artiklar (artikel 43 m.fl.)

Säkerhetsrådets beslut om våldsanvändning kräver i enlighet med FN-stadgans bestämmelser ett strikt formaliserat förfarande. Under Kuwait-krisen 1991 uppstod problem i samband med att beslut om våldsanvändning togs av säkerhetsrådet. Vissa centrala artiklar i stadgan tillämpades då inte av rådet.[139] Vid ett kollektivt agerande förutser stadgan att ett militärt stabsutskott upprättas som ett sammanhållande organ och att militära aktioner föregås av särskilda avtal som tecknas mellan säkerhetsrådet och de stater som ämnar agera militärt. Militära stabsutskottet inrättades men några avtal tecknades inte. Frågan som diskuteras i detta avsnitt är hur FN:s agerande att inte tillämpa några av stadgans artiklar skall klassificeras. Är det fråga om tolkning, modifikation eller något annat?

Säkerhetsrådet har en skyldighet att agera för att återställa fred och säkerhet i enlighet med stadgans artikel 39 som bl.a. hänvisar till artikel 42. Artikel 42, första meningen i FN-stadgan lyder:

> Should the Security Council consider that measures provided for in Article 41 would be inadequate or have proved to be inadequate, it may take such action by air, sea, or land forces as may be necessary to maintain or restore international peace and security.

Beslut om militära åtgärder enligt FN-stadgan kan enbart fattas under artikel 42 och i anslutning till en till denna artikel knuten procedur enligt artiklarna 43–47. Artikel 43 i FN-stadgan lyder:

> 1. All Members of the United Nations, in order to contribute to the maintenance of international peace and security undertake to make available to the Security Council, on its call and in accordance with a special agreement or agreements, armed forces, assistance and facilities, including rights of passage, necessary for the purpose of maintaining international peace and security.
>
> 2. Such agreements shall govern the number or types of forces, their degree of readiness and general location, and the nature of the facilities and assistance to be provided.
>
> 3. The agreement or agreements shall be negotiated as soon as possible on the initiative of the Security Council. They shall be concluded between the Security Council and members or between the Security Council and groups of members and shall be subject to ratification by the signatory states in accordance with their respective constitutional process.

139. Akehurst, Modern Introduction to International Law, seventh edition, (Malanczuk, ed.), London, 1997, s. 389.

De stater som enligt artikel 42 på anmodan av säkerhetsrådet beordrats använda våld måste i enlighet med artikel 43 ingå truppavtal med rådet. Avtalet skall fastställa styrkornas numerär och beskaffenhet, beredskapsgrad och allmänna förläggning samt arten av de förmåner och det bistånd som skall lämnas. Avtalet som sluts mellan säkerhetsrådet och medlemmarna skall ratificeras av signatärstaterna.

Enligt artikel 47 skall ett militärt stabsutskott, "military staff committee" (MSC), upprättas. Dess uppgift skall vara att lämna säkerhetsrådet hjälp i alla frågor som berör rådets militära behov för att upprätthålla internationell fred och säkerhet, rörande bruk och befäl över styrkor som ställts till dess förfogande, rörande reglering av rustningarna och rörande eventuell nedrustning. Stabsutskottet består av höga militära företrädare för de ständiga rådsmedlemmarna. Stabsutskottet är under säkerhetsrådet ansvarigt för den strategiska ledningen av alla väpnade trupper, som ställts till rådets förfogande. MSC träffas regelbundet men dess funktion kan sägas vara urholkad eftersom sammanträdena är intetsägande. Några substansbeslut har aldrig tagits angående utskottets militära och operativa funktion.[140]

8.5.2 En granskning av förarbetena

Enligt artikel 43(3) är avtalsslutande part säkerhetsrådet. Enligt Dumbarton Oaks-förslaget skulle avtalet däremot slutas mellan staterna inbördes " ... with a special agreement or agreements concluded among themselves " I *Kommentar till Förenta Nationernas Stadga* som utarbetats av Utrikesdepartementet 1946 framgår att slutandet av ett enda avtal bortsågs från, eftersom det var svårt att föreställa sig hur ett sådant avtal skulle se ut, och eftersom all initierad diskussion föreföll utgå från att ett flertal avtal skulle ingås.[141] Avtalen skulle kunna ingås med enskilda stater eller grupper och "måhända har man särskilt haft s.k. regionala grupper i tankarna".[142] Konstruktionen med avtalen ger medlemsstaterna en möjlighet att avgöra i vilken omfattning och på vilket sätt som staterna skall deltaga i en aktion enligt art 42. Med viss rätt har det därför sagts att det först är genom avtalen – inte genom inträdet – som medlemsstaterna på allvar engagerar sig i FN:s säkerhetssystem.

140. Bring, FN-stadgan, andra upplagan, Stockholm, 1997, s. 255.

141. Kommentar till Förenta Nationernas Stadga, Aktstycken utgivna av Kungliga Utrikesdepartementet, Stockholm 1946, s. 43.

142. A a s. 43.

En grundligare genomgång behöver inte göras av förarbetena. Följande konstaterande kan sammanfatta detta stycke. Förarbetena klargör otvetydigt att stadgans regler skall följas. Ett militärt stabsutskott skall inrättas och särskilda avtal skall tecknas mellan FN och de stater som skall bidra med militärs insatser.

8.5.3 En granskning av praxis och doktrin

En av FN-stadgans portalbestämmelser som återfinns i stadgans preambel (punkt 7) klargör att våld inte får komma till användning i annat fall än då gemensamma intressen står på spel. Sådana intressen ansågs stå på spel då Kuwait annekterades av Irak 1990. Detta föranledde ett ingrepp av en FN-auktoriserad USA-ledd allians mot Irak 1991.

Säkerhetsrådsbeslut om väpnade åtgärder fattas som tidigare nämnts under stadgans artiklar 39 och 42–48 (artikel 106). Säkerhetsrådsresolutionerna 665 och 678 följde emellertid inte denna procedur.[143] Kollektiviseringen av våldsanvändningen genomfördes på ett sätt som inte är förenligt med FN-stadgan, eftersom det militära stabsutskottet inte sammankallades (artikel 47). I stället för att FN kommenderade operationen anförtroddes rätten till våldsanvändning till ett antal stater. Några trupper ställdes inte till FN:s förfogande och några särskilda avtal tecknades inte heller mellan FN och de stater som skulle ingå i alliansen. Avtalen skulle reglera truppernas numerär, beskaffenhet, beredskapsgrad m.m. (artikel 43).

Genom att bortse från vissa bestämmelser i FN-stadgan som i vanliga fall är tillämpliga, kan som tidigare visats organisationens medlemmar handla på ett sätt som inte är föreskrivet i FN-stadgan. I praktiken innebär detta att stadgans innehåll förändras trots att textens bokstav lämnas orörd.[144] För att inte lägga hinder i vägen tillämpas helt enkelt inte vissa artiklar, dvs. *desuetudo*-mekanismen gör sig gällande. Skälet för detta skulle i det ifrågavarande fallet vara att USA som främsta garant för allianSens framgång inte hade för avsikt att inlemna sina militära styrkor under FN-kommandots flagg. Trupperna stod i stället under amerikanskt befäl.

Genom att inte tillämpa de ifrågavarande artiklarna på det sätt som FN-stadgan föreskriver förändras den procedur på vilket FN skall inskrida i

143. S/RES/665 av den 25 augusti 1990 och S/RES/678 av den 29 november 1990. Resolutionerna antogs med röstsiffrorna 13 för, 2 nedlagda (Kuba och Jemen) resp. 12 för, 2 emot (Kuba och Jemen) 1 nedlagd (Kina), (S/RES/660, Art. 39,40, S/RES/661, Artikel 51).

144. Engel, Procedures for the De Facto Revision of the Charter, 59 PASIL, 1965, s. 111.

händelse av hot mot freden. Zacklin hävdar i detta avseende att det kanske är att gå för långt att påstå att stadgans innebörd förändras. Han skriver i motsats till Engel att resultatet av att bortse från en artikel inte framkallar *de facto*-modifikation. Zacklin skriver vidare att, genom att organen och medlemsstaterna inte tillämpar en bestämd artikel kan en tillfällig justering – "temporary adjustment" – av stadgan ske, men att en sådan praxis lika väl kan återkallas av samma organ eller av dess medlemmar vid ett senare tillfälle. Teoretiskt sätt skulle det alltså vara möjligt att vid ett senare tillfälle ta artikel 43 i bruk. Zacklin skriver emellertid att en *de facto*-modifikation skulle kunna gå att framkalla i de fall praxis utvecklades *contra legem*. Detta har inte skett i det aktuella fallet. Det som skett är att några artiklar i stadgan inte tillämpats. Frågan som emellertid kan vara av intresse att ställa är när sådana artiklar som inte tillämpas upphör att gälla.[145]

I detta sammanhang kan det också vara av intresse att hänvisa till Bruno Simma som talar om en speciell form av informell modifikation av stadgan som uppstår genom *desuetudo*-mekanismens inverkan. Simma för ett sedvanerättsligt resonemang som berör en traktatregim, vilket FN-stadgan onekligen är. Han talar om:

> [o]ne special form of informal modification of the Charter is desuetude, i.e. the laps of a Charter because of a continous non-application over a substantial period of time, accompanied by *opinio juris*.[146]

För att göra en ytterligare distinktion kan en hänvisning till snarliknande fall omnämnas. Artikel 19 i FN-stadgan. Artikeln tillämpades inte under många år och vad som sägs i det följande hänför sig till denna period. Artikeln föreskriver att medlem som står i skuld till organisationen inte får rösta i generalförsamlingen. Engel gjorde 1965 en hänvisning till artikeln 19 utan att närmare analysera händelseförloppet och Zacklin kommenterade överhuvudtaget inte artikel 19 i sin bok 1968. En förklaring till detta ges av Tomuschat i Simmas kommentar till FN-stadgan. Där konstaterar han att artikeln efter 1965 vid åtskilliga tillfällen tillämpats och att *desuetudo*-mekanismen således inte har gått att göra gällande i det aktuella fallet.[147]

145. Zacklin, The Amendment of the Constitutive Instrument of the United Nations and Specialized Agencies, Leyden 1968, s. 195.

146. Karl & Mützelburg, Article 108, i Simma, (ed.), The Charter of the United Nations: A Commentary, Oxford University Press, 1994, s. 1167–1168; Kelsen skriver: "If the norm remains permanently inefficasious, the norm is deprived of its validity by "deseuetudo", i General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1945, s. 119; se även Karl, Vertrag und Spätere Praxis im Volkerrecht, Berlin 1983, s. 386.

147. Tomuschat, Article 19, i Simma (ed.), The Charter of the United Nations: A Commentary Oxford University Press, 1994, s. 338; Villiger, Customary International Law and Treaties, The Hague, 1997, s. 201.

Följande inlägg kan analogivis göras. Om artikel 19 däremot inte alls skulle ha tillämpats skulle artikeln genom *desuetudo* – mekanismens inverkan förmodligen betraktas som en *contra legem*-utveckling av stadgan vilket skulle innebära att en *de facto*-modifikation av stadgan skulle ha uppstått. Detta skulle innebära att en medlem som stod i skuld till organisationen trots allt skulle få tillfälle att rösta i generalförsamlingen. *Contra legem*-utvecklingen skulle i så fall ha skett under förutsättning att en fast praxis skulle ha etablerats och ett allmänt samtycke kunnat fastställas. Modifikationen skulle vidare kunnat klassificeras som en *de facto*-utveckling eftersom den då skulle kunna betraktas som permanent.

8.5.4 Sammanfattning

Säkerhetsrådets beslut om våldsanvändning kräver i enlighet med FN-stadgans bestämmelser ett strikt formaliserat förfarande. Under Kuwait-krisen 1991 uppstod problem i samband med att beslut om våldsanvändning togs utan att vissa centrala artiklar tillämpades. FN följde inte stadgans bestämmelser bokstavligen men agerade ändå inom stadgans ram. Detta kan förklaras på följande sätt. Mekanismen som styrt processen beskrivs bäst med hjälp av *desuetudo*-mekanismens inverkan. En negativ *opinio juris* har formaliserats som mynnat ut i att ett *contra legem*-förfarande. Detta förfarande kan emellertid inte klassificeras som en *de facto*-modifikation av artikeln, eftersom förfarandet inte permanentats. Detta skulle ha skett om en "fast praxis" och ett "allmänt samtycke" hade etablerats. Så har inte skett. Stadgans icke tillämpade artiklar kan därför inte heller sägas vara föråldrade och därför omöjliga att tillämpa[148] utan kan – även om detta för tillfället förefaller mindre sannolikt – komma att tillämpas i framtiden. Artiklarna kan därför inte heller sägas vara *obsoleta*.

Genom att inte tillämpa vissa av stadgans föreskrivna artiklar har en temporär – *ad hoc*-mässig – modifikation gjorts som förvisso är *contra legem* men som inte har någon varaktig inverkan på artiklarnas fortsatta tillämpning. Denna process har möjliggjorts genom att traktatsparterna disponerar över traktatens innehåll.

148. Ledare DN/1999-06-12

8.6 Tolkning eller modifikation genom slutandet av supplementära avtal?

8.6.1 "Peace-keeping" – allmän presentation

Frågan som diskuteras i detta avsnitt är om "peace-keeping" faller in under FN-stadgans tolkningsutrymme eller inte. Begreppet "peace-keeping" återfinns som tidigare nämnts inte i FN-stadgan och det finns således inte några enskilda artiklar att hänvisa till. Begreppet går därför inte heller att spåra till förarbetena. Efter FN-stadgans antagande utvecklades "peace-keeping" som en utfyllnad av de brister i stadgan som uppstått i samband med att säkerhetsrådet inte fullt ut kunde agera i enlighet med stadgans föreskrifter för att upprätthålla eller återställa internationell fred och säkerhet.[149] Orsaken till låsningen i säkerhetsrådet var det kalla krigets utbredning efter 1945, som förorsakade konfrontation mellan de permanenta rådsmedlemmarna. Oförmågan att uppnå fredliga lösningar av internationella tvister medelst konsensus inom säkerhetsrådets ram eller medelst majoritetsbeslut i generalförsamlingen, gjorde att man vidareutvecklade mekanismer för konfliktprevention utanför artikel 34:s räckvidd.

I stället för att de mäktiga nationerna med gemensamma maktmedel skulle agera som garanter för världsfreden började FN att understödja fredsbevarande operationer i form av lätt beväpnade militära styrkor eller obeväpnade observatörsgrupper som bistods av medelstora och mindre nationer. Trots att Nationernas Förbund hade ett liknande system – där en multilateral styrka på 3. 300 personer skickades till att övervaka en folkomröstning i Saardalen 1935 – är de fredsbevarande operationerna en innovation som har sitt ursprung i FN.[150]

8.6.2 En granskning av praxis och doktrin

Mellan juni 1948 och augusti år 2000 hade 53 fredsbevarande operationer under FN:s ledning genomförts i världen. Mellan 1948 och 1988 genomfördes 15 fredsbevarande operationer och mellan 1989 och augusti 2000 genomfördes 38 operationer.[151] Konceptet "peace-keeping" är numera ett

149. Ress, Interpretation, i Simma, The Charter of the United Nations: A Commentary, Oxford University Press, 1994, s. 29.

150. The United Nations at Forty a Foundation to Build on, United Nations, New York, 1985, s. 90; Bring, FN-stadgan och världspolitiken, andra upplagan, Norstedts, 1997, s. 15, 298 ff.; Bring och Mahmoudi, Sverige och folkrätten, Stockholm, 1998, s. 73 ff.

151. Bailey and Daws, The Procedure of the UN Security Council, third edition, Oxford, 1998, s. 356, statistiken efter 1998 är hämtad från FN:s hemsida.

väl etablerat begrepp i folkrätten och förekommer som en enskild rubrik i nästan alla folkrättsliga standardverk.[152] Begreppet finns emellertid inte omnämnt i FN-stadgan utan är en efterhandskonstruktion som framkallats genom en praxisutveckling som vunnit allmän acceptans hos FN:s medlemsstater.

Som tidigare nämnts har några truppavtal i enlighet med artikel 43 i FN-stadgan aldrig slutits mellan säkerhetsrådet och de stater som skall bidra med militära insatser under FN:s kommando. Detta har inte hindrat FN från att hitta alternativa metoder för att färdigställa trupper för att i enlighet med stadgan främja fred och säkerhetsfrågor. Den första operationen – United Nation Truce Supervision Organization (UNTSO) – kom till stånd i mellanöstern 1948. Den första "Peace-keeping"-operationen i sig kom som tidigare nämnts till uttryck första gången i samband med 1956 års Suez- och Gazaoperation, då UNEF I (United Nations Emergency Force) etablerades. Det är sannolikt att UNEF:s skapande inspirerades av "Uniting for Peace"-resolutionen.[153] Resolutionen påkallar att brådskande extramöten kan sammankallas antingen genom ett procedurbeslut i säkerhetsådet eller på begäran av 2/3 av FN:s medlemmar.[154]

Kännetecknande för UNEF kan sägas vara att operationen möjliggjordes genom en överenskommelse mellan tillfälliga nationella trupper som ställdes till FN:s förfogande och FN:s generalsekreterare. Generalförsamlingen utnämnde ansvarigt befäl och auktoriserade generalsekreteraren att anta bestämmelser för att fastställa den militära personalens rättigheter och skyldigheter under avtalet. Operationen finansierades av FN och trupperna tog direkt order från generalförsamlingen och generalsekreteraren. Andra fredsbevarande operationer har inte lika tydligt som denna klassificerats under FN-stadgans kapitel VI, som generellt sägs vara samtyckesbaserat, utan har haft tvångsinslag i enlighet med kapitel VII. Inte förvånande, skriver Bring, började man därför som rättslig bas för "peace-keeping" tala om ett oskrivet kapitel VI ½.[155]

Trots att andra fredsbevarande operationer kanske har haft en annan rättslig konstruktion än UNEF kännetecknas samtliga av att en supple-

152. Se t.ex. Akehurst, Modern Introduction to International Law, seventh edition, (Malanczuk, ed.), London, 1997, s. 416.

153. Bring, FN-stadgan och världspolitiken, andra upplagan, Stockholm, 1997, s. 238.

154. Ga/Res/377(V), av den 11 november 1950.

155. Likheten mellan det oskrivna kapitlet och kapitel VI är enligt Bring att FN inte kan vidta någon åtgärd utan parternas samtycke. Detta medför att ett samarbete etableras mellan parterna i konfliktområdet. Under kapitel VII kan FN däremot tvinga parterna in i ett nytt saklage, bl.a. med hjälp av militära maktmedel. Bring, FN-stadgan och världspolitiken, andra upplagan, Norstedts Juridik, 1997, s. 15. Se också Akehurst, Modern Introduction to International Law, seventh revised edition, (Malanczuk, ed.), London, 1997, s. 385.

mentär överenskommelse tecknats mellan FN och de tillfälliga nationella trupper som ställts till FN:s förfogande.

Genom att teckna supplementära avtal till stadgan kan FN:s medlemsstater antingen utsträcka eller begränsa sina rättigheter och skyldigheter enligt FN-stadgan. Zacklin ställer sig emellertid frågande om detta kan ge upphov till en reell *de facto*-modifikation av stadgan.[156]

FN-stadgan utesluter inte möjligheten att teckna supplementära avtal. I ett antal betämmelser auktoriseras FN uttryckligen eller implicit att teckna sådana överenskommelser. Men FN-stadgan gör klart att den i händelse av konflikt med andra fördrag tar över (artikel 103). Stadgan är alltså "hierarkiskt" överlägsen och skall om kollision med andra överenskommelser uppstår gälla före dessa. För att en supplementär överenskommelse skall kunna leda till att en *de facto*-modifiering etableras, måste en tolkning av stadgan göras som skiljer sig från stadgans bestämmelser, utan att för den skull vara i konflikt med stadgan. Under sådana omständigheter är det tveksamt om en *de facto*-modifikation genom supplementära avtal över huvud taget är möjlig. Supplementära överenskommelser som fastställer "the establishment of specialized agencies, establish the terms of trusteeship or provide for privileges and immunities are all possible under express provisions of the Charter and are clearly developments *sub lege*".[157]

"Peace-keeping" tillkommer genom att ett supplementärt avtal sluts mellan FN och det lands trupper som är aktuella för operationen i fråga. När UNEF-avtalet tecknades 1956 mellan FN och de länders trupper som ifrågakom för den fredsbevarande operationen, hävdade Sovjetunionen att truppkonstruktionen var olaglig, eftersom den stred mot stadgans artikel 43. I sitt rådgivande yttrande 1962 uttalade Internationella domstolen i *Expences Case* att de ifrågavarande trupperna inte var avsedda att agera operativt fredsskapande utan de skulle ha en fredsbevarande funktion och att artikel 43 endast avsåg fredsskapande åtgärder. Av den anledningen kunde underlåtenheten att följa artikel 43 inte innebära att avtalet ogiltigförklarades.[158]

När artikel 42 hänvisar till "action by ... [United Nations] forces ... may include ... operations by...forces of Members of the United Nations" skriver Malanczuk att det är en tydlig implikation på att det finns mer än ett sätt för FN att rekrytera trupper.[159] Artikeln klargör alltså möjligheten

156. Zacklin, The Amendment of the Constitutive Instrument of the United Nations and Specialized Agencies, Leyden 1968, s. 196.

157. A a s. 196.

158. Expenses Case, ICJ Rep. 1962, s. 151, 166, 171–172, 177.

159. Akehurst, Modern Introduction to International Law, sjunde upplagan, (Malanczuk, ed.), London, 1997, s. 417.

att det finns alternativa metoder. Artikel 43 anger vilket sätt säkerhetsrådet kan agera på för att rekrytera trupper, men hindrar inte rådet från att välja något annat alternativ. I det nu aktuella fallet kan överenskommelser som sluts i samband med att en fredsbevarande operation företas således inte tolkas *contra legem* utan *sub lege*.

8.6.3 Sammanfattning

Förarbetena nämner inget om fredsbevarande operationer. Andemeningen är däremot ganska klar och tydlig hos stadgefäderna. Detta har framför allt kunnat utläsas i samband med att röstningsförfarandet i säkerhetsrådet och kompetensfördelningen mellan säkerhetsrådet och församlingen diskuterades. Den övergripande tanken i förarbetena syntes vara att försöka hitta former för ett handlingskraftigt FN. Detta för att i alla tänkbara situationer kunna agera för att främja internationell fred och säkerhet. Detta synsätt kunde kanske sägas ha sin grund i Nationernas Förbund.

De supplementära avtal som slöts mellan de fredsbevarande trupperna och FN finner stöd i stadgan. Som exempel kan nämnas de avtal som föreligger avseende privilegier och immuniteter (stadgans artikel 105). Åtskilliga andra liknande avtal föreligger både inom och utom FN:s system. Supplementära överenskommelser kunde emellertid inte konkurrera med FN-stadgan som i händelse av konflikt gällde framför varje annat fördrag (artikel 103). Överenskommelserna som träffades och som möjliggjorde de fredsbevarande operationernas existensberättigande motiverades med att artikel 42 i FN-stadgan legitimerade åtgärder som kunde innefatta fler sätt på vilket FN kunde rekrytera trupper. Artikel 42 kan indirekt sägas vara de fredsbevarande operationernas arkitektoniska grund. De trupper som ställdes till FN:s förfogande var inte avsedda att agera operativt, fredsskapande, utan hade en fredsbevarande funktion. Av den anledningen stod inte "peace-keeping" i konflikt med artikel 43 som gick längre och syftade till fredsskapande åtgärder.

Skapandet av "peace-keeping" är en FN-rättslig konstruktion som inryms inom det tolkningsutrymme som finns i artikel 42. Det är inte fråga om en *contra legem*-utveckling som har modifierat stadgan *de facto* utan snarare en tolkning som gjorts *sub lege*. Denna *sub lege*-tolkning framkallas genom de resolutioner som legat till grund för generalförsamlingens brådskande extramöten, vilka antagits enhälligt eller med stöd av 2/3 av FN:s medlemmar. "Peace-keeping" kan sägas vara en utbyggnad av stadgans fredsbevarande principer som håller sig inom stadgans tolkningsutrymme.

8.7 Informell modifikation som ett resultat av ny sedvanerätt?

8.7.1 En textuell genomgång av artikel 2(4)

I detta avsnitt studeras Natos intervention i Kosovo 1999. Interventionen studeras endast mot bakgrund av frågeställningen om interventionen kan legitimeras med stöd av stadgan. Föremål för den inledande diskussionen är därför att introducera och diskutera FN-stadgans uppställda våldsförbud i artikel 2(4). Kan våldsförbudet tolkas restriktivt så till vida att "humanitär intervention" legitimerar ett handlande av FN utan någon uttrycklig auktorisation av säkerhetsrådet?[160] Enligt artikel 53 kan regionala organisationer vidta tvångsåtgärder för att upprätthålla regional säkerhet men endast efter bemyndigande från säkerhetsrådet. Någon sådan auktorisation gavs aldrig av säkerhetsrådet när Nato intervenerade i Kosovo.

Avsikten är att om möjligt försöka klarlägga artikelns tolkningsutrymme. För att kunna göra detta måste en kort genomgång av stadgans inledande kapitel göras, eftersom artikel 1(1) och 2(3) måste läsas tillsammans med 2(4). FN-stadgans första kapitel har rubriken "Purposes and Principles". Kapitlet omfattar artiklarna 1 och 2. Stadgans artikel 1(1) fastställer FN:s ändamål som är att upprätthålla internationell fred och säkerhet dels med hjälp av kollektiva åtgärder, dels genom fredliga medel för att förebygga och undanröja hot mot freden. Artikel 2 klargör FN:s grundsatser/principer som gäller för organisationen och framför allt för dess medlemmar. Enligt artikel 2 skall FN och dess medlemmar vid fullföljandet av de angivna ändamålen handla i överensstämmelse med vissa i sju punkter fastställda grundsatser. Artikeln 2(4) – principen om icke-bruk av våld – tydliggör – utöver vad som sägs i tredje punkten (principen om fredliga lösningar av tvister) – att organisationens medlemmar inte får använda våld eller hot om våld annat än i den mån stadgan berättigar därtill. Artikel 2(4) lyder:

160. "Humanitär intervention" behandlas inte separat i detta avsnitt utan görs integrerat i den diskussion som förs mellan Simma och Cassese (8.7.4). Om "humanitär interventions" allmänt, se dock Brownlie, Humanitarian Intervention, in J.N. Moore (ed.), Law and Civil War in the Modern World, 1974, s. 217–218; Falk, Legal Order in a Violent World, Princeton, 1968, s. 339; de Arechaga, General Cource, RdC 1978-I, s. 116, Henkin, General Course, RdC 1989-IV, s. 154; Higgis, Problems and Process, Oxford, 1994, s. 245 ff.; Harhoff, Unauthorised Humanitarian Interventions – Armed Violence in the Name of Humanity, 70 NJIL, 2001, s. 65; Rytter, Humanitarian Intervention without the Security Council: From San Francisco to Kosovo – and Beyond, 70 NJIL, 2001, s. 121; Gary, International Law and the Use of Force, Oxford 2002, särskilt kap. 2 s. 24–42.

> All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purpose of the United Nations.

I enlighet med artikelns ordalydelse är all våldsanvändning som inte är sanktionerad av FN "inconsistent with the Purpose of the United Nations". Stadgan medger bruk av våld då organisationen själv inskrider enligt kapitel VII, vid självförsvar enligt artikel 51, vid aktioner enligt regionala avtal i vissa fall enligt artikel 53.[161] Artikel 53 föreskriver att tvångsåtgärder utan FN:s bemyndigande inte får företas.

Tolkningen av våldsförbudet i artikel 2(4) kan synas vara absolut – extensivt. Men en närmare textanalys tydliggör en möjlig inskränkning av den absoluta tolkningen. En restriktiv tolkning av våldsförbudet ger vid handen att en stat – eller en grupp stater – kan bruka våld om detta inte riktas mot en stats territoriella integritet, politiska oberoende eller på något annat sätt är oförenligt med FN-stadgans uppställda syften och ändamål. Den agerande staten gör i sådana fall en egen tolkning huruvida detta är möjligt. En restriktiv tolkning eller en precisering av våldsförbudet skulle bl.a. möjliggöra väpnade ingripanden för humanitär intervention.[162] Förespråkare av den i kapitel 2 tidigare nämnda New Haven-skolan tillhör den skolbildning som sett möjligheten att tillämpa artikelns våldsförbud restriktivt.[163] Under det kalla kriget karakteriserades den juridiska debatten i USA av att artikel 2(4) på grund av vetots lamslående effekter på säkerhetsrådet "should be read to allow the use of force to further 'world public order' or the principles and the purposes of the UN".[164]

8.7.2 En granskning av förarbetena

För att om möjligt kunna fastställa tolkningsutrymmet i artikel 2(4) måste stadgans förarbeten granskas. Textförslaget från Dumborton Oaks lyder:

> All members of the Organization shall refrain in their international relations from the threat or use of force in any manner inconsistent with the purposes of the Organization.[165]

Av textförslaget framgår att inga hänvisningar görs till den gällande artikelns "territorial integrity" eller till "political independence". Våldsförbu-

161. Kommentar till Förenta Nationernas Stadga, Aktstycken utgivna av Kungliga Utrikesdepartementet, Stockholm, 1946, s. 10–11.
162. Bring, FN-stadgan och världspolitiken, andra upplagan, 1997, s. 72.
163. A a s. 72.
164. Gray, International Law and the Use of Force, Oxford, 2000, s. 24–25.
165. UNCIO, Vol. 3 s. 556.

det förefaller i förarbetenas tappning vara ett otvetydigt – extensivt – förbud. Flera delegationer framförde emellertid att det var nödvändigt att i stadgans kapitel 2 särskilt utmärka att FN avsåg skydda territoriell integritet och politiskt oberoende.[166] I San Francisco kompletterades därför Dumbarton Oaks-förslaget med tillägget, att våld eller hot om våld icke fick riktas mot en stats territoriella integritet eller politiska oberoende. Förslaget som presenterades av Nya Zeeland fick stöd av en rad småstater och stater från Latinamerika. I UD:s *Kommentar till Förenta Nationernas Stadga* framgår det att komplementet som gjordes i texten "synes emellertid i realiteten icke innebära något nytt, eftersom det allmänna förbudet mot våldsanvändning och hot härom måste anses inkludera jämväl detta särskilda fall".[167] Den nya lydelsen gav emellertid staterna möjlighet att tolka stadgan restriktivt till skillnad mot den extensiva tolkningen som låg till grund för Dumbarton Oaks-förslaget. Endast Norge genomskådade det nya förslaget och såg risken med att tolka det uppställda våldsförbudet restriktivt.[168] Förenta Staternas representant gjorde däremot klart att "the intention of the authors of the original text was to state in the broadest terms an absolute all-inclusive prohibition; the phrase 'or in any other manner' was designed to insure that there should be no loopholes".[169]

Här bör också något ytterligare nämnas om artikel 53. I UD:s kommentarer till FN-stadgan framgår att det i åtskilliga fall skulle vara naturligt att sådana tvångsåtgärder som ankom på säkerhetsrådet i enlighet med stadgans kapitel VII i stället skulle anordnas av regionala grupper.[170] I detta avseende gällde dock att regionala tvångsåtgärder endast fick förekomma antingen i den form att rådet använde regionala avtal eller organ för verkställande av tvångsåtgärder under rådets inflytande eller att rådets auktorisation gavs till tvångsåtgärder som en regional grupp ville sätta i gång. I första fallet skulle de regionala åtgärderna äga rum på det sätt, att säkerhetsrådet, i stället för att kräva prestationer av de särskilda staterna, skulle kräva insatser i regional form, exempelvis militära operationer under ledning av *ad hoc*-inrättade regionala organ.[171]

Kritik riktades emellertid från olika håll som sammanfattningsvis kan sägas ha mynnat ut i att alla tvångsåtgärder i för stor utsträckning gjorts

166. UNCIO, Vol. 6 s. 304.

167. Kommentarer till Förenta Nationernas Stadga, Aktstycken utgivna av Kungliga Utrikesdepartementet, Stockholm 1946, s. 11.

168. UNCIO, Vol. 6, s. 334–335; Se aven Bring, FN-stadgan och världspolitiken, Stockholm, andra upplagan, 1997, s. 74.

169. UNCIO, Vol. 6, s. 335.

170. Kommentarer till Förenta Nationernas Stadga, Aktstycken utgivna av Kungliga Utrikesdepartementet, Stockholm 1946, s. 52.

171. A a s. 52.

beroende av säkerhetsrådet. Beroendet riskerade att skapa problem i de fall säkerhetsrådet inte handlade resolut eller inte ingrep för att förhindra att fredshot eller fredsbrott. Detta resulterade i att förbudet mot regionala tvångsåtgärder utan rådets auktorisation på olika sätt modifierades. Detta gjordes dels genom att den kollektiva självförsvarsrätten uttryckligen erkändes kunna utövas av ett regionalt organ, dels i de fall som rörde de numera obsoleta bestämmelserna i stadgan avsende förhållandet till fiendestater som inte närmare diskuteras här.[172]

8.7.3 En granskning av praxis och doktrin

De flesta folkrättsförfattare förefaller vara i det närmaste överens om att hot om våld följt av bruk av väpnad makt av Natos medlemsländer i Kosovo 1999 stod i strid med FN-stadgan.[173] Agerandet från Natos medlemsländer saknade säkerhetsrådets auktorisation i enlighet med stadgans kapitel VII, artikel 53. Artikel 53 föreskriver att utan säkerhetsrådets bemyndigande får tvångsåtgärder inte företas enligt regionala avtal eller av regionala organ. Frågan som alltså diskuteras är om en ny sedvanerättsregel som tillåter "humanitär intervention" utan säkerhetsrådets auktorisation kan vara på väg att etableras. Diskussionen som förs här återknyter till vad som avhandlats i tidigare kapitel. Natos intervention anses inte heller vara berättigad enligt stadgans artikel 51, som är ett av undantagen från stadgans uppställda våldsförbud (artikel 2(4)). För att artikel 51 skall aktualiseras krävs att ett väpnat angrepp skall ha företagits mot någon av FN:s medlemsstater. En stats brott mot de mänskliga rättigheterna inom landets eget territorium kvalificerar inte till något sådant väpnat angrepp. FN:s befogenhet kan sägas vara bekräftad genom 1992 års "Agenda for Peace", där FN:s förre generalsekreterare Boutros Boutros Ghali klargjorde att inga tvångsåtgärder fick företas av regionala arrangemang eller av regionala organ utan ett bemyndigande av säkerhetsrådet.[174]

Den första frågan som diskuteras här är om våldsaktionen utan ett auktoriserat bemyndigande av säkerhetsrådet kan tolkas *contra legem* och om den inträffade händelsen således kan betraktas som informell modifikation av stadgan. Kan detta ses som en början på en ny praxis som, likt den som

172. A a s. 52–53, se även Goodrich and Hambro, Charter of the United Nations, London, 1949, s. 315–318.

173. Jfr Kosovo Report, Independent International Commission on Kosovo, Oxford, 2000, s. 163 ff.

174. SC Doc. S/24111, 17 juni 1992.

inträffade avseende röstnedläggelsen i säkerhetsrådet 1946, kan permanentas?

8.7.4 En ny sedvanerättslig utveckling?

I *European Journal of International Law*[175] diskuterades 1999 Kosovo interventionens legala aspekter mellan folkrättsjuristerna Bruno Simma och Antonio Cassese. Båda författarna förefaller vara överens om att Natos aktion i Kosovo föll utanför FN-stadgans räckvidd och ram och därför var folkrättsstridig.

Simma anger ett antal argument för att "only a thin red line separates Natos action in Kosovo from international legality". Detta motiveras med att alliansen vidtog alla tänkbara åtgärder för att legitimera aktionen genom att följa "the thrust of, and linking its efforts to, the Council resolutions which did exist, and second, characterizing its actions as an urgent measure to avert even greater humanitarian catastrophes in Kosovo, taken in a state of humanitarian necessity".[176] Simma ser den inträffade aktionen i Kosovo som ett exceptionellt undantagsfall som inte bör upprepas. Händelsen skall enligt honom inte betraktas som ett precedensfall utan skall ses som en exceptionell metod för att komma till rätta med extremt grova och omfattande kränkningar av mänskliga rättigheter.[177] "Nöd" eller "nödvändighet" betingade därför ett agerande från statssamfundet. Motiveringen för interventionen finner enligt Simma stöd inom den folkrättsliga doktrinen som rör "statsansvaret" och som utvecklats av ILC i "*Draft articles on the Origin of State Responsibility*". Doktrinen kan sägas innebära att stater har en ålagd skyldighet att respektera och skydda människors fundamentala rättigheter *erga omnes*.[178]

Interventionen i Kosovo behandlas därför inte som om den vore *contra legem* i förhållande till stadgan och Simma talar därför inte heller om en påbörjad modifikation av densamma. Simmas uppfattning baseras på en teleologisk och historisk tolkning av FN-stadgans våldsförbud 2(4) som han hävdar var och är avsett att vara ett otvetydigt våldsförbud.[179] Detta

175. Simma, NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects, 10 EJIL 1999, No. 3, s. 1–22; Cassese, *Ex iniuria ius oritur*: Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?, s. 23–30, av samme författare, EJIL, 10, 1999, No. 4. s. 791–799.

176. Simma, 10 EJIL 1999, No. 1. s. 22.

177. A a s. 1-22.

178. A a s. 2., Eek, Folkrätten, Norstedts, 1987, s. 283 ff. Dokumentet i sin helhet finns i Brownlies, Basic Documents in International Law, Oxford, 1995, fourth edition s. 426–437.

179. Simma, 10 EJIL 1999, No 1. s. 2.

förklarar bl.a. varför en sedvanerättslig utveckling inte är möjlig enligt honom. Hans uppfattning diskuteras längre fram i detta avsnitt.

Cassese behandlar denna fråga och hans sedvanerättsliga resonemang är intressant. Han är av den uppfattningen att detta kan vara början på en ny praxis som håller på att etableras inom folkrätten och som kan leda till att en ny sedvanerättsregel etableras inom området.[180] Konkret kan detta innebära att det är FN-stadgans uppställda våldsförbud (artikel 2(4)) som på sedvanerättslig väg håller på att modifieras. Om en ny regel håller på att etableras kan detta medföra att det kommer att finnas en oskriven regel som går längre än ordalydelsen i artikel 2(4). Scenariot kan vara framkallat då en av FN:s permanenta medlemmar i säkerhetsrådet inlägger veto i en sakfråga som berör folkmord eller humanitära katastrofer som kanske berättigar till s.k. "humanitär intervention". Cassese påstår att "where a number of stringent conditions are met, a customary rule may emerge which would legitimize the use of force by a group of states in the absence of prior authorization by the Security Council".[181] Ännu har ingen enhetlig *usus* manifesterats enligt honom, men i gengäld har en omfattande *opinio necessitatis* utkristalliserats. Detta har emellertid inte skett utan opposition.

För att utvärdera en *opinio* inom detta område undersöker Cassese därefter olika staters positioner under och efter det militära ingreppet i Kosovo. Staternas olika positioner diskuteras därefter i ett antal uppställda punkter.

I den första punkten inleder Cassese med att konstatera att ytterst få stater hävdade att Natos aktion stred mot FN-stadgans våldsförbud i enlighet med artikel 2(4).[182] Den kritik som fanns kom från Jugoslavien, Ryssland, Kina, Cuba, Belarus, Ukraina, Namibia, Indien och Mexico. Mexico föreföll generellt sett opponera sig mot att beslutet tagits utan uttryckligt stöd i stadgan. Brasilien och Costa Rica uttryckte sitt tvivel avseende aktionens laglighet. En överväldigande majoritet fördömde emellertid inte Natos agerande som olagligt. Lika viktig i detta avseende är, hävdar Cassese, det utkast till resolution som framlades för säkerhetsrådet av Belarus, Indien och Ryssland och fördömde Natos militära aktion i Kosovo. Resolutionen avvisades emellertid med röstsiffrorna tolv mot tre (Kina, Namibia och Ryssland). Än mer anmärkningsvärd är enligt Cassese Resolution 1244 från 1999 som antogs av säkerhetsrådet den 10 juni 1999. Syftet med resolutionen var att auktorisera uppmarschen i Kosovo under FN:s kom-

180. Cassese, EJIL, 10, 1999, No. 4. s. 791.
181. Cassese, EJIL, 10, 1999, No. 1. s. 23.
182. Cassese, EJIL, 10, 1999, No. 4. s. 791–792.

mando, och därmed stärka den internationella civila och militära närvaron. Resolutionen innehåller ingen kritik, inte ens underförstådd kritik mot Natos våldsanvändning, om man inte betraktar en underförstådd reservation som återfinns i resolutionens preambulära paragraf som kritik. Resolutionens preambulära del nämner nämligen att "säkerhetsrådet har huvudansvaret för upprätthållandet av internationell fred och säkerhet".

I Casseses andra punkt konstateras att Natoaktionen i Kosovo inte hävdade att den agerade i överensstämmelse med internationell rätt. Ett enda undantag var möjligen Belgien som hävdade att man hade en juridisk skyldighet att ingripa.[183] Tyskland i sin tur ansåg att ingreppet var berättigat men underströk att det inte ville att ingreppet skulle betraktas som ett precedensfall.

I Casseses tredje punkt omnämns att de stater som deltog i alliansens attack i Kosovo motiverade sitt agerande med att de ansåg aktionen vara berättigad. Detta baserades på ett överväldigande behov av att få stopp på de massiva kränkningarna av de mänskliga rättigheterna som förövades av serberna i Kosovo. Cassese refererar till ett antal uttalanden som gjorts av olika statsrepresentanter. Dessa kan sammanfattningsvis sägas beröra den humanitära katastrofens specifika art och omfattning. Cassese hänvisar till den belgiske representanten, som menade att alliansens aktion syftade till att garantera grundläggande värderingar som ansågs ha karaktär av *jus cogens*.[184] Alla stater, även de som stod utanför alliansens aktion, syntes vara av den uppfattningen att den militära aktionen var absolut nödvändig för att få slut på kränkningarna. Dessutom ansågs den militära aktionen berättigad, eftersom den hade föregåtts av en rad uttalanden från säkerhetsrådet om att de begångna brotten som Jugoslavien bedrev i Kosovo mot sin egna befolkning var ett "hot mot freden".

I Casseses fjärde punkt konstateras att de flesta staterna antingen uttryckligen eller underförstått ansåg att aktionen i Kosovo var berättigad på grund av att den inte genomfördes av en enskild stat utan under ledning av en internationell organisation.[185]

Cassese hänvisar i sin femte punkt till att samma stater aldrig bortsåg från säkerhetsrådets primära säkerhetsansvar. Den militära aktionen i Kosovo påbörjades som ett exceptionellt undantag på grund av att rådet lamslagits. Staterna hade emellertid för avsikt att upphöra med den militära aktion så fort säkerhetsrådet var kapabelt att återta sitt primära ansvar för att återupprätta fred och säkerhet. Cassese hänvisar till ett uttalande som

183. A a s. 792, se även hänvisningen som görs till not 6.
184. A a s. 793, se även hänvisningen som görs till not 11.
185. A a s. 794; se även hänvisningen som görs till not 14.

gjorts av den franske premiärministern, Jospin i generalförsamlingen, där det klargjordes att aktionen inte skulle ses som ett första led i en utmanövrering av säkerhetsrådet. Aktionen skulle snarare ses som en nödfallsutväg, vars enda syfte var att tackla de omfattande kränkningarna av den humanitära rätten. Aktionen var ämnad att vara provisorisk och skulle upphöra så fort säkerhetsrådet var berett att återta sitt stadgeenliga ansvar.[186]

Casesse drar därefter vissa paralleller med krisen i Östtimor. Händelseförloppet där påminde om händelserna i Kosovo hävdar han, så till vida att den humanitära situationen genom säkerhetsrådets resolution 1264 år 1999 klassificerades som ett hot mot freden. Genom FN-stadgans kapitel VII, anmodades på säkerhetsrådets begäran FN:s medlemsstater att upprätta en militär styrka för att bland annat återställa freden och säkerheten i regionen. I detta fall inlades inget veto – eller hot om veto – från rådets medlemsstater vilket möjliggjorde att samma stater som intervenerade i Kosovo, kunde agera inom FN-stadgans ram i Östtimor. Poängen som Cassese gör i detta fall baseras på de uttalanden som gjorts från de intervenerande staternas talesmän. Där framgår att staterna, väl medvetna om rådets avgörande funktion, inte desto minde förutsåg att en intervention kunde göras i situationer som omfattade extremt grova och omfattande kränkningar av mänskliga rättigheter. Där dessa förutsättningar förelåg skulle man alltså kunna tillgripa våld utan att någon auktorisation från säkerhetsrådet förelåg.[187]

I Casseses sista punkt hänvisas till de stater som inte deltog i den militära alliansens aktion i Kosovo. Många av dessa stater ifrågasatte inte Natos legala berättigande i Kosovo utan yrkade i stället på säkerhetsrådets företrädesrätt i frågor som rör våldsanvändning. De hävdade att det inte finns något behov att kringgå rådets befogenheter och underströk också behovet av att fortsätta att betrakta rådet som det enda organ i statssamfundet som kan auktorisera våldsanvändning.[188] Några stater, däribland Nederländerna, har däremot försökt ge Natos intervention i Kosovo en juridisk förklaring. Genom att antyda att FN-stadgan inte är den enda folkrättsliga källan hävdas att allmän folkrätt kan finnas eller vara *in nascendi* utanför stadgans ram.[189] Samma stat menar att ett paradigmskifte håller på att ske inom folkrätten varigenom mänskliga rättigheter håller på att få en mer framträdande roll än i stadgan. Denna utveckling sker på statssuveränitetens bekostnad. Ett resultat av detta är, hävdar Cassese, att det nu-

186. A a s. 794.
187. A a s. 794–795.
188. A a s. 794, se även hänvisningen som görs till not 17.
189. A a s. 795.

mera finns en allmänt accepterad regel i folkrätten som inte tillåter att en stat får våldföra sig på sin befolkning. Mänskliga rättigheter har blivit alla staters angelägenhet. Resultatet av detta torde bl.a. vara att 1970 års "Friendly Relations"-deklaration, enhälligt antagen av generalförsamlingen, numera återspeglar allmän folkrätt. Deklarationen fastställer att en stats oberoende skall sammanjämkas med ett folks rätt till självbestämmande. Genom deklarationen prioriterades de mänskliga rättigheterna på ett sätt som inte tidigare gjorts. Uppfattningen att prioritera de mänskliga rättigheterna i förhållande till statssuveräniteten torde vara en föreställning som numera delas av allt fler stater och framför allt NGO:s.[190]

Avslutningsvis hänvisar Cassese till ett antal kritiska stater, FN:s kommissionär för de mänskliga rättigheterna, icke-statliga organisationer och en betydande del av den allmänna opinionen som kraftigt fördömde den militära Nato-operationen i Kosovo. Man har särskilt fördömt attackerna på grund av de konsekvenser dessa fick på civilbefolkningen. De civila förlusterna har beskrivits som en oförutsedd skada – "collateral damage". Termen innebär att civila oavsiktligt dödas vid en militär operation. De hävdar vidare att de oförutsedda skadorna i kombination med dess oproportioneliga natur innebar ett allvarligt brott mot den humanitära rättens regler. Dessa uppfattningar kan sägas ha fått genklag i Internationella domstolens olika interimistiska beslut i *Case Concerning the Legality of Use of Force*, där Jugoslavien instämde flera av Natos medlemsstater till Internationella domstolen i Haag. Domstolen underströk behovet av att inte endast följa FN-stadgans regler utan också andra folkrättsliga regler, inklusive den humanitära rättens regler.[191]

Casseses försöker sedan göra en sedvanerättslig utvärdering av de hittills beskrivna händelserna. Han inleder med att konstatera att man ännu inte kan dra slutsatsen att en sedvanerättsregel har etablerats, eftersom sedvanerättens *usus*-moment är frånvarande. Sedvanerätten behöver emellertid inte som tidigare visats i detta arbete under en viss tid ha varit upprepad och enhetlig. En ny regel kan etableras snabbt. Detta är fallet med den sedvanerätt som etablerades för yttre rymdens utnyttjande och som antogs utan några staters protester. De konkreta rättigheterna och skyldigheterna som diskuteras i det aktuella fallet går emellertid inte att jämföra med de abstrakta rättigheter som berör staters teritorriella suveränitet avseende yttre rymden. I det konkreta fallet rör det sig om exklusiva rättig-

190. A a s. 795; se även Bring, FN-stadgan och världspolitiken, Stockholm, andra upplagan, 1997, s. 301–304.

191. Cassese, 10 EJIL No. 4. s. 796; se även hanvisningen som görs till Internationella domstolens interimistiska beslut av den 2 juni 1999 mellan Jugoslavien och Belgien, not 21.

heter över ett lands territorium med motsvarande skyldigheter från samtliga stater att respektera dessa rättigheter. Dessutom åligger det samtliga världssamfundets stater att respektera FN-stadgans uppställda våldsförbud med de undantag som återfinns i stadgans artikel 51. Cassese hävdar helt enkelt att frågan är för känslig och kontroversiell för att man skall kunna försvara påståendet att den folkrättsliga utvecklingen inom detta område kan etableras genom enstaka händelser. Detta gäller oavsett hur avgörande den folkrättsliga utvecklingens omfattning är och oberoende av hur många stater som är för eller emot denna utveckling.[192] Han säger sedan att det förefaller vara klokt att invänta "any repetition of such actions under the same conditions and exigencies" innan man kan dra några konkreta slutsatser om att en sedvanerättsregel etablerats.

När det gäller sedvanerättens subjektiva rekvisit har det till viss del redan tagit form, hävdar Cassese. En sedvanerättsregel behöver inte alltid fastställas genom *opinio juris*-mekanismens inverkan. Ofta är en stats handling ett brott mot gällande rätt. Staterna brukar då ofta motivera sitt handlande med att det vilar på politiska, moraliska eller ekonomiska grunder. I dessa fall talas det då i linje med Scelles teori om *opinio necessitatis*.[193] Detta var t.ex. fallet med Trumans deklaration 1945 om att USA hade kontroll och jurisdiktion över sin kontinentalsockels naturtillgångar. Deklarationen var inte något uttryck för någon juridisk övertygelse utan var snarare ett påstående som grundades på en politisk nödvändighet eller skälighetsresonemang.[194]

Cassese hävdar att en *opinio necessitatis* klart och tydligt proklamerats av Natoalliansens medlemsstater och hänvisar till ett antal uttalanden som gjorts av olika länders statsrepresentanter. Han tar bl.a. upp ett uttalande som gjorts av Slovenien i säkerhetsrådet som försvarade alliansens aktion i Kosovo genom att hävda att Jugoslaviens extremt grova och omfattande kränkningar gjort ingreppet oundvikligt.[195]

Den huvudsakliga kritiken mot militäraktionen kom främst från Ryssland och Kina. Utöver denna kritik uttalade också två av alliansens medlemsstater, Tyskland och Belgien, en önskan om att militäraktionen inte skulle resultera i att ett precedensfall etablerades. Cassese menar att de senare staternas inlägg torde kunna ses som att en *opinio necessitatis* fanns men att dessa stater inte var beredda att utsträcka uppfattningen till framtida aktioner.

192. A a s. 797.
193. Se avsnitt 6.6.3.
194. Cassese, 10 EJIL No. 4. s. 797, se även hänvisningen som görs till not 30.
195. A a s. 798.

Den allmänna oppositionen kan i viss utsträckning sägas vara riktad mot att den militära aktionen fick allvarliga konsekvenser på civilbefolkningen.

Trots det ovan sagda hävdar Cassese att det är motiverat att dra slutsatsen att fastän det sedvanerättsliga elementets subjektiva rekvisit fanns, var inte de nödvändiga objektiva komponenterna närvarande.[196]

Casseses slutsats kan sägas vara att en sedvanerättslig process på regional nivå som har börjat modifiera FN-stadgans våldsförbud kan tänkas vara i rörelse. Cassese tonar emellertid ned denna uppfattning i den nyligen utkomna boken "International Law". Där skriver Cassese att:

> It is apparent from the survey of State practice that an international customary rule, legally entitling individual States to take forcible measures to include a State engaging in gross and large-scale violations of human rights to terminate such violations, has not crystallized. Indeed, *usus* is extremely limited and *opinio necessitatis*, though widespread, does not fulfil the requisite conditions of generality and non-opposition.[197]

Som tidigare nämnts hävdar Simma att artikel 2(4) inte tillåter några undantag från det uppställda förbudet. Detta framgår av ordalydelsen "... or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations". Vidare hävdas som en i doktrinen fastställd uppfattning att det förbud som uppställs i artikel 2(4) är tvingande folkrätt – *jus cogens* – dvs. en norm från vilken ingen avvikelse är tillåten och vilken kan ändras endast genom en senare allmän folkrättsnorm av samma karaktär. Simma understryker således att "universal *jus cogens* like the prohibition embodied in Article 2(4), cannot be contracted out of at the regional level".[198] Vidare är stadgans våldsförbud bindande såväl för enskilda stater som för internationella organisationer, såväl för Nato som för dess medlemsstater. Dessutom hänvisar Simma till artikel 52 i traktaträttskonventionen som klargör att en traktat är ogiltig, om dess ingående har uppnåtts genom hot om eller bruk av våld i strid med de internationella rättsgrundsatserna som intagits i FN-stadgan och där artikel 2(4) är den viktigaste av dessa principer. Simma hänvisar sedan till de två undantag som uppställs i stadgan som medger våldsanvändning. Dessa är självförsvar under stadgans artikel 51 – den artikel som Natos artikel 5 uttryckligen grundas på – och säkerhetsrådsbeslut enligt artikel 42.

Individuellt eller kollektivt självförsvar tillåts endast i den händelse det rör sig om ett "väpnat angrepp". Simma konstaterar att dessa artiklar un-

196. A a s. 798.
197. Cassese, International Law, Oxford, 2001, s. 321.
198. Simma, 10 EJIL, 1999, No. 1, s. 3.

der det kalla kriget missbrukades på grund av vetots lamslagna låsning av säkerhetsrådet.[199]

I det andra fallet utgör FN-stadgans kapitel VII själva kärnan i det kollektiva säkerhetssystemet. Rätten att använda militärt våld ligger hos FN:s säkerhetsråd. I enlighet med stadgans bestämmelser kan säkerhetsrådet efter att ha fastställt om ett hot mot freden, fredsbrott eller angreppshandling föreligger framlägga förslag eller fatta beslut om vilka åtgärder som skall vidtagas. Om rådet så finner kan militära tvångsåtgärder tillgripas och inkludera trupper från enskilda medlemsländer, grupper av länder eller genom regionala organisationer som Nato. Detta betyder att hot om våld eller bruk av våld som inte är berättigat som självförsvar i händelse av ett väpnat angrepp, eller inte är auktoriserat av säkerhetsrådet, måste betraktas som en kränkning av FN-stadgan.

FN-stadgans kapitel VIII som berör regionala avtal materialiserar denna rättsliga regim. Enligt artikel 53 skall FN:s säkerhetsråd, när så anses lämpligt, använda sådana regionala avtal eller organ för tvångsåtgärder under dess myndighet. Detta samarbete förespråkas som önskvärt i den tidigare åberopade "Agenda for Peace" 1992. Utan bemyndigande från säkerhetsrådet får dock inga tvångsåtgärder vidtas enligt regionala avtal eller av regionala organ. Denna bestämmelse har också prövats hårt, särskilt under det kalla krigets dagar. Ett exempel som Simma kallar för ett särskilt tvivelaktigt fall – som inte specificeras – är då säkerhetsrådet misslyckas med att förkasta en militär aktion på regional nivå, som i efterhand tolkas som en tyst auktorisation. Med tanke på de permanenta rådsmedlemmarnas vetorätt är detta ett bestickande argument.[200] Han hävdar emellertid att en tolkning i god tro av FN-stadgans artikel 53(1) möjligen kan ge upphov till en *ex post facto*-auktorisation. Simma avslutar sin ämnesmässiga "tour d'horizon" med att även hänvisa till FN-stadgans artikel 103. Han prioriterar därefter de ifrågavarande artiklarna (2(4), 51 och 53) och kommer fram till att artikel 2(4) i förhållande till de övriga återspeglar en tvingande rättsregel – *jus cogens* – vilket gör att en överenskommelse, beslut eller förpliktelse som står i konflikt med densamma är ogiltig.[201] Således skriver Simma att "Article 103 renders the UN Charter itself, as well as the obligations arising under it from, for instance, binding Security Council decisions, a 'higher law' vis-à-vis all other treaty commitments of the UN member States, among them those stemming from NATO membership".

199. A a s. 3.
200. A a s. 4.
201. A a s. 5.

Frågan om den humanitära interventionens legalitet måste ställas mot bakgrund av det förda resonemanget. Om säkerhetsrådet inom ett lands territorium fastställer att det förekommer massiva kränkningar av mänskliga rättigheter och att dessa utgör ett hot mot freden kan en insatt militär "humanitär intervention" vara berättigad om den är auktoriserad av säkerhetsrådet. Utan något bemyndigande från säkerhetsrådet är allt militärt våld som syftar till att få den kränkande staten att återupprätta respekten för de mänskliga rättigheterna ett brott mot FN-stadgans artikel 2(4). Simma refererar till 1986 års *Nicaragua Case,* när han konstaterar att våldsanvändning i avsaknad av några berättigande föreskrifter i stadgan "could not be the appropriate method to monitor or ensure ... respect [for human rights]".[202]

I nästa avsnitt diskuteras ytterligare två fall som berör "humanitär intervention" vilka har påbörjats utan något uttryckligt stöd av säkerhetsrådet och som kan sägas indikera att modifikation av FN:s våldsförbud är under utveckling.

8.7.5 Tidigare precedensfall

Ytterligare två exempel kan läggas till grund utöver Kosovo interventionen. Casses har inte behandlat dem i sin analys men de kan sägas utgöra ytterligare precedensfall i den diskussion som rör modifikation av FN-stadgans våldsförbud.

Det första berör inbördeskriget i Liberia. I detta fall antog säkerhetsrådet en resolution 1992, som konstaterade att den försämrade situationen i Liberia utgjorde ett hot mot internationell fred och säkerhet.[203] Inbördeskriget mobiliserade stora flyktingströmmar med förluster och lidande för civilbefolkningen inom och utom landets gränser och berörde säkerheten i den Västafrikanska regionen i sin helhet. Ett vapenembargo upprättades av säkerhetsrådet i syfte att försöka påverka freds- och säkerhetssituationen i regionen.[204]

Regionala fredsbevarande trupper engagerade sig i konflikten i Liberia under ledning av den ekonomiska samarbetsorganisationen Economic Community of West Africa States (ECOWAS). De militära trupperna gick under namnet Economic Community of West African Cease-fire Monitoring Group (ECOMOG) och permanentades senare under namnet Military

202. A a s. 5.

203. UN SC res. 788 den 19 november, 1992, Walter, Security Council Control over Regional Action, 1, MPYBUNL 1997, s. 143.

204. UN SC res. 788 den 19 november, 1992, op. 8.

Observer Group of the Economic Community of West African States. De leddes av nigerianskt kommando. De militära truppernas intervention föregicks inte av någon auktorisation av säkerhetsrådet, men rådet förefaller ha ratihaberat interventionen *ex post factum* genom att lovorda organisationens insatser för att återställa fred, säkerhet och stabilitet i regionen.[205] Säkerhetsrådet inrättade 1993 United Nations Observer Mission in Liberia (UNOMIL) vars syfte var att samarbeta med ECOMOG för att övervaka fredsfördraget (the Cotonou Peace Agreement) som tecknats mellan de stridande parterna i Liberia i juli 1993.[206] Finansieringen av UNOMIL antogs enhälligt av generalförsamlingen.[207]

Det andra fallet berör det som hände efter Gulfkriget i Irak 1991. Kriget resulterade i en massiv flyktingvåg av kurder till gränsområdet intill Turkiet och Iran. Flyktingvågen föranleddes av en kurdisk revolt mot regimen i Bagdad som slogs ned av de irakiska styrkorna. Efter revolten tillfångatogs och dödades soldater och civila. Irakiska kurder tog sin tillflykt till områdena nära den turkiska och iranska gränsen i Irak. Den femte april 1991 antog FN:s säkerhetsråd en resolution som krävde att Irak, "as a contribution to removing the threat to international peace and security in the region, immediately ends this repression, and in the same context expresses the hope that an open dialogue will take place to ensure that the human and political rights of all Iraqi citizens are respected".[208] Förtrycket av civila föranledde säkerhetsrådet att klassificera händelserna som ett hot mot internationell fred och säkerhet. Resolutionen använde sig av det språkbruk som kännetecknar artikel 39, men antogs inte explicit under FN-stadgans kapitel VII. Resolutionen var måhända inte tvingande och Irak vägrade implementera den. Resolutionen klargjorde inte heller på vilket sätt man ämnade gripa sig an problemet.[209]

Den 16 april 1991 intervenerade amerikanska, brittiska och franska trupper som opererade under namnet "Operation Provide Comfort", och upprättade en triangulär skyddszon för de irakiska kurderna. Syftet med zonen var att skapa ett säkert område för flyende irakiska kurder. Den skapade skyddszonen stod under de allierade truppernas övervakning.

205. S/RES/788 den 19 november, 1992, op. 8.

206. Bailey och Daws, The Procedure of the UN Security Council, third edition, Oxford, 1998, s .497–498.

207. A/RES/48/197, 21/11/93, GA 86:e mote, A/RES/247AA/RES/48/247B, 5/4/1994, GA 102a möte, A/RES/49/232AA/RES/49/232B, 12/7/1995, GA 105:e möte.

208. Genom S/RES/688 av den 5 april 1991, op. 2. Resolutionen bifölls med siffrorna 10 for, 3 emot (Kuba, Yemen, Zimbabwe) och 2 nedlagda (Kina och Indien); Se aven Akehurst, Modern Introduction to International Law, seventh edition, 1997, Malanzuk, (ed.), s. 399–402; Sarooshi, The United Nations and the Development of Collective Security, Oxford, 1999, s. 226–229.

209. Bring, FN-stadgan och världspolitiken, andra upplagan, Stockholm s. 249–250.

Skyddszonen skapades genom att irakiska trupper tvingades tillbaka till den 36:e breddgraden. Interventionens syfte var att få bukt med den humanitära katastrofen som höll på att utvecklas i området. Irak opponerade sig till en början mot inrättandet av skyddszonen, men ett avtal tecknades sedermera mellan Irak och FN som gav FN ansvar att bevaka skyddsområdet.[210]

Pérez de Cuéllar, FN:s dåvarande generalsekreterare, kritiserade alliansens unilaterala handlande och hävdade att det krävdes ett samtycke eller inbjudan från Irak eftersom en sådan intervention skedde på irakiskt territorium. Den dåvarande amerikanske presidenten Georg Bush hävdade emellertid att interventionen gjordes av humanitära skäl och att FN:s resolution 688 gjorde att det inte krävdes någon ytterligare auktorisation. [211]

Av resolutionen 688 framgår att syftet inte var att delegera rättigheter under FN-stadgans kapitel VII. Resolutionens uttryckliga hänvisning till stadgans artikel 2(7) och den diskussion som föregick resolutionen i säkerhetsrådet visar på en extensiv tolkning av stadgans non-interventions-princip 2(7). Undantaget i 2(7) är emellertid otvetydigt och gäller endast vid tvångsåtagande under kapitel VII. Genom att hänvisa till stadgans artikel 2(7) förefaller det vara klart att undantaget inte förutsågs gälla i resolutionen. Denna uppfattning styrks också av en promemoria som upprättats av det brittiska Foreign and Commonwealth Office och som delgavs det brittiska underhusets utrikesutskott. Promemorian bekräftar att resolutionen inte tagits under stadgans kapitel VII och att det rörde sig om en allvarlig MR-kris men att interventionen inte bemyndigats av FN.[212]

Det brittiska utrikesministeriet hävdade emellertid att aktionen berättigades av den sedvanerättsliga principen om humanitär intervention.[213] Suy, FN:s generalsekreterares personliga ombud, hävdade däremot att interventionen inte var förenlig med folkrätten och att ett enda precedensfall inte förmådde skapa en ny sedvanerättslig regel.[214]

210. UN Doc. S/22513.

211. Sarooshi, The United Nations and the Development of Collective Security, Oxford, 1999, s. 228, se not 223.

212. Sarooshi, The United Nations and the Development of Collective Security, Oxford, 1999, s. 228.

213. A a s. 229.

214. Akehurst, Modern Introduction to International Law, seventh revised edition, Malanczuk, (ed.), London, 1997, s. 402, hänvisning till not. 141.

8.7.6 Sammanfattning

I detta avsnitt studerades Natos intervention i Kosovo. Föremål för undersökningen var FN-stadgans uppställda våldsförbud i enlighet med artikel 2(4). Den övergripande frågan som diskuterades berörde den sedvanerättsliga utveckling som eventuellt höll på att etableras och som skulle möjliggöra för en grupp stater att bruka våld utan någon auktorisation från säkerhetsrådet. Först kartlades våldsförbudets tolkningsutrymme såsom det uppställts i FN-stadgans artikel 2(4). En jämförelse mellan artikelns ordalydelse och Dumbarton Oaks-förslaget gav vid handen att de tillägg som gjordes i San Fransico om att våld eller hot om våld inte fick riktas mot en stats territoriella integritet eller politiska oberoende kunde tolkas som en precisering av våldsförbudet. Denna restriktivare tolkning av våldsförbudet kunde utläsas ur FN-stadgans text till skillnad mot den absoluta – extensiva – tolkningen i Dumbarton Oaks-förslaget. Precisering av våldsförbudet kunde tolkas som att våld kunde riktas mot en stat om det inte kränkte dess territoriella integritet eller politiska oberoende eller på något annat sätt var oförenligt med FN-stadgans uppställda syften och ändamål. Preciseringen gav i sin tur öppningar till alternativa tolkningar av våldsförbudet. New Haven-skolan sades tillhöra den skolbildning som sett möjligheten att flexibelt tillämpa preciseringen av våldsförbudet. En restriktiv tolkning av våldsförbudet möjliggjorde väpnade ingripanden för humanitär intervention under förutsättning att säkerhetsrådet klassificerade händelserna som ett hot mot internationell fred och säkerhet. Stöd för denna tolkning ges också av Internationella domstolen i *Nicaragua Case* där domstolen, trots att den gjorde en extensiv tolkning av våldsförbudet, inte uteslöt möjligheten att en precisering av FN-stadgans våldsförbudet kunde göras.[215]

Preciseringen av artikel 2(4) innebär i enlighet med Casseses tolkning en sedvanerättslig utveckling som sträcker sig utanför stadgans traktaträttsliga regim. Artikel 2(4) i FN-stadgan är dock av *jus cogens*-karaktär från vilken ingen avvikelse är tillåten och som endast kan modifieras genom en senare allmän folkrättsnorm av samma karaktär. Vidare krävs att en sådan norm erkänns som tvingande av en stor majoritet stater (se avsnitt 3.11). En tvingande folkrättsnorm kan således inte avtalas bort på regional nivå.

Ett agerande i avsaknad av auktorisation i enlighet med artikel 53 sades vara folkrättsstridigt. Den liberala tolkning som gjorts i detta fall konstaterades vara i strid med stadgans bokstav. Ingen direkt koppling kunde heller göras till förarbetena och artikeln kunde därför inte tolkas på något

215. Nicaragua Case (Merits), ICJ Report 1986, s. 102–103.

annat sätt än strikt. Den liberala tolkningen som görs *contra legem*, kan inte heller i detta fall sägas innebära en *de facto*-modifikation av artikeln eftersom någon fast praxis och gemensamt samtycke inte har etablerats. Förutsättningarna för att en sådan praxis etableras i framtiden förefaller obefintliga.

8.8 Modifikation genom praxis

FN-stadgan utgör en god grund för att demonstrera modifikation av traktater till följd av det som kallas för "coutume constitutionelle internationale".[216] Detta begrepp kan härledas till Edward Hambros ovan citerade text som hänvisar till "a constitutional customary law". Liknande hänvisningar till sedvanerätten har med jämna mellanrum förekommit i doktrinen (se avsnitt 8.3). Begreppet är emellertid olyckligt valt, eftersom stadgan inte modifieras till följd av internationell sedvanerätt/allmän folkrätt. Sådan sedvanerätt kräver som tidigare nämnts samtycke från samtliga stater med undantag av de stater som agerar som "persistent objectors".

FN-stadgan, med en traktatregims egenskaper, har som tidigare visats modifierats informellt. Detta har skett till följd en fast praxis – "consistent practice" – som vunnit allmänt samtycke – "common consent" – och som tillämpats på ett sätt, som skilt sig åt från vad som föreskrivits i någon av dess bestämmelser.[217] Det är alltså fråga om, som Zacklin skriver, att ge de konstitutionella traktaterna en specifik plats bland multilaterala traktater genom att ge dem "express provisions which, in effect, establish particular rules in *derogation of customary* [min kursivering] international law".[218]

Simma utvecklar detta resonemang med hjälp av den tidigare nämnda teorin om spontana samtycken/överenskommelser. Begreppen "consistent praxis" och "common consent" är hämtade från den tidigare nämnda artikeln 38 i ILC:s artikelutkast till Wienkonventionen angående traktaträtten som behandlade "modifikation of treaties by subsequent practice". Artikeln togs som tidigare nämnts inte med i Wienkonventionen om traktaträtten. Detta innebär emellertid inte – och de flesta folkrättsförfattarna delar denna uppfattning – att de principer som föreskrivs i artikeln inte är giltiga.[219] Simma menar att den rättsliga princip som återfinns i artikel 38 måste definieras exakt och gör därför följande tillägg genom att säga att:

216. Muller, Vertrauensschutz im Völkerrecht, Berlin, 1971, s. 245.
217. Villiger, Customary International Law and Treaties, The Hague, 1997, s. 200.
218. Zacklin, The Amendment of the Constitutive Instruments of the United Nations and Specialized Agencies, Leyden, 1968, s. 9.

> treaties are never changed by mere practice, but only if there is also agreement between the parties; practice can be an indication of a corresponding intent on the part of the states, although not on the part of the international organization.[220]

Praxis kan alltså inte ensamt vara den bidragande orsaken till att traktater modifieras, utan en överenskommelse mellan de fördragsslutande parterna måste föreligga. Praxis kan emellertid vara en indikation på att en motsvarande avsikt från staternas sida håller på att etableras, även om den inte kan identifieras som organisationens egen avsikt.

Till skillnad från sedvanerätten, fungerar spontana överenskommelser inom en traktatregim. En sådan överenskommelse är möjlig, hävdar Simma, för att den inte endast berör traktatens materiella innehåll utan också för att den omfattar traktatens formella procedurbestämmelser. Detta innebär att det inte är fråga om något samtycke som när som helst kan upphävas eller åsidosättas på en *ad hoc*-mässig basis utan att det snarare är fråga om en bestämmelse som ändras genom spontana samtycken. Detta är enligt Simma "a fully valid new legal rule of the UN Charter".[221]

Teorin om spontana överenskommelser gör klart att även i fråga om informella ändringar av FN-stadgan, måste utgångspunkten vara att stadgans formella regler om ändring – angående beslutsmässiga antal – måste följas. Det är bara då som man kan veta vem som är behörig att göra rättsändringar, dvs. vems spontana samtycke som kan generera ett resultat som är lika juridiskt bindande som en formellt antagen ändring.[222]

Om problemet däremot behandlas ur ett sedvanerättsligt perspektiv i enlighet med den definition som gavs i *North Sea Continental Shelf Case* – "State practice, including that of States whose interest are specifically affected, should have been both extensive and virtually uniform" – bortser man från det faktum att en ändring som inte följer artikel 108 endast kan verkställas genom ett samtycke från antingen samtliga FN:s medlemsstater eller i enlighet med den majoritet som föreskrivs i artikeln. En flexibel tolkning skulle bli orimlig. Valet mellan dessa alternativ kan emellertid inte göras endast på logisk grund hävdar Simma. Egentligen agerar medlemsstaterna tillsammans såsom herrar över traktaten, dvs. parternas samtycke i sin helhet måste föreligga i en eller annan form.

219. Schachter, Interpretation of the Charter in the Political Organs of the United Nations i Law State and International Legal Order – Essays in Honor of Hans Kelsen, 1964, Engel and Metall (eds.); Sohn, Expulsion or Forced Withdrawal from an International Organization, 77 Harvard LR, 1964 s. 1381 ff.

220. Simma & Brunner, Article 27, i Simma, (ed.), The Charter of the United Nations: A Commentary, Oxford University Press, 1994, s. 450.

221. A a s. 450.

222. A a s. 450.

Simma hävdar vidare att om det beslutsmässiga underlaget som uppställs i artikel 108 endast tillämpades på stadgeenliga ändringar skulle konsekvensen bli att beslut om icke stadgeenliga ändringar då endast kunde tas av samtliga parter. Om bara en medlemsstat skulle opponera sig skulle traktaten mellan de övriga traktatsparterna upphöra att gälla och således göra dem oförmögna att överhuvudtaget företa någon ändring av stadgan. Oppositionen från en medlemsstat skulle därför innebära mer än att inte endast den opponerande staten skulle bindas som fallet är med en stat som agerar som en "persistent objector". Detta synsätt står emellertid i kontrast till argumentet om att det beslutsmässiga antalet som är föreskrivet i artikel 108 också skulle kunnat ändra bestämmelsen av sig själv; artikel 108 upphävs i sig inte av principen *actus contrarius* utan den bortses endast från i vissa fall.

En ändamålsmässig – teleologisk – bedömning i enlighet med traktaträttens regler ger vid handen att bestämmelsen om ratifikation i enlighet med artikel 108 görs för att försäkra att en förpliktelse under folkrätten etableras. Enligt Simma skulle denna förpliktelse frambringas genom "the spontaneous consent, without the requirement of ratification".[223] I *North Sea Continental Shelf Case* kommenterade domstolen att det i princip var möjligt att bli part i en traktat som krävde ratifikation utan att behöva ratificera densamma genom "a very definite, very consistent course of conduct" även om en sådan benägenhet inte bör presumeras. Detta sätt att resonera på som enligt Simma är i linje med teorin om spontana samtycken förefaller kunna appliceras med avseende på endast ändringar av traktater. Detta stöds också av att artikelns föreskrivna procedurbestämmelser, inklusive det föreskrivna kravet på ratifikation, inte syftar till att skydda icke-samtyckande staters intressen utan FN:s intressen som helhet. Detta uppnås genom att procedurbestämmelserna syftar till att uppnå rättssäkerhet som också de spontana överenskommelserna besitter. Oppositionen från icke samtyckande medlemsstater med avseende på majoritetsregeln i artikel 108 skulle således inte få några rättsliga konsekvenser. Däremot skulle staterna genom sedvanerättens "persistent objector"-regel kunna förhindra folkrättslig bundenhet."[224]

223. A a s. 451.
224. A a s. 451.

8.9 Allmänt samtycke – "common consent"

Artikel 38 i ILC:s artikelutkast talar alltså om allmänt samtycke "common consent" som en förutsättning för att en modifikation inom en traktatregim skall uppstå. Frågan som kan ställas är vad begreppet "common consent" innebär. Det råder olika uppfattningar i doktrinen om huruvida samtliga staters godkännande krävs eller om det räcker med en kvalificerad majoritet för att informell modifikation av traktater skall möjliggöras. Akehurst är av den uppfattningen att:

> The true solution would appear to be to apply by analogy any amendment clause which exists in the constituent treaty; thus, the United Nations Charter can be amended by a practice supported by two-thirds of the members States, including the five permanent members of the Security Council.[225]

Akehurst talar alltså om möjligheten att revidera stadgan på informell väg under förutsättning att FN-stadgans villkor för formell revidering uppfylls.[226] Artikel 108 i stadgan kräver alltså två tredjedelars majoritet av generalförsamlingens medlemmar inklusive beslut av säkerhetsrådet fem permanenta medlemmar.

Karl hävdar däremot att samtycke från samtliga FN:s medlemmar behövs enligt traktaträttens principer och ställer sig därmed kritisk till Akehursts uppfattning.[227] Karl hävdar därför att praxis som avviker från FN-stadgan och som antagits med två tredjedelars majoritet och som således avvisats av en tredjedel av FN:s medlemmar, inte kan anses ha modifierat stadgan.[228]

Här bör det dock återigen nämnas att teorin om *actus contrarius* inte tillämpas inom folkrätten. Enligt traktaträtten kan en traktat ändras eller upphöra att gälla under samma formella procedurer som gäller för formella ändringar, dvs. "under the same formality of procedure".[229]

I förarbetena till den ovan nämnda artikeln (artikel 38 i ILC:s artikelutkast till Wienkonventionen) framgår att kommissionens avsikt var att även om inte varje part aktivt skulle ha deltagit i den ifrågavarande praxisutvecklingen, denna praxis dock skulle ha varit sådan att det framgått att parterna som helhet samtyckt till modifikationen.[230] Detta synsätt korre-

225. Akehurst, The Hierarchy of the Sources of International Law, 47 BYBIL 1974/75, s. 278.

226. A a s. 273.

227. Karl, Vertrag und Spätere Praxis im Völkerrecht, Berlin 1983, s. 351–352.

228. A a s. 352.

229. A a s. 380; se även Danielenko, Law-making in the international community, Dordrecht, 1993, s. 164; Villiger, Customary International Law and Treaties, second edition, The Hague, 1997, s. 59; YBILC 1966-II, s. 249.

230. Se avsnitt 7.11.3 ovan.

sponderar väl med bl.a. Karls uppfattning, dvs. att samtycke från i princip samtliga medlemmar behövs. Denna uppfattning delas däremot inte av Simma som tillägger att informella ändringen uppnås genom spontana överenskommelser (se avsnitt 8.8).

8.10 Slutsatser

Informell modifikation är, vilket visats i tidigare kapitel ett möjligt sätt att ändra en traktat utan att behöva åberopa traktatens föreskrivna formella bestämmelser om ändring. Metoden anses numera vara sedvanerättsligt accepterad. Den informella metoden är inte kodifierad vilket gör att den likt den oskrivna sedvanerätten har en abstrakt formaliserad konstruktion och ett oprecist tillämpningssätt.

De FN-rättsliga "innovationerna" har visat att FN-stadgan under historiens gång tolkats på olika sätt. FN-organens befogenheter att själva uttolka sin kompetens – s.k. *compétence de la comptence* – och avsaknaden av en tillsynsinstans med uppgift att vaka över traktatens tolkning och tillämpning har givit de tolkande organen ett utrymme att tolka stadgan extensivt.

Informell modifikation av stadgan kan framkallas på tre sätt. Det första är genom tolkning av stadgan *contra legem* det andra genom att en artikel helt enkelt inte tillämpas, *desuetudo* och det tredje genom att supplementära överenskommelser sluts mellan parterna. Tolkning och *desuetudo* är distinkta. En tolkning som görs inom en bestämmelses tolkningsutrymme resulterar endast i tolkning *sub lege*. Om tolkningen faller utanför bestämmelsens tolkningsutrymme kan *desuetudo* uppstå. I det fallet sker tolkningen *contra legem* och kan ge upphov till att *de facto*-modifikation uppstår.

En genomgång av den FN-rättsliga praxisen visar emellertid att tillämpningen av stadgan endast vid ett tillfälle givit upphov till att en *de facto*-modifikation uppstått. Detta fall rörde tolkningen av artikel 27 och huruvida röstnedläggelse kunde inrymmas inom artikelns tolkningsutrymme. I det fallet hade stadgan tolkats *contra legem*. Det var då inte tal om tolkning utan fråga om en *de facto*-modifikation som syftade till att skapa en varaktig förändring. Denna *de facto*-modifikation betraktas numera på samma sätt som en formellt antagen modifikation. Detta var möjligt därför att en fast praxis etablerats som vunnit allmän acceptans. Den hänvisning som gjordes i *Namibia Case* till sedvanerätten, som många i doktrinen ansåg vara den mekanism som orsakat modifikationen, var olyckligt

vald eftersom efterföljande praxis inom FN-stadgans ram förorsakat modifikationen och inte allmän sedvanerätt. Modifikationens bindande verkan hade förklarats med att efterföljande praxis etablerats inom traktatregimens ram och att denna accepterats genom tysta överenskommelser. Samma resonemang ansågs *mutatis mutandis* gälla frånvarande rådsmedlemmars röster.

I samtliga fall då "Uniting for Peace"-resolutionen åberopas och antas konstaterades att generalförsamlingen överskrider sitt tolkningsutrymme avseende artikel 11(2) och 12. Men det är inte som i det föregående fallet fråga om en *de facto*-modifikation av stadgans bokstav. Artikel 11(2) tillämpas alltjämt stadgeenligt men modifieras varje gång som "Uniting for Peace" åberopas. Detta trots att mekanismen upprepats så många gånger så att en fast etablerad praxis konstituerats. I de fall "Uniting for Peace" tillämpas görs en *ad hoc*-mässig tolkning *contra legem*. Tolkningen klassificeras inte som en *de facto*-modifikation eftersom den inte anses vara permanent utan temporär till sin natur. Modifikationen klassificeras därför som en *temporär* tolkning som sker *contra legem* varje gång "Uniting for Peace" tillämpas.

Inrättandet av krigsförbrytartribunalen i Jugoslavien under FN-stadgans kapitel VII är ytterligare ett exempel på hur stadgan tolkats innovativt. Diskussionen som fördes gäller även *mutatis mutandis* för den inrättade tribunalen i Arusha. Det var första gången som säkerhetsrådet klassificerade brott mot den humanitära rätten som ett hot mot den internationella freden. Fastställandet av individers straffrättsliga ansvar innebär att säkerhetsrådet agerar under sitt huvudansvar för att upprätthålla internationell fred och säkerhet. Trots att artikel 41 i FN-stadgan inte uttryckligen ger rådet denna uppgift att fastställa individers straffrättsliga ansvar, lägger artikeln grunden för de rättsliga uppgifter som anförtrotts brottmålstribunalerna. Det konstaterades att säkerhetsrådet inte överskridit sitt tolkningsutrymme och att det således inte är ett agerande *contra legem* utan snarare en tolkning som görs *sub lege* inom ramen för säkerhetsrådets uttryckliga huvudansvar enligt artikel 24(1). Säkerhetsrådets agerande för att inrätta en oavhängig tribunal förankras därför i enlighet med artiklarna 39 och 41.

I det fall säkerhetsrådets terroristresolutioner diskuterades konstaterades följande. Resolutionerna framkallades av terroristattackerna i New York och Washington den 11 september 2001. Resolutionerna är intressanta eftersom det är första gången som en koppling görs mellan terroristattacker och rätten till självförsvar. Detta gjordes i resolutionernas preambulära del. Det konstaterades vidare att det var en *sub lege*-tolkning som

gjordes inom berörda artiklars tolkningsutrymme. Då det inte finns någon "custodian of the Charter" kunde säkerhetsrådet för ändamålet utvidga tolkningen av begreppet "väpnat angrepp" så att det även inbegrep terroristattacker mot en annan stat. Det var därför inte tal om någon s.k innovation – mer än att terrorism kopplas samman med självförsvarsrätten – utan snarare fråga om en evolutiv tolkning av begreppet "väpnat angrepp" som gjordes av FN:s säkerhetsråd. De enhälligt antagna resolutionerna återspeglade det internationella samfundets *opinio juris*. Denna *opinio juris* återspeglar däremot inte en sedvanerättslig praxis utan en praxis som utvecklats inom FN-stadgans ram. "Consistent practice" och "common consent" var de kriterier som erfordrades för att generera denna bindande praxis som i praktiken beskrevs som sedvanerätslg utveckling då det talades om en *opinio juris*. Den utvigade tolkningen av begreppet "väpnat angrepp" fick möjligen också konsevenser på den diskussion som rörde preventivt självförsvar. Begreppet "anticipatory self-defence" har hittills tolkats restriktivt i doktrinen. Det förefallar därför osannolikt att USA skulle kunna utnyttja sin nuvarande självförsvarsrätt till att förebygga nya terroristattacker från t.ex. Irak och Nordkorea. Sådana USA-ledda attacker, skulle knappast få stöd i det internationella samfundet och därför skulle heller ingen rättsutveckling inom detta område kunna ske.

Under Kuwait kriget 1991 fattade säkerhetsrådet beslut om våldsanvändning utan att vissa centrala artiklar i stadgan åberopades. Praxis som styrde denna process beskrevs med hjälp av *desuetudo*-mekanismens inverkan. En negativ *opinio juris* hade etablerats som mynnade ut i en *contra legem*-tolkning av stadgan. Tolkningen kan emellertid inte klassificeras som en *de facto*-modifikation av berörda artiklar i stadgan, eftersom någon "fast praxis" och något "allmänt samtycke" inte etablerats. Genom att inte tillämpa vissa av stadgans föreskrivna bestämmelser har en temporär, *ad hoc*-mässig modifikation gjorts *contra legem*. Denna har emellertid inte någon varaktig inverkan på stadgans fortsatta tillämpning. De ifrågavarande bestämmelserna som inte tillämpats sades mycket väl kunna komma att tillämpas i framtiden även om inte detta under rådande omständigheter anses vara särskilt sannolikt. Den för ändamålet företagna modifikationens bindande verkan uppstår genom parternas tysta överenskommelser.

"Peace-keeping" konstaterades också vara en FN-rättslig innovation. De fredsbevarande operationerna tillkom genom att supplementära avtal slöts mellan FN och de länders trupper som ifrågakom för operationerna. Avtalen anses inte vara en utveckling *contra legem* och kolliderar därför inte med FN-stadgans artikel 103. Truppkonstruktionerna strider inte hel-

ler mot stadgans uppställda artikel 43 eftersom de inte var avsedda att agera fredsskapande utan fredsbevarande. Vidare framgår av artikel 42 att det finns alternativa metoder enligt vilka säkerhetsrådet kan agera för att rekrytera trupper som inte kolliderar med artikel 43. Överenskommelser som sluts i samband med att "peace-keeping"-operationer företas kan således inte tolkas *contra legem* utan *sub lege*.

Den övergripande frågan som diskuterades när Natos intervention i Kosovo behandlades var om en sedvanerättslig utveckling höll på att etableras som möjliggjorde för en grupp stater att bruka våld utan någon auktorisation från säkerhetsrådet. Resonemanget byggde på en diskussion som fördes i *European Journal of International Law* 1999 mellan folkrättsjuristerna Bruno Simma och Antonio Cassese. Simma legitimerar aktionen med en betingad "nöd" eller "nödvändighet". Motiveringen för interventionen finner enligt Simma stöd inom den folkrättsliga doktrinen som rör "statsanvaret" och som utvecklats av ILC i "*Draft articles on the Origin of State Responsibility*". Statsansvaret innebär att stater har en skyldighet att respektera och skydda människors fundamentala rättigheter *erga omnes*. Simma ser inga möjligheter till en sedvanerättslig utveckling av det uppställda våldsförbudet i FN-stadgan (2(4)), dels för att det uppställts extensivt och dels för att det utgörs av *jus cogens*.

Cassese är däremot av den uppfattningen att en sedvanerättslig utveckling kan vara *in nascendi* som håller på att modifiera stadgans uppställda våldsförbud.

Undersökningen av FN-stadgans våldsförbud i doktrin och praxis visar att förbudet inte är absolut utan att det kan tolkas restriktivt. En precisering av våldsförbudet ger vissa alternativa möjligheter att tolka våldsförbudet restriktivt. Denna tolkning möjliggör väpnade ingripanden för humanitär intervention under förutsättning att säkerhetsrådet klassificerar händelserna som ett hot mot internationell fred och säkerhet. Stöd för den restriktiva tolkningens linje ges också i *Nicaragua Case*. Trots att domstolen använder sig av en extensiv tolkning av våldsförbudet, utesluter domstolen inte möjligheten av att en precisering av våldsförbudet kan göras. Preciseringen av artikel 2(4) innebär inte en *contra legem*-utveckling av stadgan utan bygger enligt Cassese på en sedvanerättslig utveckling som sträckte sig utanför stadgans traktaträttsliga regim. Sedvanerättens karakteristika gjorde sig gällande i denna process som beskrevs som en sedvanerätt som eventuellt håller på att etableras regionalt. Någon konsistent praxis har ännu inte etablerats men en *opinio necessitatis* föreligger i alla fall bland de intervenerande Nato staterna. Någon ratihabering *ex post facto* har inte heller kunnat fastställas.

Bristen på auktorisation i enlighet med artikel 53 som i detta fall läses tillsammans med artikel 2(4) anses vara folkrättsstridig. Tolkningen som gjorts i detta fall sägs vara i strid med stadgans bokstav. Den är *contra legem* men inte *de facto*-mässig eftersom någon fast praxis eller allmänt samtycke inte etablerats.

Casseses diskussion ansågs vara intressant eftersom den anknöt till olika sedvanerättsliga resonemang som förts i avhandlingsarbetet. Frågan var emellertid om den diskussion som rörde våldsförbudets precisering var sedvanerättslig eller om det var fråga om en tolkning inom traktatregimens ram. I enlighet med det resonemang som förts i avhandlingsarbetet dras slutsatsen att det inte kunde vara någon sedvanerättslig utveckling utan en tolkning som sker inom artikelns tolkningsutrymme och traktatregimens ram. I samband med att artikelns tolkningsutrymme analyserades konstaterades att den komplettering av Dumbarton Oaks-förslaget som gjordes i San Francisco kunde sägas ha förorsakat den restriktiva tolkningen av artikel 2(4). Såsom artikeln presenterades i Dumbarton Oaks förelåg inget utrymme för någon alternativ tolkning av artikeln. Våldsförbudet sades i den tappningen vara absolut. I San Francisco gjordes emellertid tilläggen att våld inte kunde riktas mot en stats "territoriella integritet" eller "politiska oberoende". Uppfattningen är emellertid att våldsförbudet även inkluderade detta särskilda fall och att denna nya lydelse inte möjliggör en restriktiv tolkning av artikeln. Norge som enda stat insåg emellertid denna risk. Förenta Staternas representant konstaterade däremot att tilläggen endast täckte eventuella kryphål och att artikeln därigenom blev otvivelaktigt extensiv. Möjligen hade Förenta Staterna redan i ett tidigt skede sett denna möjlighet att tolka artikeln restriktivt. New Haven-skolans representanter utnyttjade denna möjlighet att tolka artikeln restriktivt för att främja humanitär intervention och för att uppnå den övergripande målsättningen av att tjäna "world public order".

Den *consensus*-antagna "Friendly Relations"-deklarationen som enhälligt antogs 1970 kan sägas *de facto* auktoritativt ha uttolkat FN-stadgans principer som uttryckligen eller underförstått fanns med i stadgan. I *Nicaragua Case* 1986 hävdade domstolen dels att FN-stadgans våldsförbud överensstämde med det våldsförbud som efter 1945 deklarerats i "Friendly Relations"-deklarationen, dels att en precisering av FN-stadgans våldsförbud kunde göras. Den tolkning som gjordes i samband med att "Friendly Relations"-deklarationen antogs korresponderar sannolikt än i dag med FN-stadgans folkrättsliga regler och principer.

Kapitlet har visat att den informella modifikationens karakteristik inte påminner om den sedvanerättsliga. I det fall det rör sig om en *contra le-*

gem-utveckling som är *de facto*-mässig berörs inte endast traktatens materiella innehåll utan också dess procedurbestämmelser. Huruvida spontana samtycken eller tysta överenskommelser låg till grund för bundenheten påverkade inte processens karakteristika mer än att spontana samtycken förordade ett beslutsmässigt underlag som erfordrades för att formella ändringar skulle träda i kraft. För att kriteriet "common consent" skulle infrias förordades däremot en diffust uppställd beslutsförhet där samtycke från i princip samtliga medlemsstater behövdes.

Med tanke på att den informella modifikationsprocessen styrs av sedvanerättsliga regler om traktater och att förfarandet informell modifikation till följd av efterföljande praxis och/eller sedvanerätt inte går att formalisera – och därför inte kommer att kodifieras – kan en viss formalisering i detta avseende underlätta denna till synes abstrakta procedur.

DEL III – UTVÄRDERING

Kapitel 9 – Avslutande och sammanfattande anmärkningar

Most of what we perversely persist in calling customary law is not only not customary law; it does not even faintly resemble customary law.[1]

9.1 Introduktion

Förevarande arbete har undersökt hur informell modifikation av traktater möjliggörs till följd av ny sedvanerätt och praxis. Studien har gjorts mot bakgrund av FN-stadgans innovativa utveckling. Syftet har varit tvåfaldigt; för det första att undersöka hur sedvanerätten påverkar traktater och vilka mekanismer i sedvanerätten som framkallar informell modifikation av traktater, för det andra att undersöka hur de s.k. innovationerna av FN-stadgan skall klassificeras. Är det sedvanerätt som ligger till grund för dessa innovationer eller är det något annat. Arbetet består av två undersökande delar och en utvärderande del (del III). Arbetets allmänna del (del I) anger de teoretiska huvuddragen. Den särskilda delen (del II) utgörs av en ingående studie av sedvanerättens element. Här studeras också förhållandet mellan sedvanerätt och traktater. Dessutom analyseras de fall där FN-stadgans text ändrats utan att något till synes stöd i stadgan ges. I doktrinen används ofta begreppet "innovation" för att beskriva detta. Dessa innovationers folkrättsliga status specificeras och analyseras i denna del.

1. Citatet hämtat från Bodansky, Customary and not so Customary International Environmental Law, 3 Indiana Journal of Global Legal studies 1995, s. 11–12.

9.2 Det sedvanerättsliga perspektivet och dess influens på traktater

Sedvanerätten utgör ett centralt studieobjekt i avhandlingen. En utgångspunkt vilar därför på den vedertagna uppfattningen att det är ny sedvanerätt som informellt modifierar traktater. Därför är det nödvändigt att ingående studera sedvanerätten, som tillsammans med traktater är folkrättens centrala källor. Trots att sedvanerätten är ett av folkrättens viktigaste och i doktrinen mest debatterade ämnesområden konstateras att ämnet fortfarande karakteriseras av en hög abstraktionsnivå och ett schablonartat tillämpningssätt. Den oklara samverkan som råder mellan sedvanerätt och traktater följer som en konsekvens av sedvanerättens diffusa karaktär. Även om sedvanerätt ibland beskrivs som en spontant framkallad process förmedlas för det mesta en stel bild av sedvanerätten. Detta görs genom en mekanisk upprepning av sedvanerättens båda element. Så refererar t.ex. Internationella domstolen till sedvanerätten på detta dualistiska sätt. Det är också i det närmaste omöjligt att föra ett relevant resonemang om sedvanerätten om det inte görs på ett formaliserat tudelat sätt. Förklaringen till sedvanerättens diffusa karaktär ligger inneboende i folkrättens konstruktion. Häri ligger problemet med den folkrättsliga rättsordningen som beskrivs horisontellt i förhållande till den nationella rättsordningens konstitutionella (vertikala) källhierarki. Den folkrättsliga doktrinen kännetecknas därför av olika teorier som försöker täcka de brister som föreligger i förhållande till den nationella rättens källhierarki. Teorierna har pendlat mellan naturrätt och positivism. Uppfattningen att naturrätten utgjorde sedvanerättens mest centrala källa modifierades emellertid i början av 1900-talet då den mer verklighetsanpassade, positivistiska uppfattningen successivt vann gehör i den folkrättsliga doktrinen. Den nya föreställningen kännetecknades av att sedvanerätten var ett resultat av staters praxis i kombination med en uppfattning att denna praxis inte var slumpmässig utan rättsligt krävd.

Den oklara ordalydelsen av artikel 38 (1)b i Internationella domstolens stadga kan förklaras med den doktrinära motsättning som förelåg när stadgefäderna till den Fasta mellanfolkliga domstolen diskuterade dess statuters tillblivelse 1919. I den ordalydelse som återfinns i artikel 38 går dels att utläsa den voluntaristiska skolans viljeinriktade uppfattning, dels den *opinio juris*-baserade skolans uppfattning.

Den voluntaristiska skolbildningen har konstitutiva egenskaper eftersom den kan förklara hur sedvanerätten uppstår, men den kan inte förkla-

ra den allmänna folkrättens bindande förmåga. Den är samtyckesbaserad och använder sig därför av tysta överenskommelser för att förklara den sedvanerättsliga mekanismens bindande förmåga.

I ett begynnande skede hade den *opinio juris*-baserade skolan svårt att förklara hur sedvanerätten uppstod eftersom definitionen på sedvanerätt innebar att den på förhand var rättsligt krävd. Den kunde emellertid förklara hur praxis omvandlades till sedvanerätt och hur den allmänna folkrätten med hjälp av "acquiescence"-mekanismens inverkan kunde binda samtliga stater. Den voluntaristiska skolbildningen förblev kontraktuell och den *opinio juris*-baserade, konsensuell. Den *opinio juris*-baserade skolan lyckades emellertid föra ett resonemang bort från det deklaratoriska dilemmats paradox genom att hävda att en rättskränkning av en gällande folkrättsnorm kan ge upphov till att en ny rättsbildning uppstår i de fall rättsläget inte är reglerat. Detta kan ske till följd av efterföljande opposition. Således avviker, bryter och möjligen modifierar den efterföljande opponenten den ursprungliga sedvanerättsregeln. Detta är fallet då allmän sedvanerätt etableras och t.ex. nya stater agerar som efterföljande opponenter. Agerandet beskrivs *contra legem*, dvs. som en rättskränkning som blir gällande rätt först efter det att den avvikande normen blir allmänt accepterad. Processen etableras gradvis och är beroende av övriga staters positiva reaktioner eller deras passiva medgivanden – "acquiescence". I enlighet med New Haven-skolans synsätt på hur sedvanerättslig bundenhet uppstår spelar samtycket i en uttrycklig eller tyst form en konstitutiv roll i en process av internationella ställningstaganden.

Uppfattningen att traktater kan åsidosätta en etablerad rättssedvänja likväl som det omvända förhållandet inträffar är en väl etablerad uppfattning i doktrinen. Den teoretiska grunden för denna samverkan förklaras med att det inom folkrätten är fråga om normativt likställda källor. Detta medför att modifikation av en traktat möjliggörs som en konsekvens av att ny sedvanerätt gör sig gällande som *lex posterior/lex specialis*. Modifikationsprocessen beskrivs som en trög process varigenom en rättsregel gradvis förlorar sin normativitet. Antingen kan modifikationsprocessen ske till följd av att en ny praxis etableras inom en traktatregim, dvs. *desuetudo*, eller genom att ny sedvanerätt påverkar en traktat som *lex posterior/lex specialis*. I de fall sedvanerätten påverkar traktaten återfinns den tydligaste bekräftelsen på att traktaten ändrats i uttalanden. I brist på en uttalad *opinio juris* krävs dock bevis i form av praxis, dvs. att den nya bestämmelsen tillämpas. Denna praxis behöver emellertid inte vara etablerad sedvanerätt eftersom traktatsparterna själva disponerar över traktatens innehåll och således bestämmer när de skall ersätta en bestämmelse. Detta innebär att

om endast *usus* gör sig gällande utanför traktatregimens ram kan *usus* påverka det kontraktuella innehållet. Här måste dock traktatsparternas *opinio juris* gå att utläsa som en bekräftelse på att det är vad parterna avser. Om traktatsparterna applicerar *usus* som en giltig kontraktuell regel blir denna regel endast bindande *inter partes*. Samma regel blir dock bindande för tredje stat efter det att den konstituerats som en sedvanerättsregel utanför traktatregimens ram.

Om endast *opinio juris* manifesteras utanför traktatregimens ram kan traktatsparterna genom *desuetudo* byta ut en traktatbestämmelse med den *opinio juris* som finns utanför traktatregimen. Den juridiska bundenheten skapas genom tysta överenskommelser. *Opinio juris* etableras dels inom, dels utanför traktatregimens ram och är alltså den minsta gemensamma nämnaren.

Uppfattningen i doktrinen om att det antingen är den voluntaristiska eller den konsensuella skolbildningen som har företräde i doktrinen är inte alltid lätt att fastställa. I vissa fall är den voluntaristiska, samtyckes baserade uppfattningen tillräcklig för att förklara den sedvanerättsliga bundenheten och i vissa andra fall är den *opinio juris*-baserade uppfattningen tillräcklig. Båda uppfattningarna finns också representerade i Internationella domstolens domar. Denna uppfattning återspeglas också i den komplexa interaktionen som råder mellan traktater och sedvanerätt.

I det fall *desuetudo* utvecklas inom en traktatregims ram beskrivs i doktrinen inte modifikationsprocessen med sedvanerättslig terminologi utan med begrepp som inhämtats från den diskussion som fördes av ILC angående det artikelutkast som berörde informell modifikation till följd av efterföljande praxis – artikel 38. De nödvändiga kriterierna för att modifiera en traktat till följd av efterföljande praxis ansågs vara en fast etablerad praxis – "consistent practice" – i närvaro av ett gemensamt samtycke – "common consent".

För att kriteriet "common consent" skall infrias behöver inte varje part ha deltagit aktivt i praxisutvecklingen men den skall vara av sådan beskaffenhet att det framgår att parterna som helhet implicit samtycker till modifikationen. Hur omfattande kriteriet "consistent practice" skall vara framgår emellertid inte av praxis.

Desuetudo kan alltså få en bestämmelse i en traktat (eller en hel traktat) att bli en död bokstav eller också kan efterföljande praxis som utvecklas inom traktatregimens ram få traktaten eller bestämmelsen i densamma att modifieras. I båda fallen sker detta genom implicita samtycken.

I de fall sedvanerätten influerar en traktat (eller en bestämmelse i en traktat) beskrivs modifikationsprocessen med sedvanerättsliga karakteris-

tika. Detta möjliggörs genom att sedvanerätten utvecklas *lex posterior/lex specialis*. Detta förklaras i sin tur med att det inom folkrätten inte finns någon egentlig normhierarki vilket alltså förklarar varför *actus contrarius* inte tillämpas inom folkrätten. Ett identifierat *usus*-moment som bekräftas genom *opinio juris*-mekanismens inverkan skapar förutsättningar för att etablera allmän sedvanerätt. Möjligheten för stater att agera som "persistent objectors" möjliggörs som en konsekvens av det sedvanerättsliga konceptet.

Parterna i en traktat kan av olika anledningar tillämpa en sedvanerättslig bestämmelse framför en kontraktuell bestämmelse. Detta realiseras också genom ett implicit förfarande. Detta var t.ex. fallet när Spanien påbörjade ett samarbete med EG och därmed började tillämpa de för EG rådande fiskeriregimerna. Spaniens agerande i förhållande till det tidigare ingångna avtalet förklarades med *desuetudo*-mekanismens inverkan såsom genom ett tyst samtycke upphävt.

Möjligheten att informellt modifiera en traktat till följd av att ny sedvanerätt etableras godtas i doktrinen som ett sätt att ändra en traktat. Detta bekräftades i Delimitation of the Continental Shelf (Frankrike/Storbritannien) 1977. Ett annat fall berörde 1958 års Genèvekonvention som i vissa delar modifierats av efterföljande sedvanerätt. Den nya sedvanerätten hade uppstått från FN:s nya havsrättskonvention.

En sedvanerättsregel kan ha etablerats utanför en traktatregim men behöver alltså inte ha någon rättslig inverkan på traktaten om inte traktatsparterna applicerar regeln *inter partes* eller i förhållandet till tredje part. Det är bara då som en sedvanerättsregel kan modifiera en traktatsbestämmelse. Detta gäller under förutsättning att traktatsbestämmelsen och den nya sedvanerättsregeln inte är identiska med varandra. Den nya sedvanerättsregeln är då giltig mellan traktatsparterna eftersom den tillämpas i stället för den gamla kontraktuella normen. För övriga stater som inte är parter till traktaten gäller den nya sedvanerättsregeln utom i de fall staterna agerar som "persistent objectors".

I de fall en ny praxisutveckling vinner allmän acceptans kan traktaten antingen modifieras eller tolkas. Om praxisutvecklingen etableras inom traktatens tolkningsutrymme är det inte fråga om modifikation utan tolkning *sub lege*. Traktaträttskonventionens regel – artikel 31(3)b – om tolkning är då tillämplig. Om en efterföljande praxis utvecklas *contra legem* och faller utanför artikelns/traktatens tolkningsutrymme kan den ge upphov till modifikation. Här krävs dock att praxisutvecklingen följs av en "consistent practice" och ett "common consent". Under förutsättning att

dessa egenskaper identifieras beskrivs den uppkomna ändringen som *de facto*-mässig.

De artikelutkast som berörde informell modifikation utelämnades i traktaträttskonventionen. Anledningen till detta är att ILC inte ville fördjupa sig i en diskussion som ansågs falla utanför konventionens ändamål och syfte. Av den diskussion som ILC förde framgår emellertid att *desuetudo*-mekanismen i vilket fall som helst kan göra sig gällande och att sedvanerättens regler förblir gällande för de frågor som inte regleras i traktaträttskonventionen. Detta är numera också den rådande uppfattningen i doktrinen.

9.3 En summering av begreppen

Med informell modifikation av en traktat – eller en bestämmelse i en traktat – menas en process som resulterar i att en traktat eller en bestämmelse i en traktat ändras utan att dess föreskrivna formella bestämmelser om ändring åberopas. En *de facto*-modifikation uppstår när den informella ändringen fått en permanent varaktighet. Denna *de facto*-ändring har samma rättsliga status som en formellt antagen ändring.

En generell uppsummering av begreppen som hittills presenterats för att förklara informell modifikation ger vid handen att traktater kan modifieras informellt på följande sätt:

(i) Genom att ny sedvanerätt gör sig gällande som *lex posterior* eller *lex specialis*.

(ii) Genom att praxis utvecklas inom en traktatregims ram.

Det är emellertid inte all praxis inom en traktatregim som leder till informell modifikation. Man får skilja på följande två fall:

Praxis utvecklas *contra legem*	Informell modifikation, kan ge upphov till *de facto*-modifikation.
Praxis utvecklas *sub lege*	Ej informell modifikation – däremot en fråga om *tolkning*, VCLT artikel 31.

Några ytterligare förtydliganden

Den juridisk-tekniska term som generellt används för att beskriva informell modifikation och annan modifikation av traktater är *desuetudo*. *Desuetudo* används *mutatis mutandis* i doktrinen för att beskriva ett passivt

förfarande som dels mynnar ut i att en traktatbestämmelse blir en död bokstav och dels kan resultera i att informell modifikation uppstår.

En ytterligare distinktion som görs i detta avseende är således att praxis som utvecklas inom en traktatregim (fallet (ii) ovan) inte nödvändigtvis behöver mynna ut i informell modifikation. Det kan då antingen vara fråga om *desuetudo* eller tolkning som görs *sub lege*. Rör det sig i detta avseende om *desuetudo* har inte efterföljande praxis ändrat den gamla bestämmelsen utan endast fått den till att bli en död bostav. Om praxis däremot utvecklas *contra legem* inom (ii) är det fråga om *desuetudo* som kan ge upphov till *de facto* modifikation.

Rättsbildningen som sker inom (ii) beskrivs inte med sedvanerättslig terminologi utan efterföljande praxis skall vara fast etablerad ("consistent practice") och efterföljas av ett gemensamt samtycke ("common consent"). Om dessa kriterier infrias uppstår *de facto*-modifikation. Den juridiska bundenheten sker genom tysta överenskommelser.

I de fall traktatregimen influeras av ny sedvanerätt (i) sker rättsbildningen på samma sätt som i (ii). En fast etablerad praxis inom (ii) skall ha etablerats och efterföljas ett gemensamt samtycke. Även här sker den juridiska bundenheten genom tysta överenskommelser.

9.4 FN-stadgans innovationer och den hitillsvarande missuppfattningen

I de fall FN-stadgans s.k. innovationer studeras konstateras att stadgan vid åtskilliga tillfällen tolkas innovativt. Praxis på området visar att FN-organen på grund av sin s.k. *compétence de la compétence* har befogenheter att själva tolka de bestämmelser som anger dess befogenheter. Detta i kombination med en föreställning att stadgan dels kan ses som en levande konstitution, dels som en dynamisk traktatregim, och ett resonemang avseende FN-stadgans implicerade befogenheter förstärker konceptet om stadgans flexibilitet.

En ofta förekommande men missvisande uppfattning i doktrinen är att det är sedvanerätt som ligger till grund för FN-stadgans innovativa utveckling. Identifieringen av de s.k. FN-rättsliga innovationerna ger emellertid vid handen att dessa kan framkallas på tre sätt som skiljer sig åt från sedvanerätten. Dessa är tolkning *contra legem*, *desuetudo* eller genom att supplementära överenskommelser sluts mellan parterna.

Undersökningen av FN-stadgan ger vid handen att det endast vid enstaka tillfällen utvecklats en praxis *contra legem*. I de allra flesta fall var det *sub lege*-tolkningar som faller inom stadgans tolkningsutrymme, som hade gjorts. Tolkning *sub lege*, *desuetudo* och modifikation blandas ofta ihop i doktrinen. Handlingarna är dock distinkta då det är fråga om olika förhållningssätt. En tolkning som görs inom en bestämmelses tolkningsutrymme kan antingen resultera i tolkning *sub lege* eller *desuetudo*. I det senare fallet blir bestämmelsen en död bokstav Om tolkningen faller utanför bestämmelsens tolkningsutrymme sker tolkningen *contra legem* och kan alltså ge upphov till att *de facto*-modifikation uppstår. Sedvanerättens kriterier gick inte att identifiera.

Undersökningen av FN-stadgan ger vid handen att det endast vid enstaka tillfällen utvecklats en praxis *contra legem*. I de allra flesta fall var det *sub lege*-tolkningar som faller inom stadgans tolkningsutrymme, som hade gjorts.

Bara vid ett tillfälle hade en *de facto*-modifikation etablerats som utvecklats *contra legem*. Detta konstaterades vara fallet med röstnedläggelse i enlighet med artikel 27(3). Denna *de facto*-modifikation berörde stadgans materiella innehåll såväl som dess formella procedurbestämmelser. Det var numera fråga om en fast etablerad praxis som hade samma folkrättsliga status som en formellt antagen modifikation. Detta gällde även fallet med frånvarande röstmedlemmars röster som *mutatis mutandis* behandlats på samma sätt som röstnedläggelse. Inte heller här gick de sedvanerättsliga kriterierna att identifiera.

I de fall "Uniting for Peace" tillämpas konstateras att *ad hoc*-mässiga tolkningar *contra legem* görs. Dessa ändringar kan emellertid inte rubriceras som *de facto*-mässiga för de artiklar som berörs (11(2) och 12) kan alltjämt tolkas i enlighet med stadgans bokstav. De klassificeras därför som temporära tolkningar som görs *contra legem* varje gång "Uniting for Peace" tillämpas.

"Uniting for Peace" hade influerat nästa "innovation" som förklarades vara inrättandet av "Peace-keeping"-operationer. De tillkommer genom att supplementära avtal sluts mellan FN och de länders trupper som kommer i fråga för operationerna. Ingen tolkning har gjorts *contra legem* och inrättandet kolliderar därför inte heller med FN-stadgans artikel 103. Tolkningen görs helt i linje med de berörda artiklarnas tolkningsutrymme, dvs. *sub lege*.

Inrättandet av krigsförbrytartribunalen i Jugoslavien klassificerades också som en s.k. innovation. Den har uppkommit för att säkerhetsrådet klassificerat brott mot den humanitära rätten som ett hot mot den interna-

tionella freden. Rådets agerande utgör emellertid inte ett agerande *contra legem* utan kan snarare ses som en *sub lege*-tolkning av stadgan. Detta motiveras med att fastän artikel 41 i stadgan inte uttryckligen ger rådet i uppgift att fastställa individers straffrättsliga ansvar finns det utrymme för en sådan tolkning inom ramen för rådets uttryckliga huvudansvar enligt artikel 24(1).

I fallet då FN:s terroristresolutioner diskuterades konstaterades att resolutionerna nytolkat stadgans bestämmelser utan att överskrida de berörda artiklarnas tolkningsutrymme. Då FN-systemet inte har någon "custodian of the Charter" som har kompetens att för FN:s del fatta bindande beslut när tveksamhet avseende tolkning av en viss bestämmelse uppstår, kan FN genom sina organ utvidga tolkningen av vissa begrepp. I de aktuella terroristresolutionerna tolkade säkerhetsrådet begreppet "väpnat angrepp" i artikel 51 som om det även inbegriper angrepp från terrorister vilket alltså är en nytolkning av artikel 2:4 som hänvisar till angrepp från stater. Denna tolkning har tillkommit genom att resolutionerna antagits av säkerhetsrådet. Resolutionen kan sägas ha iscsensatt en process av internationella ställningstaganden som återspeglar det internationella samfundets *opinio juris*. Det konstaterades därför att det inte var fråga om någon s.k. innovation mer än att resolutionerna kopplat samman terrorism med självförsvarsrätt, utan att det snarare var tal om en evolutiv tolkning av begreppet "väpnat angrepp". Detta innebär att säkerhetsrådet tog hänsyn till de omständigheter som rådde vid tidpunkten för resolutionernas antaganden. Denna tolkning fick också konsekvenser på den diskussion som rörde preventivt självförsvar så till vida att man kunde utläsa en pågående utveckling *contra legem* av artikel 51 avseende preventivt självförsvar. Artikel 51:s lydelse torde emellertid utesluta preventivt självförsvar. USA:s och Storbritanniens attacker mot mål i Afghanistan skulle då ses som aktioner för att föregripa ytterligare terrorangrepp. Bl.a. den svenska regeringen har ställt sig bakom en sådan tolkning. Däremot torde den *opinio juris* som växt fram i statssamfundet inte kunna tänjas så långt att man i förebyggande syfte slår ut terrorister i Iran, Irak och Nordkorea. Självförsvarsrätten behandlas restriktivt i doktrinen då den har potential att skapa negativa precedensfall. För att en utveckling *contra legem* av den preventiva självförsvarsrätten skall kunna etableras måste en historisk upprepning av storskaliga terroristattacker ske på samma sätt som skett med motsvarande motreaktioner från det internationella samfundet.

I det fall Kuwait kriget diskuterades förklarades den s.k. "innovationen" med hjälp av *desuetudo*-mekanismens inverkan. Likt "Uniting for Peace" har vissa artiklar (artikel 43) i stadgan inte tillämpats vilket föror-

sakat en *ad hoc*-mässig tolkning *contra legem*. Det är inte fråga om någon *de facto*-modifikation för någon "fast praxis" och "allmänt samtycke" har inte etablerats. Det återstår att se om denna s.k. innovation kommer att upprepas och om möjligt få en varaktig inverkan på stadgans fortsatta tillämpning.

När Natos intervention i Kosovo diskuterades var det inte längre fråga om att specificera en s.k. innovation utan snarare fråga om att fastställa om en sedvanerättslig utveckling håller på att etableras som möjliggör för en grupp av stater att bruka våld utan någon auktorisation från säkerhetsrådet för att främja en humanitär intervention. Frågan analyserades i två etapper.

I den första etappen konstateras att humanitär intervention utan någon auktorisation från säkerhetsrådet i enlighet med stadgans artikel 53 är folkrättsstridig. Artikeln lästes i kombination med artikel 2(4). Det konstateras att Natos intervention i Kosovo är i strid med stadgans bokstav. Det är en *contra legem*-utveckling som inte är *de facto*-mässig eftersom någon fast praxis eller allmänt samtycke inte etablerats.

I den andra etappen konstaterades att den diskussion i doktrinen som rör våldsförbudets precisering inte är sedvanerättslig utan kontraktuell, dvs. en tolkning som utvecklades inom FN-stadgans ram. Preciseringen av våldsförbudet som tidigare gjorts ger vid handen att den komplettering av Dumbarton Oaks-förslaget som gjordes i San Francisco iscensatte den restriktiva tolkningen av artikel 2(4). Denna tolkning gjordes *sub lege* och inrymdes alltså under artikelns tolkningsutrymme. Det var alltså inte tal om någon sedvanerättslig utveckling som var i färd att etableras utan en praxisutveckling som tilldrog sig inom stadgans ram.

Informell modifikation till följd av ny praxis är distinkt från den sedvanerättsliga karakteristiken. I det fall det rör sig om en *contra legem*-utveckling berörs inte endast traktatens materiella innehåll utan också dess procedurbestämmelser. I de fall det rör sig om *sub lege*-tolkningar modifieras inte bestämmelsen i fråga utan tolkas inom bestämmelsens tolkningsutrymme.

I verkligheten är det fråga om en tillämpning av sedvanerättens regler om traktaträtten. Således behövs det om artikel 108 i FN-stadgan skall åsidosättas enhällighet mellan medlemsstaterna. Denna enhällighet framgår av den tysta överenskommelse som kan uttryckas av medlemsstaterna på olika sätt. Eftersom den informella modifikationsprocessen anses vara reglerad av sedvanerätt och eftersom förfarandet informell modifikation till följd av efterföljande praxis/sedvanerätt är svår att formalisera, kan en viss

formalisering i detta avseende ändå underlätta denna till synes abstrakta procedur som informell modifikation av traktater innebär.

Undersökningen mot bakgrund av FN-stadgans innovativa utveckling ger vid handen att sedvanerätten inte har haft något reellt inflytande på de FN-rättsliga innovationerna. Däremot är det många i doktrinen som fortfarande är av den uppfattningen att det är sedvanerätten som modifierar FN-stadgan. Detta gällde framför allt röstnedläggelse i enlighet med artikel 27(3). I det fallet är det snarare en praxisutveckling som utvecklats inom FN-stadgans ram som ger upphov till att en artikel modifierats informellt. Detta möjliggörs för att en fast praxis och ett allmänt samtycke etablerats och därför att parterna disponerar över det kontraktuella innehållet.

Mekanismen som framkallar modifikation till följd av efterföljande praxis påminner däremot om den sedvanerättsliga processen men är skild från denna. Den praxis som etableras inom traktatregimens ram behöver inte vara allmän – "general practice" – och efterföljas av en *opinio juris* utan det räcker att den är "consistent" och efterföljs av ett "common consent". I sådan praxis finns det inte utrymme för någon "persistent objector" som ihärdigt kan motsätta sig att sedvanerätt etableras. Efterföljande praxis inom en traktatregim är kontraktuellt inriktad, och etableras tyst mellan parterna i syfte att ersätta en bestämmelse som av olika anledningar inte kan tas i bruk, och inte för att etablera allmän sedvanerätt/folkrätt. Det informella förfarandet motiveras av att traktatsparterna inte vill riskera att sammankalla en ändringskonferens där utgången kan bli oviss. I de fall som beskrivits resulterar informell modifikation inte endast i att traktatens materiella innehåll ändras utan också att traktatens formella procedurbestämmelser ändras.

I doktrinen har oändliga försök gjorts för att precisera den internationella sedvanerättens innehåll och karakteristik. Däremot har litet gjorts för att förklara den mekanism som ligger till grund för efterföljande praxis som utvecklas inom en traktatregim. Likt sedvanerätten utvärderas efterföljande praxis på ett schablonartat sätt. Vad som t.ex. utgör "consistent practice" och "common consent" förblir därför inte riktigt klarlagt och tillämpningen är därför också schablonartad. Av förarbetena till Wienkonventionen framgår emellertid att implicita samtycken krävs för att etablera folkrättslig bundenhet inom regimens ram och att parterna som helhet skall ha samtyckt till modifikationen. Tysta överenskommelser/samtycken eller implicita samtycken är en indikation på att voluntaristiskt tänkande influerat ILC:s arbete men att detta tänkande inte etablerats fullt ut eftersom det i förarbetena fastslås att praxis skall vara sådan att det framgår att parterna som helhet samtycker till modifikationen. Denna konstruktion är

inspirerad av sedvanerättsligt tänkande. I teorin kan denna icke sedvanerättsliga utveckling framkalla en sedvanerättslig effekt i praktiken. Detta gäller framför allt globala traktater som FN-stadgan som är ett uttryck för allmän folkrätt. Detta tydliggörs om följande resonemang förs. Upphör en traktat – i detta fall FN-stadgan – att gälla, inträder sedvanerätten mellan parterna dels i förhållande till den rätt som de var bundna av innan traktaten ingicks, dels i förhållande till den rätt som de var bundna av fram till traktatens upphörande.

Konceptet modifikation till följd av efterföljande praxis/sedvanerätt innehåller teoretiska brister. Dessa brister kan emellertid biläggas genom att på ett auktoritativt sätt formulera vad dessa regler utsäger. Detta har tidigare inte gjorts inom detta område. Ett försök gjordes emellertid då ILC diskuterade Wienkonventionens artikelutkast om traktaträtten. Detta mynnade ut i ett konstaterande som framfördes av kommissionens rapportör. Waldock hävdade att endast en ytlig genomgång hade gjorts för att förklara relationen mellan sedvanerätt och traktater och att ett ordentligt tag skulle behöva tas för att klargöra interaktionen mellan dessa källor.[2] Så vitt detta arbete visat har någon sådan studie aldrig företagits.

Även om konceptet informell modifikation regleras av sedvanerättsliga regler torde det vara svårt att kodifiera. Det kan inte formaliseras av den enkla anledningen att om parterna i en traktat är överens om att modifiera en bestämmelse i en traktat kan de lika gärna göra detta genom att uttryckligen avtala om ändring i enlighet med de föreskrivna bestämmelser som traktaten föreskriver. Konceptet är och kommer alltså att förbli okodifierat. Det regleras av oskriven rätt och i det avseendet fyller därför sedvanerätten fortfarande en viktig funktion. Harts teoretiska resonemang aktualiseras ånyo i detta avseende. Möjligen svarar denna sedvanerätt mot vad Hart kallat en sekundär rättsregel som reglerar primära rättsreglers uppkomst.

Avslutningsvis bör även följande nämnas. Den doktrinmässiga motsättningen som förelåg mellan den voluntaristiska och den *opinio juris*-baserade skolan som genomsyrat detta arbete har varit teoretisk. I verkligheten konstateras att ILC gör en koppling till "common consent" för att markera att praxis som utvecklas i en traktatregim måste vara sådan att det framgår att parterna som "helhet" samtycker till modifikationen. Detta resonemang är knutet till den sedvanerättsliga doktrinen och indikerar att det inte är ett rent kontraktuellt resonemang som framkallar bundenheten mellan parterna. Emellertid kan även bundenheten vid ändring av en trak-

2. YBILC 1966-I/II, s. 169.

tat anses uppkomma genom "tysta överenskommelser" mellan kontraktsparterna, en bundenhet som kan uttryckas på olika sätt och som ansluter till den voluntaristiska skolans vokabulär för att indikera att en överenskommelse föreligger mellan parterna. I detta avseende regleras därför *desuetudo* av tysta överenskommelser som dels innehåller begreppsmässiga förklaringar hämtade från den voluntaristiska skolan och dels också av sedvanerättsliga inslag.

Kapitel 10 – Summary in English

Informal modification of treaties in the light of subsequent customary international law and practice. An assessment of the "innovative" evolution of the UN Charter.

10.1 Introduction[1]

This thesis deals with the issue concerning the influence of customary international law on treaty law. The present study examines the concept of informal modification of treaties in the light of subsequent customary international law and subsequent practice that develops within a treaty regime. Its main purpose is to describe the interaction between the two most important sources of international law: custom and treaties. In this respect two objectives are set forth. The first is to examine the potential power of customary international law and what mechanisms involve informal modification of treaties. The second is to describe informal modification within a treaty regime. The results of this analysis are used to assess whether it is traditional customary law that facilitates informal modification of the UN Charter or if it is something else.

The thesis is composed of two analysing parts and one evaluating third part. Part I outlines the theoretical framework and Part II consists of an analysis of the elements of customary international law, the interrelationship between custom and treaties and an evaluation of the innovative evolution of the UN Charter. An assessment of the instances where the UN Charter has been modified without any explicit textual support in the Charter is focused upon. Doctrine describes these phenomena as "innovations". The legal status of these so-called innovations is thus analysed in the present context.

1. Jag vill tacka JK, JD Paul Lappalainen för den engelska språkgranskningen av kapitel 10.

10.2 The customary perspective and its influence on treaty law

Customary international law is overall an essential object of study in this thesis. A point of departure is that customary law can informally modify a treaty. Inversely a rule established in a treaty may become binding on a third state as customary law. This is a well-established theory and fact in the doctrine of international law. It has therefore been found necessary to undertake an in-depth study of the elements of customary international law. Notwithstanding that customary international law is one of the most frequently discussed subjects of international law it is still encapsulated in an abstract-orientated formalistic form and is therefore generally presented in an stereotyped manner. The rather unclear interrelationship between customary international law and treaties follows as a consequence of the abstract construction of customary law. Even though customary law, at times has been described as a spontaneous process, a rather formalistic approach is needed to make this source visible and heard. This is done by a rather monotonous repetition of the two elements of custom i.e., *usus* and *opinio juris*. The International Court of justice refers to the elements without explaining or defining *usus*, *opinio juris* or customary law. The formalisation of customary international law is therefore necessary in order to facilitate the description of this abstract source.

The explanation of the abstract construction of customary law and therefore need of formalisation is inherently linked to the subject matter of public international law *per se*. This is linked to the problem of describing the legal system of international law as a horizontal system in comparison to the effectiveness of the vertical structure of the national legal system. International law is, thus characterised with the help of a number of theories which particularly try to fill the gap between the constitutional structure of the national legal system and the lack of such structure in the international legal system. The doctrine of customary international law has therefore hovered between the conception that natural law is the source of customary law, and the positivist view that it results from state practice combined with a conviction of legal obligation; *opinio juris sive necessitates*.

Thus the imprecise wording of article 38(1)b in the statute of the International court of justice can be described with the doctrinal opposition which existed at the time of the drafting of the article in 1919. However, the wording of article 38(1)b may nevertheless not be as inept as it has previously been thought to be. In some cases the voluntaristic view can be de-

termined and in others, the *opinio juris*-based approach. The advantage of the voluntaristic approach is that it can explain the constitutive character of customary law. However, it cannot explain how general customary international law can bind all states. It is based on consent and in *this* context the fictitious term of tacit agreement is used to describe the binding power of custom.

The *opinio juris*-based approach had in the advent of positivism, difficulties explaining how customary law was established since the latter had to be consistent with prevailing international law. It could, however, explain how practice was transformed into customary law and how acquiescence could explain the binding power of general customary international law. The voluntarist-approach is contractual and the *opinio juris*-based approach, consensual. The adherents of the *opinio juris*-based approach managed, however, to logically reason past the circular paradox by claiming that a development *contra legem* can lead to the formation of a new law (6.6.4). This can be done by states acting as subsequent objectors. The subsequent objector deviates from and possibly breaches or modifies, the original rule. Such deviating practice followed by subsequent objectors can, if the practice becomes generally accepted, turn the scale and reflect *lex lata*. This process of international claims and responses is gradual and dependent on the positive reactions of other states or their tacit acceptance – acquiescence.

The view that rules in a treaty can influence or supplement the development of customary international law as well as the opposite development can arise, is a well established fact in international law. The theoretical ground behind such interaction can be explained since customary international law and treaties have the same normative status as sources. This implies that treaties can be modified as a consequence of a new emerging rule of customary law as *lex posterior/lex specialis*.

The process of modification is described as a slow procedure where a rule gradually looses its normative status. This can occur, either because a subsequent practice develops within a treaty regime, i.e. *desuetude* or because subsequent customary law develops as *lex posterior/lex specialis*. In cases where customary law influences a provision in a treaty the clearest evidence that a provision has been replaced is to be found in statements. In the absence of such statements the clearest evidence is to be found in practice. This indicates that the new provision is applied by the parties to the treaty. This is theoretically possible since the parties to the treaty are in disposition of the contents of the treaty and thus decide when a provision shall be replaced by a new provision. *Usus*, by itself, is therefore enough to

influence the parties to replace a provision in a treaty. However, evidence of *opinio juris* has to be provided, indicating that it is what the parties intend to do. Such practice is only binding *inter partes*. It can, however, become binding on third states after the rule has crystallised into customary international law.

On the other hand, if *opinio juris* is established outside the treaty regime the parties to the treaty can replace a provision by *desuetude*. This is facilitated by *opinio juris* since this is the common denominator which is also found in *desuetude*. The interaction is facilitated by tacit agreement between the parties to the treaty.

It is argued that both the voluntaristic and the *opinio juris*-based approach play an active role in explaining the interaction between customary law and treaties.

In the case where subsequent practice develops within a treaty regime the process of modification does not involve the terminology found to describe special customary law. The terminology used in this case is found in the discussion by the ILC discussing draft article 38 to the Vienna Convention on the Law of Treaties. "Tacit acceptance", "consistent practice" and "common consent" were the necessary denominators in order to modify a conventional rule by subsequent practice that had developed within the treaty regime. In this context *desuetude* is the term used to describe how a change in *opinio juris* can lead to a modification or a abrogation. Not every party is needed to fulfil the criteria of "common consent" but the practice has to be such that it evidences that the parties "as a whole" by tacit acceptance have agreed to the modification. A continuos non-application over a substantial period of time combined with *opinio juris* can make a provision fall into *desuetude* or modify the same.

In the case where subsequent customary law influences a provision in a treaty regime the process of modification is described with the characteristics associated with customary law. This process is facilitated because subsequent customary practice develops *lex posterior/lex specialis. Usus* accompanied by *opinio juris* (tacit or explicit) are necessary ingredients to establish customary law. Thus, states can act as "persistent objectors" as a consequence of these customary characteristics.

The parties to a treaty may for various reasons prefer to use a customary rule rather than a contractual/treaty provision. This is also facilitated by tacit acceptance. This was for instance the case when Spain signed the fisheries agreement with the EC. This agreement provided better fisheries conditions than a previous agreement that was still in force at the time of the

signing of the new agreement but was explained to have been abrogated by *desuetude*.

The possibility to modify a treaty by subsequent customary law is an established fact in the doctrine of international law. This was confirmed in 1975 in the *Continental Shelf Arbitration*, between the UK and France. Another example is how the 1958 Geneva Convention on the Law of the Sea was modified by some new customary provisions emerging from the 1982 UN Conference on the Law of the Sea which represented the progressive developments of international law.

A subsequent customary rule may be established outside the treaty regime but does not have to influence the provisions in the regime if not the parties to the treaty decide not to apply the customary provision *inter partes* or between a state not a party to the treaty. It is only when applied that a customary provision can modify a treaty provision. This is, however, conditional as long as the customary rule is not identical with the treaty provision. The new provision is binding between the parties to the treaty since it is being applied instead of the previous provision. Third states are bound by the customary international rule so long as they do not act as "persistent objectors".

If a subsequent practice within a treaty regime is recognized as such and has become binding by "common consent" it can either be considered to have modified a previous provision or interpreted in the same manner. If the subsequent practice develops *sub lege* i.e. within the interpretative radius of the treaty provision (or treaty) it is a question of interpretation of the provision in accordance with the provisions set forth in article 31(3)b of the Vienna Convention on the Law of Treaties. If the subsequent practice develops *contra legem* and falls outside of the interpretative radius of the provision (or treaty) the provision is modified. However, the practice in question has to be "consistent" and reflect a "common consent" among the parties that it is what they want to do. If these conditions are being met, the modification procedure is described as a *de facto*-modification. A *de facto* modification of a provision has the same legal status as a formally undertaken amendment provided for in a treaty.

The draft article on informal modification was not included in the VCLT. The ILC expressly justified deletion of the provision by referring to the comlpexity of the relationship between customary law and treaty law and that it fell beyond the scope of the convention on the law of treaties. However, the commission made clear that desuetudo still was a valid concept and that that the VCLT provids that customary international law remains valid regarding provisions that are not provided for in the conven-

tion. The principle of informal modification was not called in question and the concept thus exists as customary law.

10.3 Summing up the terminology

Informal modification implies that a tretay-or a provision within a tretay-is changed without following the prescribed general provisions regarding formal modification of treaties. A *de-facto* modification implies that the process of informall modification has acquired permanent permanency. This *de facto* modification has the same legal status as a formally accepted amendment.

A summing up the terminology used to describe informal modification that till now has been used, indicates that treaties can be modified informally in the following ways.

(i) By customary law that develops *lex poserior* or *lex specialis*.
(ii) By practice that develops within a treaty regime. This can be done in the following manner:

However, not all practice that develops within a treaty regim creats informal modification. The following two cases can be distinguished.

Practice develops *contra legem*	Informall modification, that can give rise to *de facto* modification.
Practice develops *sub lege*	Does not give rise to modification – it is a question of *interpretation*, VCLT art. 31.

Some further clarifications

The legal technical term that generally is used to describe informal modification of treaties is desuetude. The term is used *mutatis mutandis* in legal doctrine to describe either a passive procedure that leads to the non use of a provision or a procedure that may lead to a modification of a provision.

Thus, practice that develops within a treaty regime (ii) does not necessarily lead to informal modification. It can either be a question of desuetude or interpretation that develops *sub lege*. Desuetude is created by a lapse of a provison in a treaty because of a continous non-application accompanied by *opinio juris*. If practice, however, develops *contra legem* within a regime (ii) a *de facto* modification may occure.

The law creating process that develops within (ii) is not described with the terminology that is used to describe the law creating process of customary law. The elements used to describe this process are a *consisten practice* and the *common consent* of the parties. If these requirements are met a *de facto* modification may occur. The treaty is, as a result, modified by means of *tacit agreement.*

In the case where a regime is influenced in the light of new customary law (i) the law creating process of informal modification follows the same procedure as in (ii). A consisten practice and a common consent has to be established within (ii). In this case too the treaty, as a result, is modified by means of *tacit agreement.*

10.4 Un Charter "innovations" and the present missconception

In the study of the UN Charter it is found that the Charter at numerous occasions has been interpreted in an "innovative" fashion. These "innovations" were facilitated because of the so-called "compétence de la compétence" that enables the various organs of the organisation to interpret such parts of the Charter as are applicable to their particular functions. This in combination with the fact that the Charter is also seen as a living instrument with constitutional features, partly seen as a dynamic treaty-regime and partly also as an organisation holding implied powers, increases the flexibility of the Charter. Also the indisputable fact that there is no "custodian of the Charter" capable to make a binding decision where doubts arise as to whether or not a certain measure complies with its provisions, increases, even more, the flexibility of the Charter.

An often recurring, but erroneous view is that it is customary law that enhances the "innovative" evolution of the Charter. The identification of the so-called "innovations" show, however, that they could be brought about in three different manners distinct from customary law. These methods are, interpretation, *desuetude* or by establishing supplementary agreements. The distinction between interpretation and *desuetude* is often blurred but it is distinct. An interpretation of a subsequent practice that is being developed within the interpretative radius of a provision of a treaty does only interpret the provision *sub lege* and does not lead to any modification of the provision. If the interpretation falls outside the interpretative radius of the provision it can lead to *desuetude.* If the interpretation is *contra legem* a *de facto* modification may occur.

The specific assessment of the UN Charter showed, however, that in only very few occasions had a practice been interpreted *contra legem*. In most cases a *sub lege* interpretation had been carried out.

In only one case had a *de facto* modification occurred. That was the case with the subsequent practice that had evolved within the Charter which enabled the Security Council to adopt non-procedural resolutions despite the abstention of permanent members (article 27(3)). This *de facto* modification had affected the provisions material as well as the Charters procedural contents. It was considered to be as legally binding as a formally undertaken amendment in accordance with article 108. This was also the case, *mutatis mutandis*, regarding absence from meetings of the Security Council (8.4.2).

"Uniting for Peace" actions were seen as "innovations". In those cases where "Uniting for Peace" resolutions were applied it was found that *ad hoc*-like interpretations *contra legem* were made. These interpretations can, however, not be considered to be *de facto*-like because the articles in question (articles 11(2) and 12) are still being applied according to their wording. They were therefore classified as temporary informal modifications that are interpreted *contra legem* and triggered every time "Uniting for Peace" is applied (8.4.3).

It was found that the establishment of the War Crimes Tribunal for the former Yugoslavia was classified as an "innovation". The classification was due to the fact that the Security Council for the first time classified the humanitarian situation in the former Yugoslavia to constitute a threat to international peace and security. It was, however, found that the Security Councils action to act within chapter VII could not be classified as *contra legem* but rather as a *sub lege* interpretation. This was motivated even though article 41 in the Charter does not expressly give the Council the authority to lay down criminal responsibility for individuals. There is however room for such interpretation within the interpretative frame of article 24(1) that gives the Security Council authority to act within its primary responsibility (8.4.4).

In the case of the devastating terrorist attacks against the World Trade Centre in New York and the Pentagon in Washington D.C. it was found that the Security Councils actions were in accordance with the said provisions of the Charter. Since there is no "custodian of the Charter" capable to make a binding decision where doubts arise as to whether or not a certain measure complies with its provisions set forth in the Charter, the organs of the UN can extend the interpretation of some terms. This is the case with the Security Councils interpretation of the term "armed attack"

found in article 51. This interpretation comprise terrorist attacks against states which is a new interpretation of article 2:4 which makes reference to armed attacks between states. This interpretation occurred because the Security Council unanimously adopted two resolutions with new measures to combat terrorism and which place gross terrorist attack on an equal footing as an armed attack against another state. This is *per se* an "innovation". The resolutions can be said to have commenced a process of expressed or implied claims and responses that may reflect the international community"s *opinio juris*. The Security Councils evolutionary interpretation of the term "armed attack" does not conflict with the provisions set forth in the Charter. It is an interpretation *sub lege* that has taken into account the specific circumstances at the time of the adoption of the resolutions (8.4.5). In connection to the evoltionary interpretation of the term "armed attac" a possible developmet *contra legem* was discussed in relation to "anticipatory self-defence". If a possible development *contra legem* was in the fore to develop in this area it had to be directly linked to the terrorist attacks of September 11 in New York and in Washington. It could not be extended for anticipatory attacks from Iran, Irak and North Korea. International law treats anticipatory self-defence in a restrictive fashion since it has a potential to create negative precedence. If anticipatory self-defence eventually will develop *conta legem* it has to be historically linked to the same kind of terrorist attacks that hit New York and Washington. The repetition and the reaction of the international community has then to be echoed in the same way as during and after the attacks on New York and Washington.

In the case of the war in Kuwait the "innovation" was explained to have occurred by *desuetude*. Like in the case of "Uniting for Peace" some articles have not been applied (article 43) which has caused an *ad hoc*-like interpretation *contra legem*. It is not a case of *de facto* modification since there is no established "general practice" and "common consent". It remains therefore to be seen if this "innovation" will be repeated in the future and possibly have a permanent influence/bearing on the application of the Charter (8.4.6).

The last so called "innovation" assessed in this thesis was peacekeeping operations which where seen as a distinctive innovation by the United Nations. They were created by supplementary agreements between the United Nations and those countries whose troops where considered for the agreement. These agreements where not *contra legem* developments and therefore creation of such troops did not conflict with article 103 of the UN Charter (8.4.7).

In the case of Nato's intervention in Kosovo the issue was not to assess a so called "innovation" but the question was rather whether subsequent customary international law was in the fore to develop, that permitted unauthorised humanitarian intervention. This issue was analysed in two stages.

In the first stage it was argued that humanitarian intervention with no explicit authorisation by the Security Council in accordance to article 53 was unlawful. Article 53 was read in conjunction with article 2:4. This development was in contradiction to the wording of the Charter. It was argued that it was a development *contra legem* but not *de facto*-like since it was not developed as a consistent practice nor obtained "common consent". In other words unothorised humanitarian intervention seemed to have no legal basis in existing international law.

In the second stage it was found that the docrinal discussion regarding the interpretation of the prohibition of the use of force (article 2(4)) was not based on customary law but rather on a contractual basis i.e. an interpretation of the concept within the interpretative radius of the Charter. A narrow interpretation had been made *sub lege* and there was consequently no subsequent customary law in the fore of development.

It was found that the question related to spontanious or tacit agreements as the mechanism to explain the legally binding charactere of informal modification, only differed in theory. In the case of spontanous agreements the quorum needed to take a binding decision followed the procedural provisions set forth in article 108 of the UN Charter. Tacit agreements required a rather blurred "common consent" which implied that almost all states tacit consent were needed. Since the concept of informal modification nowadays is considered to be governed by customary law and because the concept of informal modification is not likely to be codified, some kind of formalisation would be needed in order to facilitate this appearently abstract process of informal modification.

The assessment made of the "innovative" evolution of the UN Charter shows that customary law has not had any actual influence on the Charter. However, still many legal scholars believe that customary law has the potential power to informally modify a provision of the Charter. This was specifically evident in the case where abstention to vote had created a *de facto* modified with respect to the provisions set forth in the Charter (article 27(3)). However, this *de facto* modification occured because the members to the Charter had decided to apply the said provison in such a way that the provisions original meaning was altered. The provision was as thus modified by means of tacit agreement. This process was hence not

motivated by the emergence of a new rule of general customary law, but was performed within the regime of the Charter, in the cource of applying the Charter with a view to modify its provisions.

The mechanismes involved to evoke informal modification in the light of subsequent practice resembles the customary process but are distinct. The practice wich evolves within a treaty regime does not have to reflect "evidence of a general practice accepted as law", but to reflect "consistent practice" and be followed by "common consent". In the practice that develops within a regime there is no room for "persistent objectors" that can object to a rule of becoming customary law. Subsequent practice that evolves within a treaty regime is contractual and is established by tacit agreements between the parties in order to alter a provision of the treaty and is not motivated by developing a new rule of customary law. Informal modification within a treaty regime is motivated because the parties to the treaty do not wish to assemble a general conference of the United Nations for the purpose of reviewing the present Charter where the outcome may be unknown.

Numerous attempts have been made to specify the characteristics of customary law and still much is left to be done. However, little has been done to explain the mechanism that follows in the light of subsequent practice within a treaty regime. Like customary law the process of subsequent practice is abstract-orientated and therefore presented in a formalistic manner. What the confines of "consistent practice" and "common consent" really are, remain therefore unclaer. However, from the discussion held by the ILC in relation to informal modification, treaties as a result, were modified by means of tacit agreement, between the parties. Tacit agreements imply that the Commission was influenced by the voluntaristic perception. But this view was not fully formulated since it was not necessary that every party had participated actively in the practice but merely that it consented to such practice. This construction is nevertheless inspired by customary thinking. In theory the procesess of informal modification by the subsequent practice of the parties can, however, create a customary effect in reality. This is especially true, concerning constitutional treaties such as the UN Charter that in most parts reflect general customary law. This is elucidated by the fact that if a teraty is terminated – in this case the UN Charter – customary law re-emerges between the parties, both in respect to that law that was binding before the treaty was concludet, and in respect to the law that was binding between the parties at the time of the termination.

The concept of informal modification of treaties in the light of subsequent customary international law and practice is imperfect. These deficiencies can be tackeld by an authoritative formulation in order to create a structure which presently is lacking this concept. In this context an authoritative formulation has never been formalised. An attempt was made during the drafting conference of the Vienna convention on the law of treaties but it was then observed that the surface of the subject had only been scratched without really coming to grips with it.

Customary law seems therefore to make an important contribution in the area of informal modification of treaties in the light of subsequent customary international law and practice. The process of informal modification cannot be codified, simply because of the fact that if the parties to a treaty wish to modify the treaty, they might as well agree to follow the written provisions regarding amendments/modification provided for in the treaty. The concept of informal modification will therefore probably remain uncodified and thus, customary law will still contribute to this important area of international law.

Finally the following should also be mentioned. The dichotomy between the voluntaristic school of thought and the *opinio juris*-based has been described theoretically. However, in reality the ILC makes the following specification. The ILC makes a direct reference to "common consent" to indicate that practice that develops within a treaty regime has to be such that it clearly indicates that the parties "as a whole" agree to modify an agreement. This is being done to indicate that the binding force between the parties is not contractual. Nevertheless the binding force of a change in a treaty can be described with "tacit agreement" which can be expressed in different ways. The vocabulary used – tacit agreement – is inherent to the voluntaristic school of thought and indicates that an agreement has been reached between the parties. This means that implied consent and customary features regulate the composition of desuetude.

Källförteckning

I arbetet citerade artiklar och monografier

Ago, R., *Positive Law and International Law*, 51 AJIL, 1957.

Ahlin, P., (red.), *Tandlös eller Tiger, Sju Uppsater om FN*, Juristförlaget, Stockholm 1995.

Allen, C.K., *Law in the Making, sixth edition*, Oxford, Clarendon Press, 1958.

Alvarez, A., *Judging the Security Council*, 90 AJIL, 1996.

– *Positivism Regained, Nihilism Posponed*, 15 MJIL, No 3, 1994.

Akehurst, M., *Custom as a Source of International Law*, 47 BYBIL, 1974–75.

– *The Hierarchy of Sources of International Law*, 47 BYBIL, 1974–75.

– *A Modern Introduction to International Law*. Fourth edition, London, Georg Allen & Unwin (Publishers) Ltd, London, 1982.

– *Modern Introduction to International Law*. Seventh edition (Peter Malanczuk, ed.), London, Routledge 1997.

– *Amerasinghe, C.F., Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge University Press, 1996.

– *'Binding Force' Revisited*, XLIV NILR, 1997

Anand, R.P., *The International Court as a "Legislator"* IJIL, 1996.

Anners, E., *Den europeiska rätten historia 1*, Almquist & Wiksell, Stockholm 1980.

Anzilotti, D., *Cours de Droit International, Premiere Volume: Introduction-Théories Générales, Recueil Sirey*, Paris, 1929.

Arangio-Ruiz, G., *The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Resolution*, 137 RdC 1972-III.

– *The UN Declaration on Friendly Relations and the system of the Sources of International Law*, Sijthoff & Noordhoff, Alphen aan den Riijn, The Netherlands, Germantown, Maryland USA, 1979.

Asamoah, O., *The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague 1966.

Aust, A., *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press 2000.

Austin, J., *Lectures on Jurisprudence, vol, II*, London 1863.

Baker, R., *The Codification of International Law*, 5 BYBIL, 1924.

Bailey, S., and Daws, S., *The Procedure of the UN Security Council, Third Edition*, Clarendon Press, Oxford, 1998.

Barberis, J.A., *Reflexions sur la Coutume Internationale*, 36 AFDI, 1990.

- *Les résolutions des organisations internationales en tant que source du droit des gens, i Recht zwishen Umruch und Bewahrung, Festchrift für Rudolf Bernhardt, herausgegeben von Ulrich Beyerlin* et. al., Berlin, 1995.

Basdevant, J., *Règles Générales du Droit de la Paix*, 58 RdC 1936-IV.

Baxter, R., *Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law*, 41 BYBIL, 1965/66.

- *Treaties and Custom*, 129 RdC 1970-1.

Bederman, D., *The Curious Resurrection of Custom: Beach Access and Judicial Takings*, 96 Columbia Law Review, 1966, No 6.

- *Religion and the Sources of International Law in Antiquity, i Janis (ed.), The Influnece of Religion on the Devalopment of International Law*, Kluwer International, 1991.
- *Book Review, From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. By Martti Koskenniemi, Helsinki, Finland: Finnish Lawyer's Publishing Company, 1989, i 23 New York University Journal of International Law and Politics, 1990.

Bedjahoui, M., *general editor, International Law: Achievements and Prospects*, Martinus Nijhoff Publishers, 1991.

- *The New World Order and the Security Council: Testing the legality of its Acts*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1994.

Bekker, (eds.), et al, *Commentaries on World Court Decisions (1987–1996)*, Martinus Nijhoff Publishers, 1998.

Benson, P., *François Gény's Doctrine of Customary Law*, 20 Can YIL, 1982.

Bernhardt, R., *Interpretation and Implied (Tacit) Modification of Treaties. Comments on Arts. 27, 28, 29 and 38 of the ILC's 1966 Draft Articles on the Law of Treaties*, ZaöRv, 27 1967.

- *Custom and Treaty in the Law of the Sea*, 205 RdC 1987-V.
- *Customary International Law: New and Old Problems*, 19 Thesaurus Acroasuum, 1992.

Bogdan, M., *Application of Public International Law by Swedish Courts*, 63 NJIL, 1994.

- *General Principels of Law and the Problem of Lacunae in the Law of Nations*, 46 NTIR, 1977.

Bos, M., *The Recognized Manifestation of International Law, A New Theory of "Sources"*, 20 GYBIL, 1977.

- *The Hierarchy Among the Recognized Manifestations ('sources') of International Law, in: Estudios de derecho internacional. Homenaje al Profesor Miaja De La Muela*, Editorial Tecnos, Madrid, 1979.
- *The Identification of Custom in International Law*, 25 GYBIL, 1982.

Bowett, D., *Estoppel Before International Tribunals and its Relation to Acquiescence*, 33 BYBIL, 1957.

- *Treaty Revision in the Light of the Evolution of Customary International Law*, 5 AJCIL, 1993.

Blackstone, W., *Commentaries on the Laws of England*, London 1844.
Bleckmann, A., *Völkergewohnheittsrecht trotz widersprüchlicher praxis*, 36 ZaöRV, 1976.
Bleicher, S., *The Legal Significance of Re-Citation of General Assembly Resolutions,* 63 AJIL, 1969.
Blokker, N., *Is the Authorization Authorized? Power and Practice of the UN Security Council to Authorize the Use of Force by 'Coalision of the Able and Willing'*, 11 EJIL No. 3, 2000.
Blum, Y., *Eroding the United Nations Charter*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1993.
Brierly, J.L., *Le Fondement Du Caractère Obligatoire Du Droit International*, 23 RdC, 1928-III.
– *The Law of Nations, third edition*, Oxford University Press, 1942.
– *The Covenant and the Charter*, 23 BYBIL, 1946.
Briggs, H.W., *The Colombian–Peruvian Asylum Case and Proof of Customary International Law*, 45 AJIL, 1951.
– *The Law of Nations: Cases, Documents and Notes*, Stevens, London 1953.
Bring, O., *Det folkrättsliga investeringsskyddet*, Liber Förlag Stockholm 1979.
– *Dag Hammarskjöld och folkrätten*, 67 SvJT, 1982
– *FN-Stadgans folkrätt*, Norstedts Juridik, Stockholm, 1992.
– *From Suez to Kosovo: A Dynamic View of Chapters VI to VIII of the United Nations Charter*, in *Liber Amicorum* Bengt Broms, (Tupamäki, ed.), Helsinki 1999.
– En *rätt till väpnat självförsvar mot internationell terrorism?* 2 JT 2001.
Bring O./Mahmoudi S., *Sverige och folkrätten*, Norstedts Juridik, Stockholm, 1998.
Brownlie, I., *Principles of Public International Law*, fourth edition Clarendon Press, Oxford, 1990.
– *Principles of Public International Law*, fith edition, Clarendon Press, Oxford, 1998.
– *International Law and the Use of Force*, Oxford, 1963 (Reprinted 1991).
– *Basic Documents in International Law*, edited by Ian Brownlie, Clarendon Press, Oxford, 1995.
Butler, W., (ed.), *Peresetroika and International Law,* Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1990.
Byers, M., *Custom, Power, and the Power of Rules Customary International Law from an Interdisciplinary Perspective*, 17 MJIL, 1995.
– *Custom, Power, and the Power of Rules Customary International Relations and Customary International Law*, Cambridge University Press, 1999.
Caminos, H./Molitor M., *Progressive Development of International Law and the Package Deal*, 79 AJIL, 1985.

Capotorti, F., *L'extinction et la suspension des traités,* 134 RdC 1971-III.
Carty, A., *Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law,* 2 EJIL, 1991.
– *The Decay of International Law? A Reapprisal of the Limits of Legal Imagination in International Affairs*, Manchester University Press, 1986.
Carr, C./Scott, G., *Multilateral Treaties and the Environment: A Case Study in the Formation of Customary International Law*, 27 Denver Journal of International Law and Policy, 1999.
Cassese, A., *International Law In A Divided World*, Oxford University Press, 1986.
– *Ex iniuria ius oritur: Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?* 10 EJIL, 1999, No. 3.
– A *Follow-up:Forcible Humanitarian Countermeasures and Opinio Necessitatis*, 10 EJIL, 1999, No. 4.
– *International Law*, Oxford University Press, 2001.
– Cassese A./Weiler J. H. H., *Change and Stability in International Law – Making*, Berlin 1988.
Castaneda, F., *Legal Effects of United Nations Resolutions*, Columbia University Press, 1969.
– *Valeur Juridique des Résolutions des Nations Unies*, 129 RdC 1970-I.
– *La Méthodologie du Droit International Public*, RdC 43 1933-I.
Chaumont, C., *La signification du principe de specialité des organisations internationales, Mélanges offerts à Henri Rolin; Problèmes de droit des gens*, Paris: Editions A. Pedone, 1964.
– *Perspectives d'une théorie du service public à l'usage du droit international contemporain, i La technique et les principes du droit public, études en l'honneur de George Scelle, tome premier*, Paris, 1950.
– *Cours Général de Droit International Public*, 129 RdC 1970-1.
Charney; J., *Customary International Law in the Nicaragua Case Judgement on the Merits, Hague Yearbook of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1988.
The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law, 56 BYBIL, 1985.
Universal International Law, 87 AJIL, 1993.
Cheng, B., *United Nations Resolutions on Outer Space: Instant International Customary Law?*", 5 IJIL, 1965.
Studies in International Space Law, Clarendon Press, 1997.
Custom: The *Future of General Practice In a Devided World, Theory (MacDonald R.S.J. and Johnston D.M., eds.), The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston Lancaster, 1986.
Chigara, B., *Legitimacy Deficit in Custom, Ashgate*, Dartmouth, 2001.

Chodosh, H., *Neither Treaty nor Custom: The Emergance of Declarative International Law*, 26 Texas International Law Journal, 1991.
Chiu, H., *Communist China's Attitude Toward International Law*, 60 AJIL, 1966.
Colson, D., *How Persistent Must the Persistent Objector be?* 61 Washington Law Review 1986.
Conforti, *International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.
Corbett, P., *The Concent of States and the Law of Nations*, 6 BYIL, 1925.
Cotterrell, *The Sociology of Law*, London, 1992.
Danielenko, G.M., *The Theory of International Customary Law*, 31 GYIL, 1988.
- *Sources of International Law in a Changing International Community: Theory and Practice, Butler, ed., i Perestroika and International Law*, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 1990.
- *Law-Making in the International Community*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1993.

Dahl, K.N., *The Application of Successive Treaties Dealing With the Same Subject-Matter*, 17, The Indian Yearbook of International Affairs, 1974.
D´Amato, A., *Notes and Comments, The Neo-Positivist Concept of International Law*, AJIL, 1965.
- *The Concept of Special Custom in International Law*, 63 AJIL, 1969.
- (ed.), *International Law Anthology*, Anderson Publishing Company 1994.
- *The Neo-Positivist Concept of International Law*, 59 AJIL, 1965.
- *On Consensus*, 8 CanYIL, 1970.
- *The Concept of Custom in International Law*, Ithaca/New York, 1971.
- *International Law: Process and Prospect*, Transnational Publishers, Inc. New York, 1987.
- *Trashing Customary International Law*, 81 AJIL, 1987.

DeLupis, I., *The Concept of International Law*, Norstedts Juridik, Stockholm 1991.
De Vattel, E., *The Law of Nations or the Principles of Natural Law, vol 3, Translation of the edition of 1758*, by C., Fenwick, Washington, 1916.
Degan, V.D., *Customary Process in International Law*, TFYIL, 1990.
- *Unilateral Act as a Source of Particular International Law*, TFYIL, 1994.
- *General Principles of Law* (A Source of General International Law), TFYIL, 1992.
- *Unilateral Act as a Source of Particular International Law*, TFYIL, 1994.
- *Sources of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/ Boston/London, 1997.

De Visscher, C., *Aspects Récents du Droit Procédural de La Cour International de Justice*, Paris, Èditions A. Pédone, 1966.

– *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pédone, 1963.
– *La codification du droit international*, 6 RdC, 1925-1.
Delbrück, J., A *Fresh Look at Humanitarian Intervention Under the Authority of the United Nations*, 67 Indiana Law Journal, 1992.
Dias, R.W.M., *Jurisprudence, fourth edition*, London, Butterworths, 1976.
Dixit, R.K., *Amendment or Modification of Treaties*, 10 IJIL, 1970.
Donaghue, *Normative Habits, Genuine Beliefs and Evolving Law: Nicaragua and the Theory of Customary International Law*, 16 Australian Year Book of International Law, 1995.
Dupuy, R.-J., *Declaratory Law and Programmatory Law: From Revolutionary Custom to 'Soft Law', R. Akkermans et al.* (eds.), *i in Liber Röling, Declarations on Principles; A Quest for Peace,* Sijthoff, Leyden 1977.
– *Coutume sage et coutume sauvage, i Mélanges offers a Charles Rousseau*, Paris, 1974.
Droit de la mer et communauté internationale i Mélanges offerts a Paul Reuter, Le droit: unite et diversité, Éditions A. Pedone, Paris, 1981.
Dworkin, R., *Taking Rights Seriously, New Impression with a Reply to Critics,* Cambridge Mass., Harvard Univetsity Press, 1977.
Eek, H., *Undervisning och forskning i internationell rätt*, NTIR, 1969.
– *Folkrätten*, Fjärde upplagan., Norstedts, Stockholm, 1987.
Elias, O, *The Nature of the Subjective Element in Customary International Law*, 44 ICLQ, 1995.
Elias, T.O., *Modern sources of international law, i Transnational Law in a Changing Society, Essays in honor of Philip C. Jessup*. Edited by W., Friedmann, L., Henkin and O., Lissitzyn, Columbia University Press, New York/ London, 1972.
– *The Modern Law of Treaties*, 1974.
Elias, T.O./Lim C., *General Principles of Law Soft Law and the Identification of International Law*, 28 NYIL, 1997.
Engel, S., *Procedures for the de facto Revision of the Charter*, 59 PASIL, 1965.
– *"Living" International Constitutions and the World Court* (The Subsequent Practice of the International Organs under their Constituent Instruments, 16, ICLQ, 1967.
Engel, S./Métall, R., *Law, State and International Legal Order, essays in honor of Hans Kelsen*, The University of Tennessee Press, Knoxville, 1964.
Falk, R., *International Legal Order: Alwyn v. Freeman vs. Myres S. McDougal*, 59 AJIL, 1965.
– *On the Quasi-Legislative Competence of the General Assembly*, 60 AJIL, 1966.
– *The New States and International Legal Order*, 118 RdC, 1966-II.
– *New Approaches to the Study of International Law*, 61 AJIL, 1967.
– *Legal Order in a Violent World*, Princeton University Press, 1968

– *The Status of Law in International Society*, Princeton University Press, 1970.
Fassbender, B., *The United Nations Charter As Constitution of the International Community*, 36 Columbia Journal of Transnational Law, No 3, 1988.
– *UN Security Council Reform and the Right of Veto: A Constitutional Perspective*, Kluwer Law International, The Hague, 1998.
Ferrari-Bravo, L., Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des états, 192 RdC, 1985-III.
Finch, H., *The Sources of Modern International Law*, Carnegie Endowment for International Peace, 1937.
Finch, J., *Introduction to Legal Theory*, Sweet & Maxwell, 1970.
Fidler, D., *Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law*, 39 GYIL, 1966.
Fitzmaurice, G., *The Law and Procedure of the International Law of Justice: International Organizations and Tribunals*, 29 BYBIL, 1952.
– *The General Principles of Internationa Law, Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, 92 RdC, 1957-III.
– *Vae Victis or Woe to the Negotiator*!, 65 AJIL, 1971.
– *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Casmbridge, Grotius Publications Limited 1986.
Fletcher, Basic Concepts of Legal Thought, Oxford University Press, 1996.
Fox, (ed.), *The Chaning Constitution of the United Nations, British Institute of International and Comparative Law*, London, 1997.
Franck, T., *The "Power of Appreciation": Who Is the Ultimate Guardian of the UN*, 86 AJIL, 1992.
– *Some Observations on the ICJ's Procedural and Substantive Innovations*, 81 AJIL, 1987.
– *Fairness in International Law*, Oxford University Press, 1995.
Friedmann, W., *The Changing Structure of International Law*, London, 1964.
– *Law and Politics in the Vietnamese War: A Comment*, 61 AJIL, 1967.
– *Legal Theory*, fourth edition, Stevens & Sons Limited, London, 1960.
– *Legal Theory*, fifth edition, Stevens & Sons, London, 1967.
Gény, F., *Methode d'Interpretation et Sources en Droit Privé Positif*, Second Edition, Paris, 1954.
Gihl, T., *Internationell lagstiftning*, Uppsala, 1938.
– *Huvuddragen av den Allmänna folkrätten*, Stockholm, 1956.
– *The Legal Charactere of Sources of Law*, 1. Scandinavian Studies in Law, 1957.
Giraud, E., *La Revision de la Charte des Nations Unies*, 90 RdC, 1956-II.
Goodrich, L./Hambro E., *Charter of the United Nations, Commentary and Documents*, second edition, London, Stevens & Sons Limited, London, 1949.

Goldsmith, J./Posner E., *Understanding the Resemblance Between Modern and Traditional Customary International Law*, 40 Virginia Journal of International Law, No 2, 2000.

Graefrath, B., *Leave to the Court What Belongs to the Court, The Libya Case*, 10 EJIL, No 2, 1993.

Gray, C., *International Law and the Use of Force*, Oxford University Press, 2000.

Green, D.W., *International Law*, third edition, Butterworts, London, 1987.

Guggenheim, P., *Les deux éléments de la coutume en Droit international La Tecnique et les Principes du Droit Public, Études en L'honneur de Georges Scelle*, Paris, 1950.

- *Contribution a l'histoire des sources du droit des gens*, 94 RdC, 1958 II.
- *L'origine de la notion de l' "opinio juris sive necessitatis" comme deuxième élément de la coutume dans l'histoire du droit de gens, i Hommage d'une Génération de Juristes au Président Basdevent*, Paris, 1960.
- *Traité de droit international public, deuxième édition*, Georg & Cie S.A., Genève, 1967.

Guest, S., (ed.), *Positivism Today*, Dartmouth, England 1996.

Hart, H., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

Haggenmacher, P., *La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale*, 90 RGDIP, 1986.

Hannikainen, L., *Peremtory Norms (Jus Cogens) In International Law*, Finnich Lawyers' Publishing Company, Helsinki, 1998

Harhoff, F., *Unauthorised Humanitarian Interbention–Armed Violence in the Name of Humanity?* 70 NJIL, 2001.

Henkin, L., *et al. Cases and Materials*, Third Edition, West Publishing Co. At.Paul Minn., 1993

- *International Law: Politics and Values*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1995.

Herndl, K., *Reflections on the Role, Functions and Procedures of the Seacurity Council of the United Nations*, 206, RdC-VI, 1987.

Hexner, E., *Teleological Interpretation of Basic Instruments of Public International Organisations, i Law, State, and International Legal Order: Essays in Honor of Hans Kelsen, Engel and Métall* (eds.), The University of Tennessee Press, Knoxville, 1964.

Higgins, R., *Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*, Oxford University Press, 1963.

- *Problems and Process*, Clarendon Press, Oxford, 1994.

Hudson, M.O., *The Prospect for Future Codification*, 26 AJIL, 1932-I.

- *The Permenent Court of International Justice*, The Macmillan Company, New York, 1934.

Jennings, R.Y., *The Identification of International Law, i International Law: Teaching and Practice*, (Bin Cheng ed.), International Law: Teaching and Practice, London, 1982.
– *Recent Developments in the International Law Commission: its Relation to the Sources of International Law*, 13 ICLQ, 1964.
Jessup, P.C., *Silence Gives Consent, 3 Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 3. 1973.
– *Parliamentary Diplomacy*, 89 RdC 1956-1.
Johnson, D., *The Effect of resolutions of the General Assembly of the United Nations*, 32 BYBIL, 1955/56.
Kaplan & Katzenbach, *The Political Foundations of International Law*, New York, 1961.
Karl, W., *Vertrag und Später Praxis im Völkerrecht, Springer Verlag*, Berlin, 1983.
Kelsen, H., *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, 14 RdC, 1926-IV.
– *Den Rena Rättsläran: dess metod och grundbegrepp*, Särtryck ur Statsvetenskaplig Tidskrift, häfte 3, Lund, 1933
– *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1945.
– *The Law of the United Nations*, Frederick A. Praeger, Publisher, New York 1950.
– *Principles of International Law*, 2 uppl (utg av Tucker), New York 1966.
– *Théorie du droit international coutumier*, 1 RITD, 1939.
Kelly, P., *The Twilight of Customary International Law*, 40 Virginia Journal of International Law, No 2, 2000.
Kennedy, D., *International Law and the Nineteenth Century: History of an Illussion*, 65 NJIL, 1996.
– The *Sources of International Law in International Law*, Martti Koskenniemi (ed.), Dartmouth, Aldershot, 1992.
Kirchner, J., *Thoughts About a Methodology of Customary International Law*, 43 Austrian Journal of Public and International Law, 1992.
Kirgis, F., *Custom on a Slading Scale*, 81 AJIL, 1987.
– *The Security Council's First Fifty Years*, 89 AJIL, 1995
Klabbers, J., *The Redundancy of Soft Law, 65 Nordic Journal of International Law,* 1996.
– *The Concept of Treaty in International Law*, Kluwer Law International, The Hague, 1996.
Koh, H.H., *Why Do Nations Obey International Law*, 106 The Yale Law Journal, No., 8 1997.
Kontou, N., *The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994.

Kopelmanas, L., *Custom as a Means of the Creation of International Law*, 18 BYBIL, 1937.
Koskenniemi, M., *From Apology to Utopia The Structure of International Legal Argument*, Finnish Lawyers' Publishing Company, Helsinki, 1989.
- *The Normative Force of Habit; International Custom and Social Theory*, TFYIL 1990.
- (ed.) *International Law*, Dartmouth, Aldershot, 1992.
- (ed.), *Sources of International Law*, Ashgate, Dartmouth, Aldershot, 2000.
- *The Police in the Temple Order, Justice and the UN*: A Dialectical View, 6 EJILl, 6 No. 3, 1995.

Krökel, *Die Bindungswirkung von Resolutionen des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen Gegenüber Mitgliedstaaten*, Berlin, 1976.
Kuntz, J., *The Nature of Customary International Law*, 47 AJIL, 1953.
Lang, *Le Plateu Continental de la Mer du Nord*. Arêt de la Cour Internationale de Justice 20 Février 1969, Paris, 1970.
Laurd, *A History of the United Nations*, Vol., 1, *The Years of Western Domination 1945-1955*, The Macmilliam Press ltd, 1982.
Lauterpact, E., *Aspects of Administration of International Justice*, Grotius Publications Limited, 1991.
Lauterpacht, E., *The Waning of the Requirement of Consent*, PASIL, 1991.
- *The Development of the Law of International Organisations by the Decisions of International Tribunals*, 151 RdC, 1976-IV.
- *International Law Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, edited by E. Lauterpacht, vol. 1, General Works, Cambridge University Press Cambridge, 1970.
- *Règles générales du droit de la paix*, 62 RdC, 1927-IV.
- *Codification and Development of International Law*, 49 AJIL, 1955.
- *The Development of International Law by the International Court*, London, 1958.

Laylin, J.G., *Emerging Customary Law of the Sea*, International Lawyer 10, 1976.
Lillich, R., *The Growing Importance of Customary International Human Rights Law*, 25 the Georgia Journal of International and Comparative Law, 1995.
Linderfalk, U., *Om tolkninga av traktater*, Lund, 2001.
Lee, R., *Rule-making in the United Nations: Opinio Communitatis*, 27, New York University Journal of International Law and Politics, 1995
Le Fur, L., *Règles génèrales du droit de la paix*, 54 RdC, 1935-IV.
Lobo De Souza, I.M., *The Role of State Consent in the Customary Process*, 44 ICLQ, 1995.
Lowe, V./Fitzmaurice, M., (eds)., *Fifty Years of the International Court of Justice, Essays in Honor of Sir Robert Jennings*, Cambridge University Press, 1996.

Lysén, G., *Europas Grundlag, Europakonventionen om mänskliga rättigheter*, 2 uppl., Iustus Förlag, 1993.
– *Folkrättsligt ansvar. En studie av EG/EU och dess medlemsstater.* Iustus Förlag, Uppsala 2002.
Magnell, V., *Rättskällebegreppet – i sökandet efter en modell att analysera olika rättssystems rättskällor*, Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, Stockholm, 1996.
Marín-Bosch, *Votes in the UN General Assembly*, Kluwer Law International, 1998.
Makarczyk, ed., *Theory of International Law at the 21st Century Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, Kluwer International 1996.
McDougal, M., *International Law, Power and Policy: A Contemporary Conception*, 82 RdC, 1953-1.
– *The Hydrogen Tests and the International Law of the Sea*, 49 AJIL, 1955.
– *Studies in World Public Order*, New Haven, 1987.
McDougal M.S./ Lasswell H.D., *Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order*, Studies in World Public Order, New Haven, 1960.
McDougal, M., (et al.), *Theories about International Law*: Prologue to a Configurative Jurisprudence i 8 VJIL, 1967.
McDougal, M., et.al., *The International Law and Policy of Human Welfare*, Sijthoff & Noordhoff, 1978.
McDougal M.S./Lasswell H.D./Miller J.C., *The Interpretation of Agreements and World Public Order. Principles of Content and Procedure*, New Haven/London, 1967.
McDougal M.S./Feliciano F., *Law and Minimum World Public Order: The Legal Regulation of International Coercion*, Yale University Press, New Haven, 1961.
McDougal M.S./Laswell H.D./Chen L., *Human Rights and World Public Order The Basic Policies of an International Law of Human Dignity* Yale University Press, New Haven/London, 1980.
MacGibbon, I, *The Scope of Acquiescence in International Law*, 31 BYBIL, 1954.
– *Customary international law and acquiescence*, 33 BYBIL, 1957.
McNair, A., *Law of Treaties*, Oxford, Clarendon, 1961.
McWhinny, E., *The Changing United Nations Constitutionalism. New Areanas and New Techniques for International Law-Making*, 5 Can YIL, 1967.
– *The World Court and the Contemporary International Law-Making Process*, Alphen aan den Rijn, 1979.
Mahmoudi, S., *Customary International Law and Transit Passage*, 20 Ocean Development and International Law, 1989.
Meijers, H., *How is International Law Made? - The stages of growth of international law and the use of its customary rules*, 9, NYBIL, 1978.

- *Reports Discussed at the Annual Meeting of the Netherlands Vereniging Voor Internationaal Recht* (Duch Branch of the International Law Association Held in Zeist on 27 April 1985, 33 Netherland International Law Review, 1986.

Mendelson, M., *The Legal Character of General Assembly Resolutions: Some Considerations of Principles in Legal Aspects of the New International Legal Economic Order*, K. Hossain (ed.), 1980.

- *The Nicaragua Case and Customary International Law*, i 26 Coexistence 1989, The non-use of force in international law, ed. Butler, W., Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1989.
- *Practice, Propaganda and Principle in International Law*, 42 Current legal problems, London, 1989.
- *The Subjective Element in Customary International Law*, 66 BYBIL, 1995.
- *The International Court of Justice and the Sources of International Law i Fifty Years of the International Court of Justice*, Essays in Honour of Sir Robert Jennings, Ed., by V. Lowe and M. Fitzmaurice, Cambridge University Press, 1996.
- *The Formation of Customary Internationsl Law*, 272 RdC, 1998.

Meron, T., *The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law*, 90 AJIL, 1996.

Morrison, F.L., *The Nicaragua Case and the Deterioration of World Order*, 81 AJIL, 1987.

Morgan, E., *Internationalization of Customary International Law: An Historical Perspective*, 12 The Yale Journal of International Law, 1987.

Mosler, H., The *International Society as a Legal Community*, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, 1980.

Mullerson, R.A., *Sources of International Law: New Tendencies in Soviet Thinking*, 83 AJIL, 1989.

Müllerson, R., *The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law, in International Law: Theory and Practice Essays in Honour of Eric Suy*, (Wellens ed.), Martinus Nijhoff Publishers 1998.

Mus, J., *Conflics Between Treaties in International Law,* 45 NILR, 1998.

Munzer, *Legal Validity*, The Hague, 1972.

Nussbaum, A., *A Concise History of The Law of Nations,* New York 1950.

Nye, Jr., J, S., *What New World Order?*, Foreign Affairs, 1992.

O'Connell, D.P., *Reflections on the State Succession Convention*, 39 ZaöRV, 1979.

Onuf, N.G., *Further Thoughts on a New Source of International Law: Professor d'Amato's* 'Manifest Intent', 65, AJIL, 1971.

The Constitution of International Society, 5 EJIL, No 1, 1994.

Oppenheim, L./Lauterpacht H., *International Law. A Treatise, vol. I – Peace, eighth edition*, London, 1995.

Parry, C., *The Sources and Evidence of International Law,* Manchester University Press, 1965.
Peczenik, A., *Vad Är Rätt?* Norstedts Juridik, Stockholm, 1995.
Pillet, A., *Revue Générale de Droit International Public*, Tome I., Paris 1894.
Pollock, F., *The Sources of International Law, Essays on International Law* from the Columbia Law Review, New York, 1965.
Pollux [pseud. För Edvard Hambro], *The Interpretation of the Charter*, 23 BYBIL, 1946.
Pound, R., *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, 25, Harvard LR, 1911–1912.
Purvis, N., *Critical Legal Studies in Public International Law*, 32 Harvard ILJ, 1991.
Quadri, R., *Cours Général de Droit International Public*, 113 RdC, 1964-III.
Rachel, S., *Dissertations on The Law of Nature and of Nations*, translated by John Pawley Bate, Washington, 1916.
Rama, Rao, T.S., *International Custom*, 19 IJIL, 1979.
Reisman, M., *Sholarly Opinions The Cult of Custom in the Late 20th Century*, 17 California Western International Law Journal, 1987.
– *The Constitutional Crisis in the United Nations*, 87 AJIL, 1993.
Reuter, P., *Droit international public.* Presses universitaires de France, 1958.
Roberts, L., *United Nations Security Council Resolution 687 and its Aftermath: The Implications for Domestic Authority and the Need for Legitimacy,* 25 New York University Journal of International Law and Politics, 1993.
Rogoff, M., *International Law in Legal Theory: The New Positivism*, 70 The University of Toledo Law Review, 1970.
Romulo, A, *Third World Soldier at the UN*, Praeger, 1987.
Ross, A, *Textbook of International Law*, London, 1947.
Rosenne, S., *The Law of Treaties*, Oceana Publications, 1970.
– *Practice and Methods of International Law*, Oceana Publications, 1984.
– *Developments in the Law of Treaties 1945–1986*, Cambridge University Press, 1989.
Rousseau, C., *La Communauté internationale. Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, 1994.
– *Droit international public, vol. 1: Introdiction et Sources*, Paris, 1970.
Ruda, J-M., *Some of the Contributions of the International Court of Justice to the Development of International Law*, 24 New York University Journal of International Law and Politics, 1991.
Russell and Muther, *A History of The United Nations Charter*, The Brooking Institution Washington, D.C., 1958.
Rytter, J.O., *Humanitarian Intervention without the Security Council: From San Francisco to Kosovo – and Beyond*, 70 NJIL, 2001.

van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Netherlands, 1983.

Salomond, J., *Jurisprudence, seventh edition*, Sweet and Maxwell, London, 1924.

Sarooshi, D., The *United Nations and the Development of the Collective Security*, Clarendon Press, Oxford, 1999.

Seyersted, F., *International Personality of Intergovernmental Organizations*: Do Their Capacities Really Depend Upon Their Constitutions, 4 IJIL, 1964.

Scelle, G., *Règles Générales du Droit de la Paix*, 46 RdC, 1933-4.

Schachter, O., *Editorial Comment, The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements*, AJIL, 1977.

– *Interpretation of the Charter in the Political Organs of the United Nations, i Law, State, and International Legal Order: Essays in Honor of Hans Kelsen*, Engel and Métall (eds.), The University of Tennessee Press, Knoxville, 1964.

Schermers, H./Blokker, N., *International Institutional Law*, Third edition, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995.

Schreuer, C., *Recommendations and the Traditionsl Sources of International Law*, 20 GYBIL, 1977.

Schwarzenberger, G., *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, vol. 1, third edition, Stevens & Sons Limited, London, 1957.

– *The Inductive Approach to International Law*, 60 Harvard LR, 1946/1947.

Séfériades, S., *Apercus sur la coutume juridique internationale et notament sur son fondament*, 43 RGDIP, 1936.

Schindler, D., *Contribution a L'étude des facteurs sociologiques et psychologiques du droit international.*

Schwelb, E., *The Amending Procedure of Constitutions of International Organisations*, 21 BYBIL, 1954.

– *Charter Review and Charter Amandments – Recent Developments*, 7 ICLQ, 1958.

– *Entry Into Force of the Amendment to Article 109 of the Charter of the United Nations*, 17 ICLQ, 1968.

– *The 1971 Amendment to Article 61 of the United Nations Charter and the Arrangements Accompanying it*, 21 ICLQ, 1972.

Schröder, M., *Amendments to and Review of the UN Charter, i Documents and reform of the United Nations*, Dartmouth, Aldershot, 1997.

Scobbie, I., *Towards the Elimination of International Law: Some Radical Scepticism About Sceptical Radicalism*, 61 BYBIL, 1991.

Simma, B., (ed)., *The Charter of the United Nations A Commentary*, Oxford University Press, 1994.

- *Amendements, i Documents on Reform of the United Nations*, (Taylor et al. eds.), Dartmouth, Aldershot, 1997.
- *NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects*, 10 EJIL 1999, No. 1.

Simmonds, N., *Juridiska principfrågor, Rättvisa gällande rätt och rättigheter*, Norstedts Juridik, Stockholm, 1994.

Sinclair, I., *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, second edition, Manchester University Press, 1984.

Singh, N., *The UN and the Development of International Law, United Nations, Divided World: The UN's Roles in International Relations*, edited by Adam Roberts and Benedict Kingsbury, Clarendon Press Oxford, 1993.

Slama, J.L., *Opinio Juris in Customary International Law*, 15 Oklahoma City University Law Review, vol. 15, 1990.

Sloan, B., *The Binding Force of A "Recommendation" of the General Assembly of the United Nations*, 25 BYBIL, 1948.
- *General Assembly Resolutions Revisited* (Forty Years Later), 58 BYBIL, 1987.
- *The United Nations Charter as a Constitution*, 1 Pace Yearbook of International Law, 1989
- *United Nations General Assembly Resolutions in Our Chaning World,* Ardsley-on-Hudson, New York, 1991.

Snyder, F./Surakiart S., (eds.), *Third World Attitudes Toward International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1987.

Slaughter Burley, A-M., *International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda*, 87 AJIL, 1993.

Slomanson, W., *Fundamental Perspectives on International Law*, West Publishing Company, 1990.

Slouka, Z., *International Custom and the Continental Shelf*, Martinus Nijhoff, 1968.

Sohn, L.B., *Expulsion or Forced Withdrawal from an International Organization*, 77 Harvard LR, 1964.
- *Enhancing the Role of the General Assembly of the United Nations in Crystallizing International Law in Theory of International Law at the 21st Century, Essays in Honour of K., Skubiszewski*, Kluwer International, 1996.
- *Important Improvments in the Functioning of the Principal Organs of the United Nations That can be Made Without Charter Revision*, 91 AJIL, 1997

Sonnenfeld, R., *Resolutions of the United Nations Security Council*, Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

Skubiszewski, K., *Resolutions of International Organizations and Municipal Law*, Polish Yearbook of International Law, Wraclaw, 1968.
- *A New Source of the Law of Nations: Resolutions of International Organisations, i Recueil D'Études de Droit International*, En Hommage À Paul Guggenheim, 1968.

– *Theory of International Law at the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, Kluwer International, 1996.
Stanford, J.S., *The Vienna Convention on the Law of Treaties*. 20 University of Toronto Law Journal, 1970.
Starke, J.G., *Introduction to International Law*, London 1984, ninth edition, Butterworth, London, 1984.
Stein, T.L., *The Approach of the Different Drummer: The principle of the Persistent Objector in International Law*, 26 Harvard ILJ No. 2, 1985.
Stern, B., *La coutume au coeur du droit international queques réflexions, Mélanges offerts a Paul Reuter, Le droit international: unité et diversité*, Paris, 1981.
Strahl, I., *Idealism och realism i rättsvetenskapen*, SvJT, 1941.
Strebel, H, *Quellen des Völkerrechts als Rechtsordnung*, 36 ZaöRV, 1976.
Strupp, K., *Règles Générales Du Droit De La Paix*, RdC, 1934-1.
Strömholm, S., *Rätt, Rättskällor och Rättstillämpning en lärobok i allmän rättslära*, tredje uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 1988.
Sur, S., *La coutume international*, Libraries Techniques, Paris, 1990.
Suy, E., *Les Actes Juridiques Unilateraux en Droit International Public*, Paris, 1962.
– *Innovations in International Law-Making Process, i The International Law and Policy of Human Welfare, Ronald et al.* (eds.), Sijthoff & Noordhoff, Alphen aan den Rijn, 1978.
– *The Constitutional Character of Constituent Treaties of International Organizations and the Hierarchy of Norms, i Recht zwischen Umbruch un Bewahrung*, Festschrift für Rudolf Bernhardt, Berlin, 1995.
Sztucki, J., *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties*, Wien, 1974.
– *Reflections on International "Soft Law" i Festskrift till Lars Hjerner Studies in International Law*, Norstedts Juridik, Stockholm, 1990.
Sörensen, M., *Les Sources Du Droit International Law. Etude sur la jurisprudence de la Court permanente de justice internationale*, Copenhague 1946
– *Principes de droit international public*, 101, RdC, 1960-III
– *Le problème dit du droit intertemporal dans l'ordre international*, 55 AIDI, 1973.
Tammas, A., *Desisions of International Organs as a Source of International Law*, 94 RdC, 1958-II.
Tanzi, A., *Prospect of Revision of the UN Charter (Extract), Documents on Reform of the United Nations*, (Taylor et al. etds.), Dartmouth, Aldershot, 1997.
– *Problems of Enforcement of Decisions of the International Court of Justice and the Law of the United Nations*, 6 EJIL No. 3, 1995.
Tomushat, C., *Obligations Arising for States Without or Aginst Their Will*, 241 RdC, 1993-IV.

Trimble, P., *A Revisionist View of Customary International Law*, 33 UCLA L.Rev., 1986.
Triepel, C-H., *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, RdC, 1923-I.
Thirlway, H., *International Customary Law and Codification*, A.W. Sijthoff, Leiden 1972.
– *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 1960-1989, (Part Two), 61 BYBIL, 1990.
Tunkin, *Theory of International Law*, translated by William Butler, George Allen & Unwin Ltd, London, 1974.
– *Co-Existance and International Law*, RdC, 1958-III.
– *General Theory of Sources of International Law*, 19 IJIL, 1979.
Urquhart, B., *The United Nations, Collective Security, and International Peacekeeping, in Negotiating World Order: The Artisanship and Architecture of Global Diplomacy* (Alan K. Henrikson ed., 1986).
Van Hoof, G.J.H., *Rethinking the Sources of International Law*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Dventer/Netherlands, 1983.
Vallat, F., *The General Assembly and the Security Council of the United Nations*, 29 BYBIL, (1952).
– *The Competence of the United Nations General Assembly*, 97 RdC, 1959-II.
Vamvoukas, A., *Termination of Treaties in International Law the Doctrines of Rebus Sic Statibus and Desuetude*, Clarendon Press, 1985.
Villiger, M., Customary *International Law and Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1985.
– *Customary International Law and Treaties: A manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, Kluwer Law International, The Hague, 1997
Verdross, A., *Entstehungsweisen und geltungsgrund des universellen völkerrechtlichen gewohnenheitsrecht*, 29 ZaöRV, 1969.
Verdross, A/Simma B., *Universelles Völkerrecht Theorie und Praxis, Dritte Auflage*, Duncker & Humblot, Berlin, 1984.
Vereshetin, *New Constitutions and the Old Problem of the Relationship Between International Law and National Law*, 7 EJIL, 1996.
Verzijl, J.H.W., *International Law in Historical Perspective*, Vol 1, A.W. Sijthoff, Leyden, 1968.
– *The Permanent Court of International Justice* (1922-1940), Vol 1, A.W. Sijthoof, Leyden 1965.
Vierdag, E.W., *The Law Governing Treaty Relations Between Parties to the Vienna Convention on the Law of Treaties and States not Party to the Convention,* 76 AJIL, 1982.
– *The Time of the Conclusion of a Multilateral Treaty*: Article 30, 59 BYBIL, 1988.

Wallace, R., *International Law*, London Sweet & Maxwell, 1997.
Waldock, *General Course on Public International Law*, 106 RdC 1962-II.
– *The Legal Basis of Claims to the Continental Shelf, 36, Transactions of the Grotius Society 1950*, London, 1951.
Walden, *The Subjective Element in the Formation of Customary International Law*, 12 IsLR, 1977.
– *Customary International Law: A Jurisprudential Analysis*, 13 IsLR, 1978.
Watson, A., *An Approach to Customary Law*, University of Illinois Law Review, 1984.
Watson, J. S., *Legal Theory, Efficacy and Validity in the Development of Human Rights Norms in International Law*, 3, The University of Illinois Law Forum, 1979.
Wolfke, K., *The Privileged Position of the Great Powers in the International Court of Justice*, 56 Die Friedenswarte, No 2, 1961.
– *Custom in Present International Law*, Wroclaw, 1964.
– *Custom in Present International Law*, second edition, Kluwer, 1993.
– *Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law*, 24 NYBIL, 1993.
– *Treaties and Custom: Aspects of Interrelation, Essays on the Law of Treaties, A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*, Klabbers/Lefeber (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, 1998.
Weil, P., *Towards Relative Normativity in International Law?* AJIL, 1983-III.
Weller, *The Reality of the Emerging Universal Constitutional Order: Putting the Pieces of the Puzzle Together*, 10, Cambridge Review of International Affairs, 1997.
Winkelmann, *Bringing the Security Council into a New Era – Recent Developments in the Discussion on the Reform of the Security Council*, 1 MPYBUNL, 1997.
Williams, J.F., *Aspects of Modern International Law: An Essay*, Oxford University Press, London, 1939.
Yemin, *Legislative Powers in the U.N. and Specialized Agencies*, 1969.
Yasseen, M.K., *L'interprétation des traités d'après la Convnetion de Vienne*, 151 RdC, 1976-III.
Zacklin, R., *The Amendment of the Constitutive Instruments of the United Nations and Specialized Agencies*, Sijthoff-Leyden, 1968.
Zemanek, K., *What is "State Practice" and who Makes It?, Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Utgiven av Ulrich Beyerlin, Michael Bothe, Rainer Hofman, Ernst-Ulricht Petersmann, Berlin, 1995.
– *The Legal Foundation of the International System: General Course on Public International Law*, 266 RdC, 1997.

- *Unilateral Legal Acts Revisited, i International Law: Theory and Practice*: Essays in Honor of Eric Suy, K., Wellens (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1998.

Österdhal, I., *Threat to the Peace*, Iustus Förlag, Uppsala, 1998.

I arbetet citerade rättsfall

- The Scotia (1878) before the Supreme Court of the United States, s. 156

Permanet Court of International Justice 1923–1937

Interpretation of Greco–Turkish Agreement, Advisory Opinion of August 1926, Series B, No. 16, s. 288.
- S.S. Wimbledon Case, 17 August 1923 (PCIJ 1923, Ser. A, No. 1), s. 12, 190, 194, 234.
- S.S. Lotus Case, Judgement of 7 September 1927 (PCIJ 1927 Rep., Ser. A, No. 10), s. 126, 127, 167, 226, 233, 234.
- Jurisdiction of the European Danube Commission, Advisory Opinion of 8 December 1927, (PCIJ 1927, Ser. B, No. 14), s. 192.
- Chorzóv Factory (Jurisdiction) Case, Judgement of 26 July 1927, (PCIJ 1928, Ser. A, No. 17), s. 105.
- Serbian Loan Case (PCIJ 1929, Ser. A, No. 20), s. 106.
- Division of Water from the River Meuse Case (PCIC 1937, Ser. A/B, No. 70), s. 110.

International Court of Justice 1949–1999.

- Reparation of Injuries, Reparation of Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion of 11 April 1949, (ICJ Reports 1949), s. 108, 291.
- Corfu Channel Case, The Corfu Channel Case, Merits, Judgment of 9 April 1949, (ICJ Reports 1949), s. 105.
- Asylum Case Judgement of 29 November 1950, (ICJ Reports 1950), s. 146, 170, 190, 195, 234.
- Anglo-Norwegian Fisheries, Judgement of December 1951, (IJC Reports, 1951), s. 107, 128, 131, 160, 121.
- Genocide Case, Reservation to the Convention on Genocide 1948, Advisory Opinion of 28 May 1951, (ICJ Reports, 1951), s. 108.
- Rights of Nationals of the United States of America in Marocco Case, Judgement of 27 August 1952, (ICJReports 1952), s. 147.
- Effects of Awards of Compensation made by the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion of 13 July 1954, (ICJ Reports, 1954), s. 319.
- Nottebom Case (second phase), (Liechtenstein v. USA), Judgment of 6 April 1955, (ICJ Reports 1955), s. 234, 108.

- Voting Procedure on Questions Relating to Reports and Petitions Concerning the Territory of South-West Africa, Advisory Opinion of June 7 1955 (ICJ Reports 1955), s. 182, 292.
- Anglo Norwegian Fisheries Case (United Kingdom v. Norway), Judgment of 18 December 1951, (ICJ Reports 1951), s. 160.
- Right of the Passage Case concerning Right of Passage over Indian Territory, (India v. Portugal), Judgment on Preliminary Objections of 26 November 1957, (ICJ Reports 1957), s. 148, 190, 214, 234.
- Temple of Preah Vihéar Case, (Cambodia v. Thailand) Merits, Judgment of 15 June 1962, (ICJ Reports 1962), s. 105, 266.
- Certain Expenses Case of the United Nations, Advisory Opinion of 20 July 1962, (ICJ Reports 1962), s. 314, 337.
- South-West Africa Case, Judgment of 18 July 1966 on the Second Phase (ICJ Reports 1966), s.
- North Sea Continental Shelf Cases (Germany/Denmark and Netherlands) Judgment of 20 February 1969, (ICJ Reports 1969), s. 87, 111, 123, 124, 132, 141, 143, 168, 170, 180, 193, 194, 196, 217, 219, 234, 235, 356, 357.
- Barcelona Traction Light and Power Company, Limited (Belgien v. Spanien), Judgment of 5 February 1970, (ICJ Reports 1970), s. 22, 107, 111, 234.
- Legal Consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia (South-West Africa) notwithstanding Security Counsil Resolution 276 (1970), Advisory Opinion of June 1971, (ICJ Reports 1971), s. 267, 297, 303, 302, 311, 360.
- Application for Review of Judgment No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion of 12 July 1973, (ICJ Reports, 1973), s. 319.
- Nuclear Test Case (Australia v. France), Judgment of 20 December 1974, (ICJ Reports 1974), s. 261, 258.
- Fisheries jurisdiction Case, (U.K./Iceland) (Jurisdiction of the Court), Judgment of 2 February 1973, (ICJ Reports 1974), 111, 263, 277.
- Aegean Sea Continental Shelf Case, (Greece v. Turkey), Jurisdiction, Judgment of 19 December 1978, (ICJ Reports 1978), s. 259.
- Continental Shelf Case, (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment of 24 February 1982, (ICJ Reports 1982), s. 127.
- Gulf of Main Case, (Canada/United States of America), Judgment of 12 October 1984, (ICJ Report 1984), s. 125.
- Continental Shelf Case (Libya/Malta), Judgment of 3 June 1985, (ICJ Reports 1985), s. 110, 235, 243.

- The Nicaragua Case, Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States), Judgment of 26 November 1984, (ICJ Reports 1986), s. 87, 133, 163, 169, 171, 173, 183, 185, 191, 235, 240, 242, 263, 351, 354, 363.
- Case Concerning the frontier dispute (Burkina Faso/Republic of Mali, Judgment of 22 December 1986, (ICJ Reports 1986), s. 111.
- Nuclear Weapons – WHO Request, Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Advisory Opinion of 8 July 1996, (ICJ Reports 1996), s. 254.
- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion Requested by the General Assembly of July 8 1996, s. 180, 173, 182.
- Case Concerning the Legality of use of Force, (Yugoslavia v. Belgium), order of 2 June 1999, s. 347.

Internationella skiljedomstolar

- Yuille Shortridge and Company Claim Arbitration, (Great Britain/Portugal) Arbitral award of 8 March 1861 by the Senate of Hamburg, Lapradelle and Politis, Recueil des Arbitrages Internationaux, vol. 2 s. 105 (1954), s. 258.
- United States v. France Air Transport Service Agreement Arbitration, 38 ILR (1969), s. 269.
- UK/France Continental Shelf Arbitration, 54 ILR (1979), s. 252.
- Guinea-Bissau/Senegal Arbitration, 83 ILR (1990), s. 252.
- Island of Palmas Arbitration Case, (Netherlands/US) Permanent Court of Arbitration. Award rendered by Max Huber, single arbitrator, on 4 April 1928, 1928 U.N.R.I.A.A, vol. II, s. 252, 250.
- Rann of Kutch Arbitration 1968, 50 ILR (1968), s. 111.
- Texaco Overseas Petrolium Co. v. The Libyan Arabic Republic, 53 ILR (1977), s. 181.
- The Continental Shelf Arbitration (Frankrike/Storbritannien) ILR 54 (1979), s. 169, 263.
- Prosecutor v. Tadic´ (Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995). 35 ILM (1996), s. 320.

Citerade dokument och rapporter

Proces-Verbaux of the Proceeding of the Committee, June 16th -July 24th 1920.

YBILC, 1950-I, Summery records of the second session, 5 June-29 july 1950.

YBILC, 1950-II, Documents of the second session including the report of the Commission to the General Assembly.

YBILC, 1952-I, Documents of the fourth session including the report of the Commission to the General Assembly.

YBILC, 1952-II, Documents of the fourth session including the report of the Commission of the general Assembly
YBILC, 1964-I, Documents of the sixteenth session including the report of the Commission to the General Assembly
YBILC, 1966-II, Summary records of the eighteenth session, 4 May – 19 July 1966, Documents of the second part of the seventeenth session and of the eighteenth session including the reports of the Commission to the General assembly.
YBILC, 1976-II, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its twenty-eight Session.

Rapporter

ILA Report of the Sixty-third Conference, Warsaw, 1988.
ILA Report of the Sixty-fifth Conference, Cairo, Egypt, 1992.
ILA Report of the Sixty-seventh Conference, Helsinki, 1996.
ILA Report of the Sixty-eight Conference, Taipei, 1998.
ILA Report of the Sixty-ninth Conference, London 25-29th July 2000.

Institute de Droit International, Livre du Centenaire 1873–1973, Evolution et perspectives du droit international, Editions S. Karger S.A., Bâle, 1973.
Annuaire de l'Institut de Droit International, Session d'Helsinki Vol. 61-I, 1985.
Institute of International Law, The elaboration of general multilateral conventions and of non contractual instruments having a normative function or objective (13th Coimmission) Resolutions of the General Asssembly of the United Nations, Kairo, 1987.

United Nations at Forty: A Foundation to Build, United Nations, New York, 1985.
Our Global Neighbourhood: The Report of the Commission on Global Governance, 1995.
Kosovo Report, Independent International Commission on Kosovo, Oxford 2000.
Kommentar till Förenta Nationernas Stadga, Aktstycken utgivna av kungliga Utrikesdepartementet, Stockholm 1946.
Konferensen i Wien 1968 och 1969 Angående traktaträtten, den svenska delegationens slutrapport, Kungl. Utrikesdepartementet, Stockholm 1970.
Utrikesutskottets utlåtande 1999/2000:UU1u. Vissa folkrättsliga frågor.
SOU 1979:73, Krigets Lagar, folkrättsliga konventioner gällande under krig, neutralitet och occupation.

Tidningsartiklar

DN Debatt 13/2 1991, Ove Bring, "Krigsresolutioner en innovation".
DN Debatt 29/5 1999, Gustaf Lind, "Natobomberna ryms inom folkrätten"
DN Debatt, Pål Wrange, "Kosovo, folkrätten och en ny världsordning".
DN Debatt 20/10 2001, Ove Bring, "Marktrupper får inte ockupera".
DN Debatt 28/9 2001, Sverker Åström, "Regeringen är otydlig".
DN Debatt 12/2 2001, Sverker Åström, "Sluta vara USA:s transportkompani".

SVD Brännpunkt 19/9 2001, Gregor Noll, "USA utmanar folkrätten".
SVD22/9 2001, Marie Jacobsson och Pål Wrange, "Folkrätten förändras".
SVD24/10, 2001, Said Mmahmoudi, "Sverige försvagar FN".
SVD29/10, 2001, Katinka Svanberg och Diana Amnéus, "Invänta FN:s fulla stöd".

Person- och sakregister

Acheson-planen 26, 290, 310, 314
acquiescence 99, 105, 125, 128, 136, 167, 232
actus contrarius 118, 244, 358
Advisory Committe of Jurists 91
Agenda for Peace 350
aggression 118, 173
Ago, Roberto 202
Akehurst, Michael 71, 131, 134, 135, 158, 169, 191
Allen, C. K. 70, 219
allmän folkrätt 140
allmän praxis 140, 142, 200
allmänna befogenheter 311
allmänna rättsgrundsatser 93, 100, 109
allmänt samtycke 267
amerikanska rättsrealismen 51
Anzilotti, Dionisio 48, 95, 155
Arangio, Ruiz, Gaetano 174
artikulering 227
Austin, John 38, 45, 46
auto-limitation 210

Bailey, Sydney 287
Basdevant, J. 19, 95, 144
Baxter, Richard 158, 170, 193
Bergbohm, Carl 210
Bernhardt, Rudolf 116
Blackstone, Sir William 219
Blum, Yehuda 285
Bos, Maarten 68, 207
Bowett, Derek 277
Brierly, J. L. 98
Bring, Ove 95
brott mot mänskligheten 320
Brownlie, Ian 71, 86, 131, 136, 162, 189, 235, 257, 287
Byers, Michael 27, 85, 244
Bynkershoek, Cornelius van 109, 207

Caroline Case 326
Cassese, Antonio 161, 344, 348
Castanêda, Jorge 181
Cavaglieri, Amigo 48
Charles, de Vissher 96
Charney, Jonathan 134
Chaumont, Charles 291
Cheng, Bin 184, 196, 202
civilisterna 205, 219
comitas gentium 125, 200
common consent 272
compétence de la compétence 288, 295, 320, 359
contra legem 149, 232, 307
contract-treaties 86
Corbett, Percy 67, 73
courtoisie 200
Critical Legal Studies 39, 139

D'Amato, Antonio 33, 56, 61, 68, 89, 98, 99, 128, 160, 168, 218, 226, 228
Danielenko, Gennady 213
Daws, Sam 287
de Aréchaga, Jiménez 158
de Cuéllar, Pérez 353
de facto-modifikation 305, 307
de Lapradelle, Albert 101, 102
de Louter, J. 66
de Vissher, Ch. 50
Den kronologiska paradoxen 222
Descamps, baron 92, 101
desuetudo 240, 256, 257, 258
Dicke, Detlev 170
double counting 90, 184, 186, 187, 189
Draft articles on the Origin of State Responsibility 343
Duguit, Leon 41, 223
Dupuy, René-Jean 182
Durkheim, Emile 50
Dworkin, Roland 45, 62
dynamisk traktatregim 288

ECOMOG 351, 352
ECOWAS 351
Ehrlich, Eugen 50
Emergency Special Sessions 314
Engel, Salo 298
equity 81, 114
estoppel 105
etappteorier 228
evolutiv tolkning 251
ex aequo et bona 81, 109, 114
ex post facto-auktorisation 350

Fassbender, Bardo 64, 65
Feliciano, F. 53
Fitzmaurice, Gerald 55
FN-stadgan 288, 299
artikel 1 63
artikel 1(1) 339
artikel 2 63
artikel 2(1) 63, 64
artikel 2(3) 339
artikel 2(4) 63, 88, 294, 323, 326, 339, 349, 350, 354, 362, 363, 375, 376
artikel 2(7) 63, 64
artikel 4 101
artikel 7(2) 319, 322
artikel 11 312
artikel 11(2) 310, 311, 312, 314, 317, 318, 360
artikel 12 312, 313, 314, 318, 360
artikel 23 300
artikel 24 310, 323
artikel 24(1) 321, 360, 375
artikel 24(2) 311
artikel 25 319
artikel 27 299, 300, 305, 307, 359
artikel 27(1) 299
artikel 27(2) 299, 308
artikel 27(3) 294, 297, 299, 301, 302, 303, 304, 308, 315, 374, 377
artikel 29 319, 320, 322
artikel 39 318, 322, 323, 330, 360
artikel 40 325
artikel 41 318, 322, 323, 360
artikel 42 318, 323, 330, 331, 362
artikel 43 319, 325, 331, 332, 362, 375
artikel 47 331, 332
artikel 51 88, 323, 325, 326, 327, 375
artikel 52(3) 299
artikel 53 63, 285, 339, 341, 342, 354, 363
artikel 53(1) 350
artikel 94(2) 313, 314
artikel 103 63, 279, 338
artikel 105 338
artikel 106 332
artikel 108 285, 309
artikel 109 285
folkrättens källor 20, 30, 65
formella källor 69
Franck, Thomas 62, 81, 110
Friedmann, W. 41, 43
Friendly Relations-deklarationen 155, 185, 327

generalförsamlingens resolutioner 179
Gentilis 109
Gény, François 97, 218
Ghali, Boutros Boutros 342
Gihl, Torsten 66
Goodrich, Leland 287, 313
Gray, Christine 326
Gray, John Chipman 44
Gromyko, Andrei 301
Grotius, Hugo 41, 109, 206
grundnorm 46, 73
Guggenheim, Paul 202, 218, 220

Haggenmacher, Peter 95, 188, 202
Hagrup, Knut 102
Hambro, Edvard 287, 289, 313
Hart, H. L. A. 44, 47, 56, 59, 60, 61, 64, 70
Higgins, Rosalyn 75, 173
historiska skolan 217, 218, 222
Hobbes, Thomas 38
tribunaler för krigsförbrytelser 318
Holmes, Oliver Wendell 44
Huber, Max 50, 250

Hudson, Manley 95, 98, 99, 110, 157, 221, 222
humanitär intervention 339, 351, 354
humanitär rätt 319
Humphery, Waldock 268

igenkänningsregel 57
implicita befogenheter 288, 290, 291
in statu nascendi 121, 131
informell modifikation 246, 247, 248
instant customary international law 29, 90, 184, 185, 195
Institute of International Law 153, 174
intern enhetlighet 189
International Law Association 153
Internationella domstolens stadga 80
Iran-frågan 309

Jellinek, G. 210
Jennings, Robert 27, 81, 169, 193
Jessup, Philip 292
Jospin, Lionel 346
Jugoslavien 308
jus civile 207
jus cogens 25, 63, 82, 114, 116, 117, 244, 248
jus gentium 206, 207
jus voluntarium 206

kanonisk rätt 205, 219
Karl, Wolfram 273
Kelly, P. 138
Kelsen, Hans 46, 48, 59, 67, 70, 93, 96, 202, 203, 220, 223, 256, 292, 295
Kennedy, David 32
Kirgis, Fredric 122, 228
kollektiv enhetlighet 189
kollektiva ställningstaganden 166
konsensusantagna texter 165
Kontou, Nancy 244, 253, 304
Koppelmanas, Lazare 202
Korea-frågan 309
Koreakriget 26
Koskenniemi, Martti 32, 39, 54, 74, 75, 230
Kosovo 343
krigsförbrytartribunal 318
krigsförbrytelser 320
kronologiska paradoxens dilemma 222
Kunz, Joseph 191
Kuwait-krisen 330

Lasswell, Harold 51, 62
Lauterpacht, Hersch 49, 220
law-making treaty 84, 86, 87, 198, 247
levande konstitution 288
lex generalis 243
lex posterior 114, 245, 280
lex posterior derogat priori 244
lex posterior 119
lex priori 114, 115
lex specialis 114, 116, 243, 245
lex specialis ratione materia 115
lex specialis ratione personae 114
lex superior 115
Lie, Trygve 311
lokal sedvanerätt 147
Lysén, Göran 280, 294

MacGibbon, Iain 229
Mahmoudi, Said 166
Malcom, Shaw 86
materiella källor 69
McDougal, Myres 51, 52, 53, 54, 55, 62, 161, 294
McWhinney, E. 51
Meijers, H. 97, 229
Mendelson, Maurice 72, 96, 98, 122, 138, 202, 219, 236
militär aggression 325
Military Staff Committee (MSC) 331
Moore, John Norton 53
Müllerson, Rein 188

Naturrätten 39, 40, 42
nedärvda befogenheter 292
New Haven-skolan 40, 41, 51, 52, 53, 54, 126, 161
Nicaragua 88
non liquet 101, 102, 104, 112
Nordkorea 308
nöd 343
objective justice 93, 96, 210, 223, 225
Ockhams rakkniv 34

omröstning 164
Onuf, Nicholas 62, 63
Operation Provide Comfort 352
opinio juris 22, 25, 28, 35, 76, 97, 122, 124, 125, 164, 169, 171, 173, 176, 180, 196, 200, 202, 216, 229, 239, 242, 260
opinio juris communis 177
opinio necessitatis 22, 348

pacta sunt servanda 20, 60, 65, 73, 116, 118, 148, 211, 241
pacta tertiis 242, 280
Parry, Clive 67, 72, 219
partikulär sedvanerätt 144
Peace-keeping 335
Peace-Keeping Operations 26
persistent objector 25, 87, 118, 121, 130, 131, 132, 134, 136, 149, 186
Pfufendorf, Samuel 207
Phillimore 93, 103
Pillet, Alphonse 218
policy-orienterade inriktning 51
positivism 40, 42, 44, 206
Pound, Roscoe 49, 51
Pradier-Fodéré, Paul 66
praxis konsistens 191
praxis likformighet 189
praxis upprepning 192
preventivt självförsvar 327
primära regler 56
procedurfrågor 300
Puchta, Georg Friedrich 218
Pufendorf, Samuel 38, 41, 109

Rachel, Samuel 207, 208
ratifikation av traktater 169
ratione materia 245
ratione personae 246
rebus sic stantibus 245, 275, 277
rebus sic statibus 32
Rechtsubertzeugung 217
Reisman, Michael 51, 62
rena rättsläran 46
Ricci-Busatti, Arturo 93, 102
Rivier, Alphonse 218
Root, Elihu 93, 103
Rosenne, Shabtai 273, 286
Rousseau, Charles 156
Rwanda 304, 309
rättsliga avgöranden 107
rättspositivismen 43, 49
rättsrealism 44
rättssociologiska skolan 49

sakfrågor 300
sakkunniga författare 108
Salomond, John 69
Sarooshi, Danesh 321
Scelle, George 220, 221
Schermers, Henry 288
Schröder, Meinhand 297
Schwarzenberger, Georg 50, 68, 95, 107, 125, 251, 256, 257, 295
sedvanerätt 20, 22, 32, 46, 65, 68, 77, 78, 90, 121
sekundära igenkänningsregler 65
sekundära regler 57, 70
Seyersted, Finn 292
Shaw, Malcom 159
Simma, Bruno 257, 297
självförsvarsrätt 323, 329
Skubiszewski, K. 157, 175, 180, 181
skälighet 110
sliding scale 228
Sloan, Blain 292
Slouka, Zdenek 224
sociologiska skolan 49
stare decisis 81, 107
statsansvaret 343
statspraxis 19, 187
Stavropoulos, Constantin 303
Strupp, Karl 48, 155, 202, 210, 211
subsequent objector 131, 135, 149
subsidiära rättsregler 106
successiva traktater 278
Suez 316
supplementär överenskommelse 336
Sydkorea 308
särskilda befogenheter 311
Sörensen, Max 134

teleologisk tolkningsmetod 290
terrorism 323

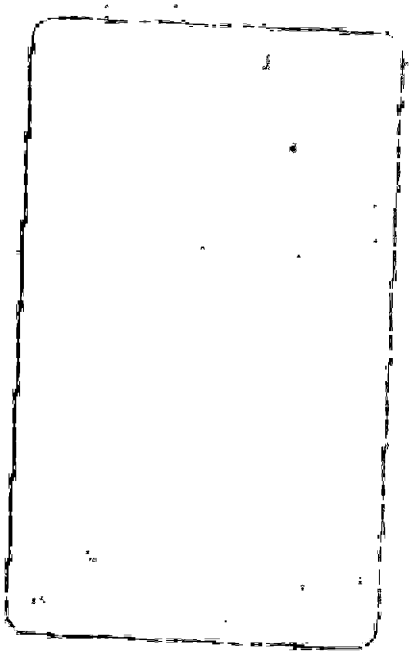
terroristresolutioner 322
Thirlway, H. W. A. 160, 201, 229, 244
tidsfaktorn 192
tidsfaktorns reducering 194
tolkningsutrymme 295
traktater 83
traktaträtt 46, 68
treaty contracts 87
Triepel, Heinrich 210, 211
Truman Proclamation 224, 230
Truman, Harry 289
Tunkin, G. 95, 137, 138, 191, 213

Undén, Östen 289
UNEF 336
United Nations Conference on International Organization 286
Uniting for Peace 26, 310, 316
universell sedvanerätt 148
UNOMIL 352
usus 154, 200
uti possidetis 111
van Hoof, G. J. H. 56
Vattel, Emer de 41, 109, 207, 208
Verdross, Alfred 43, 65, 72, 102, 224, 229, 231, 288
Veto 300
Villiger, Marke 138, 162, 193, 256, 261
Volkgeist 223
voluntaristiska skolan 30, 203
voluntaristiska uppfattningen 137
von Savigny, Carl Friedrich 222
våldsförbud 88

Walden, Raphael 61, 209, 219
Waldock, Humphrey 289
Waldocs, Humpry 201
Wallace, Rebecca 75, 158
Watson, J. S. 42
Weber, Max 50
Webster Daniel 326
Weil, Prosper 121
Wienkonvention om traktaträtten (VCLT 1969) 21
artikel 4 293
artikel 5 293
artikel 6 155
artikel 30 278, 279, 283
artikel 30(1) 279
artikel 30(3) 279
artikel 30(4) 279
artikel 30(5) 279
artikel 31
29, 249, 250, 271, 272, 273, 283, 294
artikel 31(1) 249, 293
artikel 31(2) 249
artikel 31(2)(a) 249
artikel 31(3)(a) 249
artikel 31(3)(b) 249, 272, 273
artikel 31(3)(c) 271
artikel 32 294
artikel 34 242, 279
artikel 38 242, 270
(artikelutkast 38 ILC) 268, 271, 272
artikel 39 246, 268
artikel 40 247, 278
artikel 41 247, 268, 278
artikel 42 274, 276
artikel 52 133, 349
artikel 53 25, 63, 117,133
artikel 54 275, 276
artikel 54 (b) 275
(artikelutkast 56 ILC) 268
artikel 59 279
artikel 62 133, 245, 275, 277
artikel 64 117, 118, 133, 248
(artikelutkast 68 ILC) 248, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271
artikel 73 248
(artikelutkast 73 ILC) 248, 268
Wienskolan 46, 48
Williams, Fisher 201
Wolff, Christian 207, 208
Wolfke, Karol 96, 99, 137, 160, 168, 174, 203, 213, 228, 303
world public order 52

Zacklin, Ralph 255, 296, 298, 304
Zemanek, Karl 157
Zouche, Richard 207

Östtimor 346



PER SEVASTIK

Informell modifikation av traktater till följd av ny sedvanerätt och praxis

I denna avhandling behandlas informell modifikation av traktater. Vad är det för mekanismer som ligger till grund för informell modifikation? Sedvanerätten och traktater utgör folkrättens centrala källor. De står hierarkiskt på samma nivå vilket gör att sedvanerätten kan påverka innehållet i en traktat likväl som det omvända förhållandet kan inträffa. Därför undersöks hur sedvanerätten påverkar traktater och vilka mekanismer i sedvanerätten som möjliggör detta. Vidare behandlas vad det är för mekanismer som framkallar rättsändring inom en traktatregim. Detta görs mot bakgrund av FN-stadgans s.k. innovativa utveckling. Till denna utveckling räknas bl.a. "Uniting for peace", "Peace-Keeping", inrättandet av krigsföebrytartribunaler och FN:s terroristresolutioner i samband med terroristattackerna mot World Trade Center i New York och mot Pentagon i Washington den 11 september 2001. Vad innebär dessa innovationer som till synes inte följer stadgans bokstav och hur ska de klassificeras rättsligt.

Författaren visar att om en praxis utvecklas inom en traktat kan informell modifikation uppstå under förutsättning att parterna är överens om detta. Denna praxis är distinkt från sedvanerätten men att konceptet informell modifikation till följd av efterföljande praxis regleras av sedvanerättsliga regler.

PER SEVASTIK är verksam vid Juridiska institutionen, Uppsala universitet. Han har även, som redaktör och medförfattare, på Norstedts Juridik/Kluwer International utgivit antologin *Legal Assistance to Developing Countries: Swedish Perspectives on the Rule of Law.*

ISBN 91-39-00866-5

NORSTEDTS JURIDIK AB

UPPSALA UNIVERSITETSBIBLIOTEK

16000 002052413

KUNDSERVICE.NJAB@LIBER.SE
91 90, VÄXEL 08-690 91 00
K AB, KUNDSERVICE,
DLM