

4 forskellige forståelse af folkeretten

BENÆGTERNE – FOLKERET ER IKKE RET, OG EKSISTERER DERFOR IKKE SOM ET RETSSYSTEM.

Thomas Hobbes – Alles krig mod alle – Ret findes kun i et samfund med en central magt.

- Naturlilstanden mellem stater er ikke så farlig = ikke behov for at indgå en kontrakt.
- Folkeretten kan ikke eksistere – dog mulighed for at indgå i et forbund

John Austin – Suverænteorien – Ret er en ordre fra en suveræn.

- Folkeret er ikke ret, da der ikke findes nogen suveræn, der udsteder befalinger.
- Folkeret er en påviselig form for moral – men ikke en ret.

John Bolton – Folkeretlige traktater er politiske værktøjer, og folkeret er dermed ikke ret.

- Bidrag til FN bør være frivillig, og ikke fastsat af FN.

NATURRETSTÆNKERNE – FOLKERET ER ALLEREDE GIVET IDÉER, SOM VIDENSKAB SKAL FINDE

- Folkeretten eksister enten som positiv ret eller naturret – Folkeretten eksisterer altid.

Hugo Grotius – Folkeretten fader – Folkeretten eksisterer i naturen, der har opstillet 3 forhold:

- Pligt til at afholde aftaler.
- En form for ejendomsret – Hvis i ingens besiddelse, kan man få ret over det.
- Naturlig ret til at forsvare sig og sit + sanktionere uretmæssige angreb.

Ronald Dworkin – Der eksisterer intet retligt tomrum, og dermed eksisterer folkeretten.

- Folkeretten eksisterer ikke på grund af suveræne staters samtykke – allerede givet.
- Folkeretten skal være legitimeret (Demokrati + rettigheder) og bygge på moral.

FORTALER – FOLKERET EKSISTER, DA OPFØRER SIG DOM RET PGA. KILDER, DOMSTOLE OSV.

Lasse Oppenheim – Folkeret er et selvstændigt, retligt fænomen mellem stater

- Afviser den naturretlige opfattelse af folkeretten = forældet opfattelse.
- Folkeretten er et middel til at sikre eller styrke fremtidig fred og sikkerhed.
- Folkeret gælder kun mellem civiliserede nationer.

Martin Dixon – Folkeretten eksister pga. dens forpligtende karakter og nationernes overholdelse

- Der eksister en følelse af bundethed ift. folkeretten + eksistens af domstole, retskilder osv.

KRITIKER – FOLKERET ER PROBLEMATISK, OG BRUGES TIL AT LEGITIMERE BESTEMTE INTERESSER

Anthony Anghie og Frédéric Mégret – Folkeretten er imperialistisk og ikke en allerede givet ret.

- Folkeretten er alene et værktøj til at undertrykke, ekspansion, snyde og beherske.
- Problemer med folkerettens horisontale karakter – masser af hierarki i folkeretten fx veto
- folkerettens indhold er påvirket af og sammenvævet med kolonialismen og imperialismen.

Folkerettens retskilder

ICJ-STATUTTEN ART. 38(1) – INDEHOLDER EN LISTE OVER FOLKERETTENS RETSKILDETYPER

Internationale traktater – mellemfolkelige konventioner af alm. eller særlig art, der hjemler regler, der udtrykkeligt er anerkendt af medlemsstaterne.

- Pacta Sunt Servanda, jf. WKT art. 26 – Indgåede traktater er bindende og skal overholdes

Internationale retssædvaner – En retssædvane kræver → Gælder for ALLE stater (også nye)

- En praksis mellem staterne
- En opfattelse af bundethed mellem staterne (opinio juris)

Generelle principper – Kan enten være af folkeretlig eller national retligt karakter.

- Skal være anerkendt i og af civiliserede nationer fx Pacta sunt servanda og culpa.

Retspraksis – Omfatter retsafgørelser fra ICJ, andre internationale domstole, nationale domstole og voldgiftsretter + advisory opinions.

- Kan alene benyttes som hjælpemidler – subsidiære ift. de øvrige retskilder.

ICJ-STATUTTEN ART. 38(2) – INDDRAGE OVERVEJELSER OM RET OG RIMELIGHED

ICJ skal tage overvejelser om ret og rimelig (aequo et bono) ved afgørelser, hvis parterne er enige herom – Forudsætter en konkret vurdering af konkret sag omstændigheder.

- Domstolen baseret sine afgørelser på rimelighed, jf. Continental Shelf, 1982.

NORMATIVT HIERARKI I FOLKERETTEN

Udgangspunkt – Der eksisterer intet hierarki mellem folkerettens retskilder.

- U1 – ICJ-statuttens art. 38 angivelser af primære og subsidiære retskilder
- U2 – Jus Cogens (tvingende ret) går forud for ALT andet folkeret, jf. WKT art. 53.
- U3 – FN-pagtens pligter har forrang for andre traktatforpligtelser, jf. **FN-pagtens art. 103**
- U4 – FN's retssædvaner har forrang for andre retssædvaner – udledt af overstående.

International retssædvaner – primær retskilde

- Stater er ALTID bundet af folkeretlig sædvane.
- Emerging rules of international law – altså regler der endnu ikke opfylder kravene til regler.

BETINGELSER FOR EN FOLKERETLIG RETSSÆDVANE DANNELSE, JF. ICJ-STATUTTEN ART. 38(1)(B)

- Udtryk for en general, gældende og længe fulgt praksis mellem stater (objektive element)
- Anerkendt som retsregel og følelse af bundethed (subjektivt element) – opinio juris

OK at "oprette" anden praksis end den generelle fulgte – så længe ikke i strid med jus cogens.

Almindelig praksis – betyder ikke ALLE staters accept og dannelse af denne.

- North Sea Continental Shelf Sagen – krav om uniform og omfattende praksis.
- Nicaragua v USA sagen – Afvigelser fra sædvane er enten retsbrud eller ny sædvane.
- Ved tilbagetrædelse af en traktat = bundet af retssædvane skabt af traktaten.

Enkeltstående hændelser – Som UP ikke nok til at danne retssædvane – dog kan ekstraordinære enkeltstående hændelser evt. godt danne grundlag for en retssædvane.

- Fx invasion af Irak pga. terrorangreb – i strid med FN-pagten, da ikke stat med organisation

Anerkendt som retsregel – Det stilles krav om, at sædvanen opfattes som forpligtende.

- Most affected states tillægges større betydning, jf. North Sea Continental Shelf Sag.

INTERNATIONALE DOMSTOLE ROLLE IFT. FOLKERETLIG SÆDVANER

Internationale domstole og tribunaler fx ICJ, har kompetence til:

- identificere & fastslå indholdet af sædvaneretlige norm på baggrund af staternes praksis,
- fastlægge overordnede regler for, hvordan sædvaneretlige regler skal bestemmes.

Prosecutor vs. Dusko Tadic sagen – Interne væbnede konflikter er omfattet af folkeretten og ICC

FASTLÆGGELSE AF RETSSÆDVANER – KAN IDENTIFICERES UD FRA FORSKELLIGE RETSKILDER:

- Staternes praksis og opinio juris.
- Traktater fx kodifikationer af retssædvaner eller anvendelse af traktat som sædvane
- Judicielle organer.
- Soft law – altså ikke retligt bindende vedtagelser for stater – opnår bindende karakter.
- Den juridiske litteratur

UNIVERSALITET OG "PERSISTENT OBJECTORS"

Udgangspunkt – International sædvaneret er universalt og binder ALLE stater

- **U1 – Persistent objector** – længerevarende forbehold mod folkeretlig sædvane.

Territorium og Suverænitet

- FN hviler på principper om staternes suverænitet og lighed, jf. FN-pagtens art. 2, stk. 1.

SUVERÆNITETS INDHOLD – POLITISK OG JURIDISK INDHOLD:

- Juridisk – Stater har jurisdiktion over deres territorium – kan lovgive, håndhæve og dømme
- Politisk – Krav på respekt for staters politiske og økonomiske uafhængighed og integritet.

TERRITORIAL SUVERÆNITET – SAMMENHÆNG MELLEM STAT, SUVERÆNITET OG TERRITORIUM

- territorium = forudsætning for en stats eksistens – en stat er suveræn i sit territorium
- En stat har ingen myndighed hos en anden stat (Pars in parem non habet imperium)

Territorialhøjhedens grundsætning – absolut jurisdiktion inden for dets territorium (luft, hav, sø)

- Ikke omfattet = det ydre rum + det åbne hav → Common heritage of mankind

AFGRÆNSNING AF TERRITORIUM – ADKOMST TIL TERRITORIUM

- En stats territorium omfatter land-, sø- og luft territorium – de sidste 2 er udledt af land.

Effektiv og fredelig kontrol – over et område medfører opnåelse af adkomst til et territorium

- Effektiv kontrol er ikke nødvendigt, men der tillægges stor vægt, jf. Frontier Dispute
- Krav om faktiske statsbeføjelser inden for territoriet + vilje til at være suveræn.

Terra nullius (Ingen ejer området) – kan bemægtiget og gøres til en stats adkomst

- Krav – vilje til at være suveræn og effektiv udøvelse af kontrol, jf. Eastern Greenland.
- Opgivelse af område vil give området status af terra nullius, jf. Eastern Greenland.
- Terra nullius kan ikke bemægtiges, hvis styrker en stats position i aktuel tvist.

Hævd – Overtagelse af adkomst fra en anden stat gennem besiddelse, jf. Island of Palams

- Kun hvis ingen protest herom – forbud mod annektering/Erobring
- 20 års besiddelse er ikke nok, jf. Land and Maritime Boundary 1992

Tilvækst – Opnåelse af adkomst ved tilvækst af nyt territorium fx vulkanudbrud

- Naturlige eller kunstig tilvækst inden for en stats havretlige zoner tilkommer staten.
- Skelner mellem gradvis ændring (ny adkomst) og pludselig ændringer (samme adkomst)

Overdragelse – Overdragelse af territoriet fra en stat til en anden er OK.

- Skal ske på udtrykkeligt grundlag – dog mulighed for stiltiende samtykke.
- Skal ske 100% frivilligt og overholde magtanvendelsesforbuddet, jf. FN-pagtens art. 2, stk. 4

Selvbestemmelse – retten til selvbestemmelse kan medføre, at et folk kan opnå adkomst

Erobring/annektering – kan IKKE medføre opnåelse af adkomst til et område, jf. Res 2625(XXV)

- Forbud magtanvendelse, jf. FN-pagtens art. 2, stk. 4 – også selvom lovlig magtanvendelse.