

KANDIDAT

539

PRØVE

JUS2006 1 Norske og internasjonale rettslige institusjoner

Emnekode	JUS2006
Vurderingsform	Skriflig eksamen
Starttid	13.01.2020 08:00
Sluttid	13.01.2020 14:00
Sensurfrist	03.02.2020 22:59
PDF opprettet	16.01.2020 11:33

Det vesentligste i sensorbegrunnelsen: Både oppgave 1 og 2 ble ansett å ligge midt på B-nivå. Besvarelsen viser god oversikt over mye av de materielle læringskravene til emnet, både når det gjelder institusjoner og rettskilder. Besvarelsen fikk gjennomgående kritikk av sensor for manglende selvstendig analyse av hensyn, fordeler og ulemper.

I oppgave 1 fokuserte kandidaten på kompetansene til de ulike institusjonene. Dette er et godt utgangspunkt. Teksten viser tydelig hvor institusjonene stammer fra og hva deres oppgaver er. Til oppgave 1 manglet det likevel en vurdering av hensyn bak de ulike oppgavene til institusjonene, og det var dette som trakk ned mest. Enkelte steder var det også en mangelfull sammenlikning, som var oppgavens hovedspørsmål. Det var spesielt positivt at institusjonenes

kompetanser var tydelig forankret, og at underoverskrifter ble brukt for å gi en tydelig struktur.

Oppgave 2 var gjennomgående ryddig gjennomført, men manglet særlig dybde. Kandidaten så ikke ut til å gå i detalj om funksjonen av sedvanerett. Det var et uheldig valg å drøfte fordeler og ulemper i to isolerte underoverskrifter, i stedet for som en samlet avsluttende vurdering. Dette bidro til å gi oppgaven et overfladisk preg, som trakk ned. At det løpende ble vist til flere avgjørelser fra ICJ, og hvilke prinsipper en kan trekke fra disse, talte veldig positivt ved karaktersettingen.

Oppgave 1 sammenlignende fremstilling

Gi en sammenlignende fremstilling av Stortingets, EU-parlamentets, EØS-komiteens, og FNs generalforsamlings hovedoppgaver.

Skriv ditt svar her...

1. Innledning

I denne teksten vil det gjøres en sammenlikning av hovedoppgavene til Stortinget, EU-parlamentet, EØS-komiteen og FNs generalforsamling. Oppgaven ber ikke om noen generell redegjørelse av de enkelte institusjonene, men der dette er nødvendig for å få frem de ulike funksjonene, vil det gjøres fortløpende for å gi uttrykk for likhetene og forskjellene på tvers av dem.

Denne teksten vil først og fremst ta for seg de mer generelle oppgavene til hver institusjon. Hver enkelt funksjon i de ulike organene vil ikke gjennomgå der det ikke er stort sammenlikningspotensiale. Strukturen i teksten vil reflektere dette, der konkrete kompetanser og oppgaver vil behandles under hver underoverskrift.

Institusjonene er ment å passe inn i ulike systemer, og bygger på ulike regelsett for å utføre sine oppgaver. På grunn av dette er det ikke mulig å trekke fullstendige paralleller på tvers av dem. I stedet vil tema for denne teksten være hovedoppgaver som er felles for flere av institusjonene, og fokusere på å avdekke likheter og forskjeller mellom deres funksjoner.

Å sammenlikne fire institusjoner er en omfattende oppgave. Innledningsvis vil det redegjøres kort for hva som kjennetegner dem og deres hjemmelsgrunnlag, for å gi en kontekst til den etterfølgende sammenlikningen.

Teksten avgrenses mot andre institusjoner enn disse fire, men de vil trekkes inn der det er nødvendig for å få frem ulike funksjoner.

1.1 Hva er de ulike institusjonene?

Stortinget er en norsk statlig institusjon som ifølge Grunnlovens (Grl.) § 49 1. ledd er forutsatt å utøve landets "lovgivende makt" gjennom demokratiske valg av stemmeberettigede innbyggere. Dens funksjoner og oppgaver følger i hovedsak av Grunnlovens egne paragrafer, se spesielt § 75 om Stortingets eneretter. Stortingets interne funksjoner reguleres av Stortingets Forretningsorden, som folkets representanter etter Grl. § 66 3. punktum forutsettes å rette seg etter. Til denne teksten er først og fremst Grunnlovens bestemmelser av sentral interesse.

EU-parlamentet er en institusjon innenfor den Europeiske Union (EU), som ifølge Traktaten om den Europeiske Union (TEU) artikkel 14 avsnitt 1 "skal ... utøve regelverksfunksjonen og budsjettfunksjonen" i tillegg til å utøve "politiske kontrollfunksjoner og rådgivende funksjoner" i Unionen. Dens nærmere funksjoner og oppgaver er fortløpende regulert i Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte (TEUF).

EØS-komiteen er en institusjon innenfor Avtalen om det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområde (EØS-avtalen), som ifølge Avtalens artikkel 92 avsnitt 1 er ment å "sikre en effektiv gjennomføring" av avtalen gjennom vedtak, og se til at den virker. Komiteen består ifølge artikkel 93 av EU-landene på den ene siden, og EFTA-statene samstemt på den andre.

FNs generalforsamling er en institusjon innenfor De Forente Nasjoner (FN), som reguleres av FN-paktens (FN-P) kapittel IV. Den består etter artikkel 9 av én representant fra hver medlemsstat, og gis i artikkel 10 en vid fullmakt til å "discuss any questions or any matters within the scope" av Pakten. Generalforsamlingens kompetanser avgrenses mot sikkerhetsrådets, jf. FN-P artikkel 12 og kapittel V.

2. Vedtak

Felles for alle institusjonene er at de har kompetansen til å treffe vedtak som gjelder for sitt ansvarsområde. Stortinget treffer vedtak med virkning for Norge, EU-parlamentet for EU, og så videre.

Hvordan vedtakene blir til, og hvilken betydning eventuelt får for medlemmene varierer likevel fra organisasjon til organisasjon. Videre vil det foretas en sammenlikning av hvordan vedtak behandles i de ulike institusjonene.

2.1 Vedtaksprosessen ved regeldannelse

Måten vedtak blir til på er en viktig del av enhver institusjon.

I Norge har Stortinget formell initiativrett ved flertall til å treffe vedtak gjeldende for Norge. I realiteten er det likevel gjerne Regjeringen som leverer proposisjoner til lovvedtak. Det er praksis i Norge for at flertall i stortinget alene skal kunne gjøre et vedtak gjeldende.

Grunnloven gir bl.a. kongen et utsettende veto etter § 78, men dette er ikke særlig aktuelt i dag, i tillegg til at Stortinget har en fremtvingende funksjon i § 79. Stortinget er også eneansvarlig for endring av Grunnloven med 2/3 flertall jf. § 121.

Prosessen i FNs generalforsamling er noe tilsvarende det i Stortinget, ved at medlemmene med én stemme hver etter art. 18 avsnitt 3 skal avgjøre det meste med enkelt flertall. Viktige spørsmål krever for øvrig 2/3 flertall etter avsnitt 2, og endringer i Pakten krever i tillegg ratifikasjon hos 2/3 av medlemsstatene etter art. 108.

Ved alminnelig flertall, jf. TEUF art. 231, skal EU-parlamentet etter TEUF art. 223 avsnitt 2 treffe vedtak om medlemmenes utførelser av EU-oppgaver i samarbeid med Kommisjonen og Rådet. EU forutsetter en mer komplisert vedtaksprosess enn både Stortinget og FNs generalforsamling. Dette fremkommer bl.a. i samarbeidskravet i TEU art. 13 avsnitt 2, og gjennom store deler av TEUF.

Spesielt i TEUF art. 294, som bestemmer EUs regelverksprosess, finner man preg av krav om samarbeid. Denne prosessen kan ikke initieres av EU-parlamentet, men krever Kommisjonens formelle forslag jf. avsnitt 2. Parlamentet skal treffe sitt standpunkt, og etter dette følger det

en komplisert behandling mellom parlamentet og Rådet fra avsnitt 3 til 15. Poenget er at EU-parlamentet ikke selvstendig får siste ord om reglene i EU.

EØS-komiteen er ikke underlagt en like sammenblandet kompetansefordeling som EU-parlamentet er. Enighet mellom EU og EFTA (samstemt) er alt som forutsettes for at et vedtak skal bli til, og en kan dermed se fellestrekk til Stortingets og FNs generalforsamlings fremgangsmåte ved slutning av vedtak. Likevel er EFTA-statene i stor grad avhengig av rettsaktene som vedtas innad i EU etter prinsippet om ensartethet jf. Avtalens art. 102, der manglende etterlevelse kan fremprovosere en avslutning av samarbeidet etter reglene i art. 127.

Et interessant poeng er at Stortinget er det eneste organet som kan vedta noen form for "grunnlov". Nærmest er nok FN-pakten med internasjonal lex superior forrang (se FN-P art. 103) og krav til kvalifisert flertall hos generalforsamlingen ved viktige enringer, men det er det ingen folkerettslig gjeldende grunnlov hos disse 3 internasjonale organisasjonene. Dette har vært foreslått og stemt ned av EU, og for EØS har det ikke vært et ønske å binde seg til noe slikt.

2.2 Vedtakenes bindende karakter

Et helt vesentlig poeng innenfor vedtakssiden av organene, er spørsmålet om vedtak som treffes av disse er rettslig bindende for medlemmene.

Stortingets funksjoner som internrettslig lovgivende organ (se GrL. §§ 49 og 75) er å kunne treffe vedtak som binder sine "medlemmer", altså Norges befolkning. Lovvedtak bestemmer rettigheter og plikter for befolkningen, og er nødt til å være formelt bindende for å kunne gi ønsket virkning.

FNs generalforsamling har på motsatt vis ingen formell bindingskompetanse. Deres vedtak omtales i utgangspunktet som "soft law". Dette følger implisitt av at FN-P artikkel 10 kun gir fullmakt til å "make recommendations to the Members" i form av resolusjoner. Mens slike resolusjoner ikke er formelt bindende, har de stor reell politisk betydning.

I EU er det en forutsetning at vedtak og rettsakter utført av EU-parlamentet i samarbeid med andre organer skal være bindende for medlemsstatene, og tilsvarende er det implisert at EØS-komiteen treffer rettslig bindende vedtak etter EØS-avtalens art. 7, 103 og 104.

Forskjellene mellom de fire institusjonene når det gjelder grad av binding ser ut til å avhenge av de særlige behovene deres. Mens FNs generalforsamling i større grad fremstår som et organ for å diskutere internasjonal politikk, så er Stortinget ansvarlig for hvilke bindende regler vi ønsker å ha i Norge. For EØS er det tilsvarende viktig for ivaretagelsen av bl.a. de fire frihetene (EØS-avtalens art. 1 avsnitt 2) å kunne gi bindende vedtak, og i EU er prinsippet om direkte virkning i medlemsstatene en viktig faktor.

Utad kan de ulike institusjonenes normskapende virksomhet virke ganske like, uavhengig av deres status som bindende eller ikke-bindende. FNs generalforsamlings resolusjoner er som sagt viktige politiske virkemidler, og medlemsstater kan oppleve uttalelsene som like viktige som enhver annen bindende bestemmelse.

3 Økonomisk ansvar

I tillegg til å ha rent normskapende virkninger, er det generell praksis blant de fire utvalgte institusjonene å også ha innvirkning på økonomien innenfor deres virkeområde.

For Stortinget følger retten til å skattlegge, bevilge pengesummer og utnevne statlige revisorer av Grl. § 75 a), d) og k). EU-parlamentet er sammen med Rådet ansvarlig for EUs budsjett jf. TEU art. 14, og FNs generalforsamling gis vide økonomiske fullmakter etter FN-P art. 17.

For EØS-komiteen er det ikke gitt like vide økonomiske fullmakter, men en kan f.eks. se i EØS-avtalens art. 82 avsnitt 1 c) der komiteen skal "treffe de nødvendige beslutninger om avtalepartenes tilskudd til vedkommende virksomhets omkostninger" i del VI av Avtalen.

Et fellestrekk mellom de fire institusjonene er altså å kontrollere mengden ressurser som går inn og ut av deres organisasjon/stat. Her presenteres likevel ikke EØS-komiteen som særlig avgjørende for EØS-avtalens økonomiske situasjon, i motsetning til de tre øvrige organene som eksplisitt omtales som viktige på dette området.

Som med hovedoppgavene ellers, har EU en mer tydelig maktfordeling når det kommer til økonomien. Dette kan bidra til å gi legitimitet til organisasjonens økonomiske vedtak, ettersom enighet blir en nødvendighet.

Nyansene i de ulike institusjonenes økonomiske ansvar gjennomgås ikke nærmere her.

4 Representasjon blant folk og stat

En hovedfunksjon for institusjonene er å representere sine medlemmer.

Mens Stortinget er ment å representere befolkningen i Norge, skal EU-parlamentet, EØS-komiteen og FNs generalforsamling hver for seg representere sine medlemsstater. Selv om ikke alle de internasjonale organisasjonene styres direkte av enkeltindivider, vil "demokrati" brukes her om avstemninger mellom statene.

For Norge er Stortinget avgjørende for å oppfylle det demokratiske grunnlaget staten er ment å bygge på, se GrL. § 2. De tre andre institusjonene er sammenslutninger av flere stater, og er blant annet med hensyn til det sedvanerettslige prinsippet om staters egen suverenitet likhet (sml. FN-P artikkel 2 avsnitt 1) avhengig av et visst demokratisk innslag for å fungere effektivt.

Det er for øvrig en stor forskjell mellom organene i måten de representerer sine medlemmer. Mens Stortinget på den ene siden skal representere noen millioner stemmeberettigede slik norsk lov og grunnlov forutsetter, så må hver internasjonale organisasjon avgjøre hvordan og til hvor stor grad hver stat skal representeres.

I FNs generalforsamling skal det ikke sitte mer enn én representant fra hver medlemsstat. Dette betyr at hver stat rent formelt har like stor innflytelse på hvilke vedtak som fattes, uavhengig av deres reelle makt. Metoden er egnet til å gi små medlemsstater økt innflytelse i verdensbildet, og større stater mindre. Dette skiller seg mest tydelig fra EU-parlamentet, som etter TEU art. 14 skal inneholde alt mellom 6 til 96 representanter fra hver stat bestemt "degressivt proporsjonalt". Dermed får EU et mer dynamisk og representativt bilde av maktforholdene mellom medlemsstatene, mens FN påtar seg en statisk tilnærming nettopp for å beskytte sine svakere medlemmer.

EØS-komiteen påtar seg en mellomløsning. Som nevnt skal hvert EU-land på den ene siden stemme fritt, mens EFTA-statene på den andre siden må opptre samstemt etter Avtalens art. 93. Dette gir formelt en skjev fordeling i EFTA-statenes innvirkningskraft i motsetning til EU-statene.

Hvilken løsning som er best egnet til de enkelte organisasjonene kan diskuteres. Ved å på folkerettens område gi flere stemmer til en enkelt stat kan en få et pålitelig bilde av hvordan verdens befolkning ser på et problem. Men da kan man samtidig risikere å overkjøre mindre stater, som til tross for lave innbyggertall også har behov for å bli hørt.

Internt i demokratiske land som Norge sier det seg selv at det ville vært problematisk å la enkelte individer representeres i større grad enn andre. Hvordan stemmerett delegeres er nok derfor mest åpent for diskusjon på folkerettens område.

5 Maktfordeling og kontroll

Maktfordelingsprinsippet er helt sentralt internt i Norge. Grunnloven vår er bygd opp med hensyn til at uavhengige makter skal hindre misbruk, som kommer implisitt til uttrykk gjennom Grunnlovens overskrifter og kompetansefordelingen mellom Stortinget, Kongen (regjeringen) og domstolene. I tråd med dette er den en hovedfunksjon for Stortinget å foreta visse kontrolltiltak mot regjeringen.

Etter at parlamentarisme ble del av norsk statsrett på slutten av 1800-tallet (nå grunnlovsfestet i § 15), kan flertall i Stortinget bestemme om et statsråd eller hele regjeringen skal gå av. Stortinget har også innsyn i regjeringens arbeid og rett til å bevilge pengesummer etter Grl. § 75 d), f) og g), begrenser regjeringens utenriksstyre etter § 26 2. ledd, og har adgang til å stille konkrete spørsmål for regjeringens medlemmer (interpellasjon og spørretime, nærmere regulert i Stortingets Forretningsorden kapittel 10).

Mens kontrollfunksjoner ikke er ukjent for internasjonale statlige organisasjoner, har det ikke vært praksis å utføre en maktfordeling på samme måte det er vanlig å gjøre internrettslig.

Forskjellen i maktfordeling kan illustreres ved at både FN, EU og EØS fordeles inn i flere organer med begrensede myndigheter. FNs generalforsamling er for eksempel begrenset til å i hovedsak gi ikke-bindende resolusjoner, og ser sin kompetanse innskrenket mot sikkerhetsrådet. EU-parlamentet kan heller ikke gjøre stort om ikke andre involverte organer ønsker å bøye seg til deres vilje. Likevel er det ikke alltid noe skarpt skille mellom en utøvende, lovgivende eller dømmende makt i disse organisasjonene. Spesielt EU gjør seg synlig ved å ha en avansert maktfordeling som ikke gjenspeiler Norges.

EØS-komiteen skiller seg fra de andre institusjonene ved å ha en generelt bred kompetanse innad i EØS-avtalen. Når det gjelder ren maktfordeling virker det viktigere med enighet internt mellom EFTA og EU, og Avtalen inneholder ikke særlige begrensninger i komiteens arbeid. En kan likevel se til EØS-avtalens art. 89 for et tydelig eksempel på maktfordeling og kontrollvirksomhet, der EØS-rådet gis retten til å "fastlegge de alminnelige retningslinjer for EØS-komiteen".

Når det gjelder kontrollfunksjoner kan en se likheter spesielt mellom EU-parlamentet og Stortinget. Etter TEUF art. 234 avsnitt 2 kan parlamentet med 2/3 flertall under visse begrensninger stille mistillit til Kommisjonen, og dermed fremtvinge et nytt sett medlemmer. Dette er en ordning svært lik den i Grl. § 15.

Felles for alle organisasjonene (og Norge) ser ut til å være en skepsis til å la makt være konsentrert til bare ett organ. Men når en mellomstatlig organisasjon består av flere stater, og det er en generell praksis for stater å adoptere en maktfordeling, er det ikke rart at dette er tilfellet.

Oppgave 2 sedvanerett

Redegjør for folkerettslig sedvaneretts funksjon og hvordan folkerettslig sedvanerett dannes. Hva er mulige fordeler og ulemper med folkerettslig sedvanerett som folkerettslig rettskilde?

Skriv ditt svar her...

1. Innledning

I denne teksten vil det redegjøres folkerettslig sedvanerett når det kommer til dens funksjon og dannelse. Her vil det også gjøres en vurdering av fordelene og ulempene ved folkerettslig sedvanerett som en internasjonal rettskilde.

Folkerettslig sedvanerett innebærer at en ensartet praksis som er gjort i overbevisning om å være gjeldende rett over lengre tid, skal være bindende for de involverte partene. Hva som ligger i dette, gjennomgås under underoverskrift 3 til 3.3.

Hva det vil si at en rettighet følger av folkerettslig sedvane, redegjøres for under underoverskrift 2 til 2.1.

En folkerettslig sedvane presumeres å omfatte hele verden, med mindre annet kan godtgjøres. At en praksis blir bindende for de involverte partene, vil derfor kunne medføre viktige

konsekvenser globalt. Det finnes unntak for sedvanerettens globale karakter, som gjennomgås under underoverskrift 5.

Teksten avgrenses mot andre folkerettslige rettskilder, og annen type sedvane enn den folkerettslige. Traktatretten gjennomgås likevel der det er relevant, se spesielt underoverskrift 2.1.

2. Funksjonen til folkerettslig sedvanerett

Folkerettslig sedvanerett er en helt sentral rettskilde innenfor alminnelig folkerett. At sedvanerett er en rettskilde kan i seg selv anses å følge av sedvane, men prinsippet kommer også til uttrykk som en tungtveiende rettskilde i Statuttene for Den Internasjonale Domstol (ICJ-statuttene) art. 38 (b).

Som en legitim folkerettslig rettskilde, vil en part kunne påberope seg sedvane som et argument for et spesielt resultat. Det er flere eksempler ifra bl.a. ICJ der sedvane har vært bestemmende for parters rettigheter, eller i alle fall vært anerkjent som å ha evnen til å gjøre dette. Et par slike saker vil gjennomgås nærmere under 3.2, men det kan f.eks. nevnes *Asyl-saken* (Colombia mot Peru, ICJ 1950) der domstolen viste til at en eventuell Søramerikansk sedvane om asyl ville forplikte statene til å følge denne sedvanen.

Slik *Asyl-saken* gir uttrykk for, kan sedvane regulere snevre problemstillinger, slik for eksempel en enkel traktat ville gjort. Eksempler på mer vidtgående sedvanerettslige konsepter kan være forbudet mot maktbruk eller intervensjon mot andre stater, som også kommer til uttrykk i FN-P art. 2 avsnitt 4 og 7.

Et naturlig bruksområde for sedvaneretten vil være der traktatretten er taus. Da kan statene legge til grunn at deres praksis er en fullgod erstatning.

Men også der traktater regulerer et forhold, vil sedvane kunne regulere partenes rettigheter og plikter. Ved at sedvane og traktat er av lik folkerettslig rettskildemessig tyngde, kan de to utfylle hverandre. Hvis f.eks. stat A og B bilateralt har avtalt en rett til utlevering av kriminelle, kan adgangen til utlevering utvides eller innskrenkes avhengig av statenes etterfølgende opptreden. Dette gir et dynamisk element til folkerettslige avtaler.

Enkelte sedvanerettsregler er av en så viktig karakter at den ikke kan motstrides ved avtale eller annen traktat (jus cogens). Dette kommer til uttrykk gjennom Wien-konvensjonen om traktatretten artikkel 53, som må gjelde som sedvane for Norge til tross for ikke å være del av traktaten.

Folkerettslig sedvanerett får også en viss betydning i norsk intern rett gjennom presumsjonsprinsippet eller andre lov- og ulovfestede prinsipper, men dette gjennomgås ikke nærmere i denne teksten.

2.1 Funksjonen traktatfestet sedvanerett

En interessant virkning av at sedvane kan være bestemmende for rettigheter og plikter uten å være traktatfestet, er at stater kan oppleve en urolighet ved at de ikke har en ordlyd å forholde seg til.

Det er blant annet på grunn av dette at mange traktater som inngås bi- og multilateralt er en ren traktatfesting av allerede eksisterende sedvanerett. Om en tar det på ordet at traktater og sedvanerett må likestilles rettskildemessig, har det ikke særlig å si om et konsept er avtalt eller ikke. Likevel kan en avtale medføre økt bevissthet og sikkerhet rundt de konkrete reglens innhold.

Et eksempel på sedvanerett som er traktatfestet, er for eksempel Wien-konvensjonen om traktatretten (VCLT). Denne inneholder flere regler om hvordan traktater skal behandles, og reflekterer i stor grad sedvanerett. På grunn av dette er det vanlig for Norge, som ikke er part i traktaten, å anvende VCLT sitt innhold som om det var sedvanerett.

3. Dannelsen av folkerettslig sedvanerett

Sedvanerett er som nevnt et utslag av ensartet praksis, som er praktisert i overbevisning om å være gjeldende rett, over en viss tid. Videre vil tre sentrale aspekter av sedvaneretts-dannelse gjennomgås.

3.1 Ensartet praksis

Karakteristisk for folkerettslig sedvane, er at den oppstår som følge av staters internasjonale aktivitet eller passivitet. Hele poenget er at en stat skal være bundet til den praksisen som er

forutsatt å være gjeldende rett. Dette reiser spørsmål om hvor konsekvent og ensartet praksisen må være for at sedvane oppstår.

Kravet til praksis kommer til uttrykk i ICJ-statuttene art. 38 (b) som "evidence of a general practice". Det kan ikke være noe krav om at slik generell praksis tilsvarer en fullstendig ensartet praksis. Om de involverte partene har en noenlunde konsekvent tilnærming til et problem, kan dette ofte være tilstrekkelig for å si at sedvane opprettes.

Praksisen må for øvrig både ses opp mot partenes grad av overbevisning om at den faktisk er gjeldende rett, og tiden som er gått mens praksisen er utført. Som nevnt er det snakk om en samlet vurdering, og det å påberope seg en stats generelle opptreden er ikke nok i seg selv til å danne sedvane.

3.2 Opinio juris

Et sentralt kjennetegn ved dannelsen av sedvanerett i folkeretten, er at de involverte partenes ensartede praksis er blitt til som følge av at de allerede tror det er gjeldende rett. Dette kalles for "opinio juris", og kommer til uttrykk i ICJ-statuttens art. 38 (b) som generell praksis "... accepted as law"

I *Nordsjø*-saken (Tyskland mot Nederland og Danmark, ICJ) gjorde domstolen det klart at ikke enhver relativt ensartet praksis ville gi uttrykk for opinio juris. Det var avgjørende om de involverte partene faktisk opplevde at de var bundet av praksisen, ikke bare at de hadde utført praksisen. Opplevelsen av bundenhet måtte ses opp mot hvor konsekvent og ensartet praksisen var.

Et annet aspekt ved opinio juris kommer til uttrykk i *Nicaragua*-saken (USA mot Nicaragua, ICJ) på 1980-tallet, der domstolen i 1984 kom til at den hadde jurisdiksjon etter ICJ-statuttens art. 36 avsnitt 6. Et hovedpoeng i konflikten var at Nicaraguas aksept til domstolskompetanse etter art. 36 avsnitt 5 aldri var blitt bevist ratifisert eller deponert. Etter å ha vurdert art. 36, kom domstolen til at Nicaragua og FN hadde lagt til grunn at aksepten var tilstrekkelig over lang nok tid til at Nicaragua på sedvanegrunnlag måtte kunne ta saken inn for ICJ. Dermed måtte overbevisningen om jurisdiksjon få rettslige virkninger.

Selv om det er vanlig å si at partene må være overbevist om at sedvane er etablert, så kan det oppstå problemer der en part kun *fremstår* som å være overbevist, men i realiteten ikke ønsker

å ta del i sedvanen. Hvis parten forholder seg helt passiv til etableringen av sedvanen, eller i alle fall lar seg tjene på at andre tror at staten anerkjenner sedvanen, kan nok ikke denne staten senere høres med at den aldri var overbevist. At en stat fremstår klart som overbevist må nok trumfe deres faktiske oppfatninger når sedvanerett dannes.

3.3 Tidsaspektet

ICJs praksis generelt har gitt uttrykk for at en ikke kan sette noen særlig fast ramme på hvor lang tid det er som må ha gått før sedvane blir til. Hvert tilfelle må vurderes konkret, og derfor kan det bli vanskelig å gi noen konkrete eksempler på hvor grensen går.

Men hvis for eksempel stat A forholder seg passiv til at stat Bs innbyggere fritt krysser grensen over til A i flere tiår, så vil B kunne påberope seg sine berettigede forventninger om åpne grenser som følge av at deres ensartede praksis i overbevisning om fri grenseovergang på grunn av at det er blitt praktisert over lang tid.

Tidsaspektet knytter seg naturlig opp mot både kravet om overbevisning og om ensartet praksis, og illustrerer at det hele er opp til en konkret vurdering. Sterkere tilsynelatende overbevisning eller svært ensartet praksis vil kunne legge mildere krav på tiden, og lengre tid vil kunne svekke kravet til overbevisning eller ensartethet. Å se på de tre aspektene helt isolert sett er derfor ikke særlig til hjelp når en skal vurdere om sedvane er dannet.

4. Fordeler ved sedvanerett som rettskilde

Folkerettslig sedvanerett gir fleksibilitet ved at de involverte statene kan legge til rette at deres praksis allerede er gjeldende rett, uten at de trenger å gå til forhandlinger om traktat. Denne fleksibiliteten er ressursparende ved at myndigheter ikke trenger å delta i internasjonale møter, og den tillater de involverte partene i å justere på sine holdninger etter hvert som tiden går.

At en sedvane formelt sett anses som en folkerettslig rettskilde gjør det også enklere for stater å holde andre ansvarlig for deres handlinger. Om en stat unilateralt kunne trukket seg ut av en sedvanerett, ville det kunne få betydelige konsekvenser for stater som har innrettet seg etter at sedvaneretten er bindende.

Erfaringsmessig kan også sedvane bidra til å beskytte grunnleggende humanitære interesser. Forbud mot maktbruk, uberettiget intervensjon og folkemord er eksempler på sedvanerett som styrker enkeltstatenes og befolkningers rettsstilling.

5. Ulemper ved sedvanerett som rettskilde

Ved at praksis gjøres gjeldende av en stat som folkerettslig sedvane, kan en stat risikere å påta seg plikter en egentlig aldri hadde ønsket om. Siden vi presumerer at sedvanerett gjelder globalt uten andre holdepunkter, kan flertallet binde mindretallet til ugunstige situasjoner. Ufrivillig bundenhet kan for øvrig unngås hvis sedvanen fastslås å bare være av lokal art, slik ICJ ga uttrykk for i *Asyl-saken*. Dessuten er det sikker rett at en part som driver vedvarende protest for at sedvanen eksisterer kan holdes utenfor, slik ICJ la frem i *Fiskerijurisdiksjonsaken* (Storbritannia mot Norge, 1951) angående grensedracting.

Likevel er folkerettslig sedvane egnet til å binde alle stater som ikke aktsomt forsvare sine egne interesser. Om en stat av enkelte grunner ikke har ressursene til å beskytte seg selv, kan dette fremstå som en urettferdig løsning.

Mer spesifikt for sedvanerettens rolle som *anvendbar* rettskilde i folkeretten, er at vilkårene for dannelse er ganske vage. Det må som nevnt gjøres en konkret vurdering av om sedvane er dannet, og dette kan i teorien oppfordre til misbruk av den høye posisjonen ICJ finner seg i som rettsanvender. Om domstolen skulle få en sak der de har interesse i et resultat, kan det være at terskelen for sedvanedannelse senkes med vilje. Dette kunne ledes til at stater blir bundet til mer enn de selv skulle ønsket, og kan bidra til å svekke ICJs pålitelighet.