

Ole Spiermann

Enten & Eller

Studier i suverænitetetsbegreber



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
1995

Enten & Eller
Studier i
suverænitetsbegreber
1. udgave, 1. oplag

© 1995 Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.
Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse eller
mangfoldiggørelse af denne bog eller dele heraf er
uden forlagets skriftlige samtykke ikke tilladt
ifølge gældende dansk lov om ophavsret.

Tryk: Gentofte Tryk
Indbinding: Damm's Bogtrykkeri, Randers
Printed in Denmark 1995
ISBN 87-574-7360-9

FORORD

I november 1992 udskrev Københavns Universitet et folkeretligt prisspørgsmål med titlen: »Suverænitsbegrebets udvikling og betydning i folkeretten«. Prisspørgsmålet havde denne videre formulering:

»Der ønskes en redegørelse for suverænitsbegrebets oprindelse og betydning i moderne folkeret samt en analyse af dets funktion. Besvarelsen kan eventuelt begrænses til enkelte folkeretlige problemstillinger«.

Nærværende afhandling fandt sin oprindelige form som en besvarelse af prisspørgsmålet. Besvarelsen blev bedømt af et fagkyndigt udvalg bestående af lektor, dr. jur. Frederik Harhoff (formand), professor, dr. jur. Preben Stuer Lauridsen og professor, dr. jur. Hjalte Rasmussen. Udvalget indstillede besvarelsen til Københavns Universitets guldmedalje, hvilken indstilling Det Juridiske Fakultetsråd imødekom i september 1994.

Om afhandlingens konklusioner skrev det fagkyndige udvalg: »Disse konklusioner forekommer rigtige, og kan blive banebrydende i den videre diskussion af suverænitsbegreberne«. Forudsætningen for et sådant banebrud er dog naturligvis afhandlingens offentliggørelse, hvilket sker med denne udgivelse. Besvarelsens titel, indhold og cigarføring er i hovedsagen gledet uberørt over i den endelige afhandling. En række af de korrektioner, som er foretaget i detaljen forud for offentliggørelsen, er inspireret af den kritik, som det fagkyndige udvalg gav besvarelsen i sin skriftlige indstilling. Endvidere er afhandlingen søgt opdateret til april 1995 ved inddragelse af ny litteratur og praksis.

Uanset at min besvarelse af prisspørgsmålet endte med anerkendelse, forlagskontrakt og royalt håndtryk, så er det ikke det stemningsbillede, som ligger afhandlingen nærmest. Forud gik en på mange måder isolerende tanke- & skriveproces gennem måneder, hvis frugt næppe kunne være høstet uden hjælp, for hvilken jeg er tak skyldig. Særligt går min tak til mine forældre, som på forskellig vis skabte uundværlige rammer for besvarelsens undfangelse, samt til stud. jur. Anders Nielsen, der påtog sig den på alle måder beundringsværdige opgave at gennemgå et første manuskript med mig. Min taknemmelighed rettes også til lektor, dr. jur. Frederik Harhoff, som gav mig en første introduktion til emnet, og som gennem sin smittende entusiasme forærede min besvarelse af prisspørgsmålet en virkelighedsnær dåbsgave, som mange gange siden viste sig nyttig. Den lejlighedsvis bistand fra stud. polit. Claes Leig Bengtsson var stor men umulig at veje.

I forbindelse med udarbejdelsen af den endelige afhandling takker jeg særligt professor, dr. jur. Preben Stuer Lauridsen og professor, dr. jur. Hjalte Rasmussen

for samtaler over besvarelsen. Deres imødekommenhed bør stå som et forbillede for enhver universitetsansat.

Endvidere takker jeg Det Finneske Legat, som ubetinget ydede støtte til afhandlings udgivelse, samt Søren Meldorf Hansen for bistand på Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Afhandlingen tilegnes i sin endelige form Robert Rene Dogonowski, hvis aldrig svigtende venskab og optimisme jeg er ham dybt taknemmelig for.

Indekset er udarbejdet af stud. jur. Ole Spiermann.

Og herefter står det så blot tilbage for mig at udtrykke min tilslutning til sædvanen: alle fejl er mine, også dem i afhandlingen.

København, april 1995

O. S.

KAPITELFORTEGNELSE

I.	INTRODUKTION	21
II.	GRUNDLÆGNING	35
III.	TIDLIG HISTORIE	47
IV.	SUVERÆNENS RENÆSSANCE	55
V.	DEN KOPERNIKANSKE VENDING	87
VI.	NYERE HISTORIE	99
VII.	INKONGRUENSPROBLEMET	107
VIII.	SUVERÆNITET OG FOLKERET	127
IX.	SUVERÆNITET I FOLKERETSKILDELÆREN	145
X.	SUVERÆNITET I FORTOLKNINGSLÆREN	179
XI.	EFTER INKONGRUENSPROBLEMET	195
XII.	FOLKERETLIG SUVERÆNITET	221
XIII.	TERRITORIAL SEIN-RELATERING	241
XIV.	INTERVENTION OG SUVERÆNITET	261
XV.	NATIONALITET OG SUVERÆNITET	281
XVI.	PARALOGISMENS SUVERÆNITET	305
XVII.	KONKLUSION	319

INDHOLDSFORTEGNELSE

FORKORTELSESLISTE	17
I. INTRODUKTION	21
1. Lad os forestille os ...	21
2. Begrebssystemers cirkularitet. Om valg af suverænitetetsbe- greb	24
3. »det mystiske, vage, flertydige, følelsesbelastede suveræni- tetsbegreb«, <i>Lærebog</i> s. 52	30
II. GRUNDLÆGNING	35
1. Metodeovervejelser	35
2. I begyndelsen – var meningen	39
3. Historiens prolog	44
III. TIDLIG HISTORIE	47
1. Eviggyldigheden	47
2. »Quod principi placuit, legis habet vigorem; upote quum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat«, Dig. I, 3, 4, 1 pr.	49
3. »Solo adunque questi Principatison' securi, & felici, ma essendo quelli retti da cagioni superiori à le qualimente huma- na non aggiugne, lascerò il parlarne, perche essendo esaltati, & mantenuti da Dio, sarebbe officio d'huomo presuntuoso, & termerario eldiscorreme«, Machiavelli (1532) xi	51
IV. SUVERÆNENS RENÆSSANCE	55
1. »La souveraineté est la puissance absoluë et perpetuelle d'une Republique«, <i>La République</i> I, 8	55

2. »Subjectum ergo commune summæ potestatis esto civitas ... Subjectum proprium est persona una pluresve, pro cujusque gentis legibus ac moribus«, <i>Belli ac Pacis</i> I, iii, vii	58
3. »Dens lige findes ikke på jord, den er skabt til ikke at frygte. Alt, hvad højt er, ræddes for den, den er konge over alle stolte dyr«, Job. 41, 24–25	62
4.	65
5. »Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale; et nous recevons en corps chaque membre comme partie indivisible du tout«, <i>Contrat Social</i> i, 6	69
6. Det udelelige	72
7. Paradoxer – vilkårlighed – koblingsfejl	77
8. På den anden side	83
V. DEN KOPERNIKANSKE VENDING	87
1. En kopernikansk vending	87
2. »Das Allgemeine Princip aber, wornach ein Volk seine Rechte negativ, d. i. bloß zu beurtheilen hat, was von der höchsten Gesetzgebung als mit ihrem besten Willen nicht verordnet anzusehen sein möchte, ist in dem Satz enthalten: Was ein Volk über sich selbst nicht beschlietzen kann, das kann der Gesetzgeber auch nicht über das Volk beschlietzen«, Kant (1793) II Folgerung	89
3. »Diese beiden Bestimmungen, daß die besonderen Geschäfte und Gewalten des Staats weder für sich, noch in dem besonderen Willen von Individuen selbständig und fest sind, sondern in der Einheit des Staats als ihrem einfachen Selbst ihre letzte Wurzel haben, macht die Souveränität des Staats aus«, <i>Grundlinien</i> § 278	93
4. Om undersåtterne	94
VI. NYERE HISTORIE	99
1. Bag om den kopernikanske vending	99

2. »In order to promote international co-operation and to achieve international peace and security by the acceptance of obligations not to resort to war, by the prescription of open, just and honorable relations between nations, by the firm establishment of the understandings of international law as the actual rule of conduct among governments, and by the maintenance of justice and a scrupulous respect for all treaty obligations in the dealings of organized peoples with one another, the High Contracting Parties agree to this Covenant of the League of Nations«, Præamblen til Folkeforbundspagten	103
3. »The purposes of the United Nations are: (1) To maintain international peace and security ...; (2) to develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, and to take other appropriate measures to strengthen universal peace; (3) to achieve international co-operation in solving international problems ...; (4) to be a centre for harmonizing the actions of nations in the attainment of the common ends«, FN Pagtens art. 1	105
VII. INKONGRUENSPROBLEMET	107
1. »a formidable difficulty for international law«, Brierly (1963) s. 16	107
2. Suveræniteten mellem monisme og dualisme	110
3. »I have suggested that the discourse and scholarship of international law are in crises«, Kennedy (1980) s. 390	118
4. Inkongruensproblemet(s) endeligt	124
VIII. SUVERÆNITET OG FOLKERET	127
1. Frihed og suverænitet	127
2. Enten & Eller	128
3. Konfrontation: nyere teori	130
4. Konfrontation: EU-rettens forrang for intern ret	135
5. Ekskurs: intern suverænitet	138

IX. SUVERÆNITET I FOLKERETSKILDELÆREN	145
1. »The prison–house of irrelevance«, <i>Structure</i> s. xv	145
2. »In these circumstances, all that can be required of a State is that it should not overstep the limits which international law places upon its jurisdiction; within these limits, its title to exercise jurisdiction rests in its sovereignty«, <i>Lotus</i> s. 19	148
3. <i>Opinio juris et necessitatis</i>	158
4. <i>Opinio juris</i> i praktik	166
5. <i>Opinio juris</i> som ideologi	172
6. »The rules of law binding upon States ... emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law«, <i>Lotus</i> s. 18	176
X. SUVERÆNITET I FORTOLKNINGSLÆREN	179
1. »It cannot be that good faith is less obligatory upon nations than upon individuals in carrying out agreements«, Metzger & Co. Case citeret fra Cheng (1953) s. 105 eller 112	179
2. Tvetydighed & Moderne fortolkningslære	182
3. Suverænitet og (almen)tolkning	184
4. Subsumption	188
5. Suverænitet og statik	193
XI. EFTER INKONGRUENSPROBLEMET	195
1. Folkerettens fremkaldelse – original suverænitet som (et) negativ	195
2. »L'un & l'autre tirent toute leur force du Droit Naturel, qui prescrit aux Nations l'observation de leurs engagements, exprès ou tacites«, <i>Droit des Gens</i> Preface	197
3. »For the lack of a better, he had used the term <i>jus cogens</i> «, Waldock om Waldock i YILC (1963) I s. 62, samh. s. 213	207
4. Begrebsdualisme i metodelæren	218

XII. FOLKERETLIG SUVERÆNITET	221
1. »Nothing in the Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state, or shall require the members to submit such matters to settlement under the present Charter; but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter 7«, FN Pagtens art. 2, stk. 7	221
2. Folkeretlig suverænitet – en første visit	223
3. »Es kann keine geteilte, beschränkte, halbe Gebietshoheit geben, so wie es keine geteilte, halbe, beschränkte Souveränität gibt«, <i>Das Problem</i> s. 82	225
4. Roser og vilkårlighed	238
XIII. TERRITORIAL SEIN-RELATERING	241
1. »En se faisant, au cours des siècles, à la fois plus rares et plus pacifiques, les appropriations territoriales se sont progressivement soumises à des règles de droit dont l'effectivité dans la possession a toujours fourni le critère«, de Visscher (1967) s. 101	241
2. »it is not a question of applying equity simply as a matter of abstract justice, but of applying a rule of law which itself requires the application of equitable principles«, <i>North Sea</i> s. 47	248
3. Det folkeretlige adkomstbegreb	256
XIV. INTERVENTION OG SUVERÆNITET	261
1. »Between independent States, respect for territorial sovereignty is an essential foundation of international relations«, <i>Corfu Channel</i> s. 35	261
2. Interventionsforbud	266
3. »Any law, international or municipal, which prohibits recourse to force, is necessarily limited by the right of self-defence«, <i>Annual Digest</i> 15 s. 364	270
4. »Nothing would be a more foolish footnote to man's demise that that his final destruction was occasioned by a war to ensure human rights«, <i>Franck & Rodley</i> (1973) s. 300	273

5. »any justification for intervention, being an exception to a fundamental rule of international law, has to be applied strictly«, Oppenheim (1992) s. 439	276
XV. NATIONALITET OG SUVERÆNITET	281
1. »nationality is a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties«, <i>Nottebohm</i> s. 23	281
2. »standard of justice, very simple, very fundamental, and of such general acceptance by all civilized nations as to form part of the international law of the world«, Presidential Address citeret fra Stowell (1921) s. 159	293
3. »D'autre part, it est incontestable qu'à un certain point l'intérêt d'un État de pouvoir protéger ses ressortissants et leurs biens, doit primer le respect de la souveraineté territoriale, et cela même en l'absence d'obligations conventionnelles. Ce droit d'intervention a été revendiqué par tous les États: ses limites seules peuvent être discutées. En le niant, on arriverait à des conséquences inadmissibles: on désarmerait le droit international vis-à-vis d'injustices équivalant à la négation de la personnalité humaine; car c'est à cela que revient tout déni de justice«, RIAA II s. 641	300
XVI. PARALOGISMENS SUVERÆNITET	305
1. »Dagegen wäre es natürlich ein grober Fehler, beide Begriffe zu vermengen und etwa dem Rechtstatbestand 'Souveränität' Qualitäten zulegen zu wollen, die nur dem andern Souveränitätsbegriffe zustehen«, <i>Einheit</i> s. 32	305
2. Den positive suverænitetets statik	305
3. »The organization is based on the principle of the sovereign equality of all its members«, FN Paktens art. 2, stk. 1	308
4. Om reflexen	314
XVII. KONKLUSION	319

OVERSÆTTELSER	325
LITTERATURFORTEGNELSE	328
INDEKS	338

FORKORTELSESLISTE

<i>Aegean Sea</i>	Aegean Sea Continental Shelf Case, ICJ Reports (1978) s. 1ff.
<i>AJIL</i>	American Journal of International Law
<i>Anglo-French</i>	Delimitation of the Continental Shelf, IBC s. 353ff.
<i>Annual Digest</i>	Annual Digest of Public International Law
<i>Asylum Case</i>	Asylum Case, ICJ Reports (1950) s. 265ff.
<i>Barcelona Traction</i>	Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Second Phase), ICJ Reports (1970) s. 1ff.
<i>Belli ac Pacis</i>	Hugo Grotius: De Jure Belli ac Pacis Libri Tres I–III, 1625
<i>BYIL</i>	British Yearbook of International Law
<i>Canevaro</i>	Affaire Canevaro, RIAA XI s. 397ff.
<i>Clipperton</i>	Affaire de l'Île de Clipperton, RIAA II s. 1105
<i>Corfu Channel</i>	The Corfu Channel Case, ICJ Reports (1949) s. 1ff.
<i>Costa/ENEL</i>	Flaminio Costa mod ENEL, Saml. (1954–64) s. 531ff.
<i>Das Problem</i>	Hans Kelsen: Das Problem der Souveränität, 1928
<i>Decay</i>	Anthony Carty: The Decay of International Law?, 1986
<i>Droit des Gens</i>	Emmerich de Vattel: Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle I–IV, 1758
<i>Eastern Greenland</i>	Legal Status of Eastern Greenland, PCIJ Series A/B No. 53 s. 21ff.
<i>ECHR Series A</i>	European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions
<i>EFD</i>	De Europæiske Fællesskabers Domstol
<i>Einheit</i>	Alfred Verdross: Die Einheit des rechtlichen Weltbildes, 1923
<i>EJIL</i>	European Journal of International Law
<i>EMD</i>	European Court of Human Rights
<i>EMK</i>	European Commission of Human Rights
<i>Fisheries Case</i>	Fisheries Case, ICJ Reports (1951) s. 114ff.
<i>Flegenheimer</i>	Flegenheimer Case, RIAA XIV s. 327ff.
<i>Frontier</i>	Case Concerning the Frontier Dispute, ICJ Reports (1986) s. 553ff.
<i>Grundlinien</i>	Friedrich Hegel: Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821
<i>Guinea(-Bissau)</i>	Guinea/Guinea-Bissau Maritime Delimitation Case, IBC s. 1301ff.
<i>Gulf of Maine</i>	Case Concerning Delimitation of the Maritime Area in the Gulf of Maine Area, ICJ Reports (1984) s. 244ff.

<i>GYIL</i>	German Yearbook of International Law
<i>Handyside</i>	Handyside Case, ECHR Series A no. 24
<i>HJIL</i>	Harvard International Law Journal
<i>HRJ</i>	Human Rights Journal
<i>IBC</i>	International Boundary Cases: The Continental Shelf, 1992
<i>ICJ</i>	International Court of Justice
<i>ICJ Reports</i>	Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders by the International Court of Justice
<i>ICLQ</i>	International and Comparative Law Quarterly
<i>ILC</i>	International Law Commission
<i>ILR</i>	International Law Reports
<i>Island of Palmas</i>	Island of Palmas Case, RIAA II s. 829ff.
<i>Jan Mayen</i>	Case Concerning Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, ICJ Reports (1993) s. 38ff.
<i>La République</i>	Jean Bodin: Les Six Livres de la République I–VI, 1576
<i>Leviathan</i>	Thomas Hobbes: Leviathan, 1651
<i>Libya/Malta</i>	Case Concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), ICJ Reports (1985) s. 11ff.
<i>LJIL</i>	Leiden Journal of International Law
<i>LNTS</i>	League of Nations Treaty Series
<i>Lotus</i>	The Case of the S. S. Lotus, PCIJ Series A No. 10
<i>Lærebog</i>	Alf Ross: Lærebog i folkeret, 1984
<i>Mergé</i>	Mergé Case, RIAA XIV s. 236ff.
<i>Minquiers & Ecrehos</i>	Minquiers and Ecrehos Case, ICJ Reports (1953) s. 45ff.
<i>NJIL</i>	Nordic Journal of International Law
<i>North Sea</i>	North Sea Continental Shelf Cases, ICJ Reports (1969) s. 1ff.
<i>Nottebohm</i>	Nottebohm Case, ICJ Reports (1955) s. 4ff.
<i>NTfIR</i>	Nordisk Tidsskrift for International Ret
<i>Nuclear Tests</i>	Nuclear Tests Case, ICJ Reports (1974) s. 251ff. og 455ff.
<i>(Para)Military</i>	Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, ICJ Reports (1986) s. 13ff.
<i>PCIJ</i>	Permanent Court of International Justice
<i>PCIJ Series A/B</i>	Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A: Collection of Judgments og Series B: Collection of Advisory Opinions
<i>Recueil des Cours</i>	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International
<i>Ret og retfærdighed</i>	Alf Ross: Om ret og retfærdighed, 1953
<i>Retslæren</i>	Preben Stuer Lauridsen: Retslæren, 1977
<i>RIAA</i>	United Nations, Reports of International Arbitral Awards
<i>Rigsfællesskabet</i>	Frederik Harhoff: Rigsfællesskabet, 1993
<i>Salem Case</i>	Salem Case, RIAA II s. 1161ff.

<i>Saml.</i>	De Europæiske Fællesskabers Domstol, Samlingen af Domstolens afgørelser (dansksproget version)
<i>Sammlung</i>	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes (tysksproget version)
<i>Simmenthal</i>	Det italienske finansministerium mod S.p.a. Simmenthal, Saml. (1978) s. 629ff.
<i>Structure</i>	Martti Koskenniemi: From Apology to Utopia, 1989
<i>Structures</i>	David Kennedy: International Legal Structures, 1987
<i>Sunday Times</i>	The Sunday Times Case (No. 1), ECHR Series A no. 30
<i>TfR</i>	Tidsskrift for Rettsvitenskap
<i>Topics</i>	Veijo Heiskanen: International Legal Topics, 1992
<i>Tunesia/Libya</i>	Case Concerning the Continental Shelf (Tunesia/Libyan Arab Jamahiriya), ICJ Reports (1982) s. 16ff.
<i>Two Treatises</i>	John Locke: Two Treatises I–II, 1690
<i>UfR</i>	Ugeskrift for Retsvæsen
<i>UNTS</i>	United Nations Treaty Series
<i>van Gend & Loos</i>	N.V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos mod Den nederlandske Finansforvaltning, Saml. (1954–64) s. 375ff.
<i>Wimbledon</i>	Case of the S. S. Wimbledon, PCIJ Series A No. 1
<i>YILC</i>	United Nations, Yearbook of the International Law Commission
<i>ZaöRV</i>	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

KAPITEL I

INTRODUKTION

1. *Lad os forestille os ...*

En landegrænse, to stater, hvorimellem grænsen skær, og tre mænd, alle medlemmer af det lokale skydeselskab godt gemt inde i den ene af staterne. Alle tre er mændene borgere i den stat, som i de tidlige morgentimer på larvefødder og med opbakning fra kampflys blanding af morgenrøden overskred grænsen til nabostaten. Ved aftentide har den måbende nabostat mistet betydelige landarealer, og mobiliseringen af dens hære pågår stadig. Ingen har taget sig tid til at samle, end-sige begrave ligene i det afsvedte grænseland – slet ikke vores tre medlemmer af skydeselskabet, som holder til i en pompøs bygning fra forrige århundrede på den anden side af grænsen, nogle hundrede kilometer fra fronten. Kampbilleder flak-ser henover skydeselskabets fjernsynsskærme, kun afbrudt af indslag fra den nationale fjernsynsstations udsendte medarbejdere i alverdens hovedstæder – og i New York.

»Tænk, Sikkerhedsrådet vil fordømme os ...«.

»Ja, det er en satans knibe, vi er havnet i. Og vores troværdighed er under alle omstændigheder skudt tilbage til stenalderen – med god grund: vi kan ikke en gang overholde de mest elementære internationale spilleregler. Han må sgu da kunne læse Pagten, ham den ...«.

»Ja ja, den der række bebrejdelser har jeg aldrig kunnet følge dig i. FN Pagten er da meget god, et vigtigt symbol og den slags efter krigen. Men den duer jo altså ikke i virkelighedens verden. Sikkerhedsrådet har intet at komme efter. Alle véd udmærket, at de selv bad om vores invasion – sådan at komme her og provokere os. Og gud hjælp mig, om ikke Sikkerhedsrådet fortsætter ud ad samme tangent og vil have vores suverænitet leveret på et sølvfad. Det giver da ingen mening, om ...«.

»Sikken en gang nonsens. Vi har sgu da ingen suverænitet, sådan er det ikke i moderne folkeret. Eller vi lider måske alle sammen af en uantastelig, liberalistisk frihed, som slukker selv de mest banale menneskepligter, hva?«

»I hvert fald kan vi kun være suveræne inden for Pagten rammer. Og allerede artikel 2 forbyder overgreb som vores«.

»Og hvad så? Hvad er det i det hele taget for en ret, vi skulle rette os efter og ofre vores suverænitet for? Et stykke papir som FN Pagten – ord, som ingen tager alvorligt, som kan brydes uden at nogen løfter et våben ... det har da intet med ret at gøre. Det er utopi drenge, et moralsk kævleri, som allerede blev afsløret med Folkeforbundet. Det har intet med vores suverænitet at gøre!«

Pludseligt bryder verdensmørket igennem og lyset går ud i skydeselskabets lokaler. Selv fjernsynene går i sort. Måske er der blot røget en sikring – eller måske har et trodsigt missil fra nabostaten fundet vej. Det vides ikke – og det er ikke relevant for nærværende afhandling.

Afhandlingen handler om suveræniteten – i folkeretten, et suverænitetsbegreb som synes at beklæde uklarhedens uriaspost, ikke blot i lokale skydeselskaber men også i folkeretlig teori og praksis. Begrebets indhold og omfang er svævede. Om uklarhed kunne således den dogmehistoriske fader til det moderne, systematiske suverænitetsbegreb, Jean Bodin, berette:

»Il est icy besoin de former la definition de souveraineté, par ce qu'il n'y a ni jurisconsulte, ni philosophe politique, qui l'ait définie: jaçoit que c'est le point principal, et le plus necessaire d'estre entendu au traité de la Republique«, *La République* I s. 179.

Bodins konstatering af uklarhed var rettet mod middelalderens statsteori, som dels havde blik for kosmopolitiske ideer om pavens eller kejserens suverænitet under gud, men dels også puslede med mere fragmentariske styreformer i de gryende (national)stater. Bodins teori om staten kan med nogen forenkling forstås som forligets opløsning af denne dualisme. Men hermed blev suverænitetsbegrebet ikke afklaret – og omtrent 350 år senere skulle tavlen vaskes rein:

»Sogar für den im allgemeinen recht unsicheren terminologischen Zustand der Staats- und Rechtslehre ist die starke Oszillation dieses Grundbegriffes ungewöhnlich«, *Das Problem* s. 1.

Og mere end et halvt århundrede senere kunne Louis Henkin i det på mange måder politisk turbulente og i hvert fald for eftertiden symbolske år, 1989, indlede sine forelæsninger over folkerettens almindelige del ved The Hague Academy of International Law med disse betragtninger:

»States are commonly described as 'sovereign', and 'sovereignty' is commonly noted as an implicit, axiomatic characteristic of Statehood. The pervasiveness of that term is unfortunate, rooted in mistake, unfortunate mistake. Sovereignty is a bad word, not only because it has served terrible national mythologies; in international relations, and even in international law, it is often a catchword, a substitute for thinking and precision. It means many things, some essential, some insignificant; some agreed, some controversial; some that are not warranted and should not be accepted. Once there was serious debate as to whether there is, or can be, a law of nations since, it was argued, a sovereign State cannot be subject to any other authority, even to agreements of its own making or to law which it helped make or to which it consented. If today such arguments are no longer heard, States continue to argue that certain kinds of law

or agreements, certain kinds of institutions, are impossible or inappropriate for 'sovereign States', inconsistent with their sovereignty», Henkin (1989) s. 24f.

Henkin viser herefter suverænitetetsbegrebet bort fra folkeretten – til »the shelf of history as a relic from an earlier era«, Henkin (1989) s. 26. Herved tager Henkin del i moderne folkeretsteoris omgang med suverænitetetsbegrebet, et begreb teorien aldrig kom til klarhed over – og som den (derfor) endte med at bortvise; for andre, mere nutidige betragtninger over suverænitetetsbegrebets uklarhed, se til eksempel Brierly (1958) s. 350, Sørensen (1971) s. 41, Akehurst (1987) s. 15, Walker (1988) s. 6ff., Brownlie (1990) s. 108, Pennington (1993) s. 284, *Lærebog* s. 39, *Structure* s. 207, note 49.

Bortvisningen af suverænitetetsbegrebet i det 20. århundredes folkeretsteori burde være kontroversiel, allerede fordi retsdogmatikkens opgave ikke er at udvælge sig de gode normer og principper omkring et normsystem og adskille dem fra de onde – alle dem som i udtalt form er »a bad word«. Hertil kommer, at suverænitetetsbegrebets bortvisning har forarmet folkeretlig argumentation, *dels* fordi suverænitet er en nøglefigur i folkerettens retskilde- og metodelære, jf. kap. IX–XI, hvilken lære derfor selvsagt bedst forstås, når suverænitet som ord kan udtales, *dels* fordi dele af folkeretten fra tid til anden hærages af et inadækvat suverænitetetsbegreb, hvis inadækvans tilsløres af den almindelige uklarhed omkring suverænitet, se konklusivt kap. XVI.

Når suverænitetetsbegrebet til trods for sine væsentlige betydninger ikke har været taget til nåde i folkeretlig teori, hænger det sammen med, at bortvisningens grund for så vidt var ganske dramatisk. I citatet ovenfor nævner Louis Henkin en »serious debate as to whether there is, or can be, a law of nations since, it was argued, a sovereign State cannot be subject to any other authority«. Det problem – som samtidig er bortvisningens årsag – benævnes i denne afhandling: *inkongruensproblemet*. Som formuleret af Henkin består problemet i, at suverænitet forstås som inkongruent eller uforenelig med pligtsubjektivitet. I andre ord varslers problemet et forbud mod regulering af suverænitets forhold: *enten* suverænitet *eller* pligtsubjektivitet, folkeret. En første prægnant formulering finder inkongruensproblemet allerede hos den folkeretskyndige, som personificerer folkerettens grundlæggelse – Hugo Grotius, jf. kap. IV, 2. Og i nyere tid har problemet sat sig effektivt igennem i folkerettens teori ved at trække uforsonelige løsninger efter sig: i forrige århundrede i form af en mistænkeliggørelse af folkeretten, i indeværende århundrede i form af den omtalte mistænkeliggørelse og bortvisning af suverænitet fra folkeretten.

Forudsætningen for, at suverænitetetsbegrebet omkring folkeretten kan hjemsendes fra uklarhedens uriaspost, er en analyse og opløsning af inkongruensproblemet, hvilket i denne afhandling er henlagt til kapitlerne VII og VIII i forlængelse af en redegørelse i kapitlerne II til VI for suverænitetetsbegrebets oprindelse. På dette sted søges suverænitetetsbegrebets uklarhed nøjere fikseret – med udgangspunkt i den uklarhed eller begrebsvilkårlighed, som blev afsløret med navn-

kundige Alf Ross' udfindelse af et cirkulært begrebssystem i folkerettens rodnet. Fundet gennemgås i de to følgende afsnit.

2. Begrebssystemers cirkularitet. Om valg af suverænitetsbegreb

I forbindelse med udmåling af folkerettens begreb var det Alf Ross en kærkommen opgave indledningsvis at blotlægge en gængs definitions cirkularitet. Nu var det selvsagt ikke definitionen af (fx) folkerettens begreb, som var cirkulær. Det var et (gængst) begrebssystem, som denne (gængse) definition optrådte i, der kørte i ring: folkeretten er de retsregler, der gælder for staterne i deres indbyrdes forhold; staten er suverænitets subjekt; suveræniteten er folkeretsumiddelbarhed. »En definition der på denne måde kører i ring kaldes også cirkulær og er på det pågældende punkt i *virkeligheden* blank«, *Lærebog* s. 13.

Det gængse begrebssystem finder Ross hos eksempelvis Møller (1933) I s. 3, 78 og 79 og Rasting (1940) I s. 1 og 44, se Ross (1942) s. 13, note 1. Ross' syn på sagen har vundet almindelig tilslutning, fx Nørgaard (1962) s. 21; kritisk er dog Rasting (1943) s. 35f. Den mest udbredte følge af cirkularitetens (an)erkendelse har været en udtalt skepsis mod indledende definitorisk virksomhed, fx Sørensen (1971) s. 43f., Germer (1989) s. 9ff., Gulmann mfl. (1989) s. 16ff. Se også Jarners anmeldelse i UfR (1943) B s. 306f. med note 1 samt anmeldelsen i NTfR (1942) s. 90f. Nogen optimisme findes dog hos Castberg (1948) s. 1, Gihl (1956) s. 87ff. og Fleischer (1994) s. 17. Som det skal illustreres i det følgende, vidner såvel Ross' omgang med definitions-spørgsmålet som efterfølgende forfatteres retræte overfor samme om en noget overdreven holdning til – fx cirkulære begrebssystemer.

Se i øvrigt *Das Problem* s. 308 for tilsvarende kritik af et lignende, cirkulært begrebssystem.

Omkring definitionens (blanke) forhold til »virkeligheden« er en række kommentarer tvingende. Ross har korrekt udfundet et begrebssystem, som kører i ring. Men det er i og for sig trivielt: mange definitioner er reversible i den forstand, at når A kan defineres ved B (definition ved synonymer, antonymer), så kan B også defineres ved A. Frihed er fravær af tvang; tvang er fravær af frihed, se hertil Bentzon (1914) s. 9. Samh. Bartelson (1993) bla. s. 127 og 192 om sammenhængen mellem stat og suverænitet i historien. Hvad angår begrebsindhold, er det principielt interessante derfor kun sjældent ringen. Ringene bliver kun herrens, leder kun til tomhed og fordærv i det omfang, det antages, at de begreber, som slutter ringen, ikke kan defineres anderledes, end som de optræder i ringen. Og en sådan antagelse er ubetinget tvivlsom: der findes næppe mange begreber, ord, vendinger, som ikke efter selv normal sprogbrug åbner op for meningsmangfoldighed; begreber som suverænitet, stat og folkeret er ingen undtagelser. Målet med en definition er da konkret at vælge mening – begrebsvalget. Samh. kap. IV, 7 om begrebsmonisme.

Alf Ross ser slet ikke denne pointe – med god grund, som det afslutningsvis skal illustreres. I stedet står Ross fadder til et forsøg på frelse af den samlede folkeretsvidenskab. Forsøget er som sådan enkelt: »I stedet for det ubestemte eller

cirkulært definerede begreb 'stat' må man blot sætte begrebet 'selvstyrende rets-samfund'«, *Lærebog* s. 24. Ross' begrebssystem blev herefter blot »en fuldendelse og uddybelse af den traditionelle opfattelse«, *Lærebog* s. 24. Systemet tager sig således ud:

I. Folkeretten er »den ret der gælder for (forbinder) de selvstyrende samfund og sammenslutninger af sådanne (internationale organisationer) i deres indbyrdes forhold«, *Lærebog* s. 18.

II. Et (rets)samfund, retssystem er selvstyrende, »når og forsåvidt det umiddelbart i forhold til sine individer er højeste retsmagt«, *Lærebog* s. 15; »den interne ret ... gælder suverænt ... som højeste instans i forhold til borgerne«, *Lærebog* s. 73.

Hvad angår *I*, er det en omskrivning af den traditionelle definition per genus proximum et differentiam specificam, dvs. definition ved skolestisk kombination af nærmeste overordnede slægt (genus), her begrebet »ret«, og det særlige artsdannende kendetegn (differentium), her traditionelt »stat«, hos Ross blot »selvstyrende (rets)samfund«. Derimod er *II* tilsyneladende forskellig fra den traditionelle definition af staten – som suverænitets subjekt. Men det er kun tilsyneladende. *II* kan spaltes i *IIa*: (rets)samfundets selvstyre er at forstå som suverænitet (svirkning), jf. i øvrigt *Lærebog* s. 49; og i *IIb*: ved suverænitet (svirkningen selvstyre) forstås, at retssystemet »i forhold til sine individer er højeste retsmagt«, jf. i øvrigt *Lærebog* s. 15. Mens definitionen af det selvstyrende (rets)samfund i *IIa* er lig den gængse definition af staten, er definitionen af suverænitet i *IIb* værd at konfrontere med den gængse: ved suverænitet forstås folkeretsumiddelbarhed, altså det at staten, det selvstyrende (rets)samfund, er »underkastet alene folkeret, ikke statslig ret – en forfatning«, *Lærebog* s. 13.

Disse to definitioner af suverænitet kan sammenholdes med, hvad fx to af Tysklands mest markante folkeretsvidenskabsmænd i nyere tid, Alfred Verdross og Bruno Simma, anfører om suverænitetsbegrebets indhold:

»'Souveränität' eines Staates bedeutet also zunächst, daß er für seine Angehörigen und auf seinem Gebiete der höchste Herrschaftsverband ist, gegen dessen Anordnungen und Entscheidungen an keine höhere Stelle appelliert werden kann (innerstaatliche Souveränität). 'Souveränität' des Staates bedeutet ferner, daß die Staaten untereinander keiner überstaatlichen Macht, sondern bloß dem vom zwischen-staatlichen Konsens getragenen VR untergeordnet sind (vr Souveränität)«, Verdross & Simma (1984) s. 29.

Sondringer svarende til denne mellem »innerstaatliche Souveränität« (intern suverænitet) og »vr Souveränität« (ekstern suverænitet) er ganske almindelige, se fx von Liszt (1918) s. 48, Lawrence (1928) s. 48, Suontausta (1955) s. 41f., Simma (1991) s. 39f. Alf Ross' selvstyre svarer til intern suverænitet, mens ekstern suve-

rænitet modsvarer suverænitetsbegrebet i det såkaldt gængse begrebssystem. Begrebssystemets cirkularitet afhænger af valg af suverænitetsbegreb – kun ved at vælge eksternt suverænitet og fravælge internt suverænitet oprinder cirklen. Ross' drejning af dette valg mellem begreber fra suverænitet til stat og selvstyrende (rets)samfund beror på, at Ross til disse begreber knytter de forskellige suverænitetsbegreber; således inkorporeres den interne suverænitet i begrebet om det selvstyrende (rets)samfund. Saml. *Lærebog* s. 41. Den drilske cirkel er resultatet af valg mellem suverænitetsbegreber, som i øvrigt udmærket begge kan være lige korrekte (sande).

I parentes bemærket er det et fejlgreb med Alf Ross at antage, at definitioner (begrebsvalg) hverken kan være korrekte eller ukorrekte (sande eller falske) men blot mere eller mindre hensigtsmæssige, samh. *Lærebog* s. 11. Ross fejler, fordi han ikke sonderer mellem, hvad fx Robinson kalder »lexical definition« og »stipulative definition«, hvor der ved det første forstås beskrivelse af et intersubjektivt begreb, altså hvad flere sprogbrugere lægger i ordet, mens der ved det sidste forstås en beskrivelse af, hvad sprogbrugeren selv agter at lægge i ordet. Alene den sidste type definition er udtryk for en egen beslutning, der som sådan er normativ og foruden korrekthedsværdi. Den første type af definitioner er derimod beskrivelse af begrebsanvendelse i en given kontekst, og denne normbeskrivelse har som sådan en korrekthedsværdi. Se Robinson (1950) s. 62.

Sondringen mellem præskriptive og deskriptive udsagn burde i øvrigt være elementær for Ross, jf. *Ret og retfærdighed* allerede s. 14–21 og 28f. Ross' adækvansbegreb, jf. *Lærebog* s. 12, er alt andet lige en variation over definitioners korrekthedsbegreb. Samh. med de belærende betragninger i Ross (1959) s. 7f. Se også den noget usikre passage i Gulmann mfl. (1989) s. 17, hvor det kræves, at definitionen er en »korrekt beskrivelse« (relevant), som »ikke adskille[r] sig u hensigtsmæssigt fra den sprogbrug, der er gængs på området« (adækvat).

Den forvirring og uklarhed, som behersker Ross' indledende omgang med konstituerende begreber, giver næring til det indtryk, at suverænitetsbegrebet ikke i sin hidtidige formulering har været noget entydigt begreb. Måske ligger her en væsentlig kilde til den uklarhed, som også Bodin og Kelsen bemærkede sig, jf. afsnit 1.

Jeg kan ikke nære mig for en nærmere analyse af forholdet mellem de to definitioner af suverænitet: internt og eksternt suverænitet. Står de i gensidighedsforhold til hinanden, således at den ene kan afledes tvangsfrit af den anden?

Det – såkaldt – gængse begrebssystem kan skrives: hvad er folkeret? det er ret for (alene) stater! hvad er en (suveræn) stat? den er *alene folkeretssubjekt (1)!* Og Ross' – såkaldte – fulden-delse kan, idet jeg altså ikke finder nogen grund til erstatning af stat med selvstyrende (rets)samfund, på tilsvarende vis skrives: hvad er folkeret? det er ret for (alene) stater! hvad er en (suveræn) stat? den er *ret for personer (2)!* Spørgsmålet om gensidighedsforhold mellem begreberne om eksternt og internt suverænitet bliver et spørgsmål om, hvorvidt 1 kan afledes af 2 og omvendt – og om, hvorvidt afledningen sker tvangsfrit, dvs. at afledningens hjælpepræmisser ikke foregriber afledningen.

Afledning af 1 fra 2, af eksternt suverænitet fra internt, sker som følger. Stat er *ret for personer (2)*, hvorimod staten ikke er ret for stater – forudsat stat er forskellig fra person. Heraf flyder, at stat *alene* er *folkeretssubjekt (1)* – under forudsætning af at ret for stater kaldes folkeret, og at der ud over dette kun er ét andet retssystem, nemlig staten eller internt ret. Den sidste forudsætning kan imødekommes: folkeretsdefinitionen er fælles for det gængse og Ross' begrebssystem, og

traditionen antog alene to retssystemer, jf. *Lærebog* s. 13. Også den første forudsætning om forskellen på stat og person må imødekomes: antoges det modsatte, ville såvel definitionen af folkeret som af stat i Ross' begrebssystem være tautologiske, fordi begge så blot ville udsige det selvfølgelig, at ret gælder for retssubjekter, med hvilke stater/personer ville være synonyme, jf. *Lærebog* fx s. 49 og 135. Og endvidere ville stat som ret for (anden) stat være en noget kompleks antagelse, samh. kap. VII, 4. Resultatet bliver, at eksternt suverænitet kan afledes af internt.

Men kan internt suverænitet også afledes af eksternt suverænitet, kan 2 afledes af 1? Afledningsmanøvren måtte tage sig således ud som følger. Stat er *alene folkeretssubjekt* (1), hvorfor stat ikke er ret for (anden) stat – forudsat at stat er ret, et retssystem. Heraf flyder, at stat er ret for ikke-stat – under forudsætning af at folkeret er ret for stater og det eneste retssystem udover staten. Idet det så videre forudsættes, at ikke-stat er lig person, så følger det, at stat er *ret for personer* (2). Den midterste forudsætning kan som ovenfor imødekomes. Men de to andre forudsætninger må afvises, fordi det tilsammen er dem, som gør det ud for netop begrebet om internt suverænitet: staten som ret for personer. Internt suverænitet kan i andre ord kun afledes af eksternt suverænitet i det omfang, begrebet antages forud for afledningen. Resultatet bliver, at internt suverænitet ikke kan afledes af eksternt – medmindre det antages, at internt suverænitet netop er folkeretligt givet, jf. om en sådan *monistisk* konstruktion følgende citat fra *Einheit* s. 35: »'Souveränität' ist gerade die besondere Kompetenz, die die 'Staaten' auf grund des Völkerrechts besitzen. 'Staatliche Souveränität' und 'unmittelbare Völkerrechtsunterworfenheit' bedeuten daher ein und dasselbe«.

At afledningsforholdet under antagelse af en ikke-monistisk (*dualistisk*) konstruktion alene går den ene vej, bunder i, at mens (eksternt) suverænitet i det gængse begrebssystem blot er en spejlvending af folkeretsdefinitionen, jf. dette systems cirkularitet, så begunstiger (internt) suverænitet hos Ross begrebssystemet med nyt materiale: begrebet person. Koskenniemi's forsøg på at skubbe det gængse begrebssystems cirkularitet ind under forestillingen om symbiose mellem »facts« og »law«, Sein og Sollen, forekommer mig (også) herefter ikke blot at være et unødigt komplicerende men også et direkte fordrejende, nærmest vrangvendende træk, saml. *Structure* s. 262, note 279.

Af disse småtrykte overvejelser fremgår det, at såfremt definitionen af internt suverænitet er korrekt, er også definitionen af eksternt suverænitet korrekt – den sidste siger jo ikke andet og mere end den første (givet forudsætningerne), samh. *Lærebog* s. 46 om den sidste definition som »åbenbart forfæjlet«. Samtidig er det klart, at eksternt suverænitet lettest følger folkeretsdefinitionen, fordi den blot er en spejlvending af denne: folkeret defineres ved stat – suverænitet; suverænitet ved folkeret. Men eksternt suverænitet forøger ikke begrebssystemets indhold. Et interessant spørgsmål, som Ross forsømte, er, hvorfor traditionen – hvis den valgte – valgte denne letteste men lidet sigende vej, uklarhedens boulevard, samh. afsnit 1. Det er i og for sig spørgsmålet, *når* et cirkulært begrebssystem oprinder på grund af et ikke tvungent begrebsvalg som her, hvor valg stod mellem internt og (alene) eksternt suverænitet; og *når* det cirkulære begrebssystems fædre vises respekt og ikke blot letkøbt foragt. Det er så en anden sag, at Ross tilslører sit udsyn til dette spørgsmål ved at antage, at det er traditionens statsbegreb, som (*blot*) må forfines, jf. ovenfor.

To alternative årsager til traditionens valg kan tænkes:

(1) Uklarheden kan bunde i, at suverænitetsbegrebet er folkeretligt uinteressant. At dette begreb har så ringe relevans for beskrivelsen af folkeret, at definitionens virksomhed finder et naturligt leje eller stop her. For sagen er jo den, at skal den ene definition ikke forfølge den anden ad infinitum som i en sokratisk

spørgsmålsbygge, så må den definitoriske virksomhed på et endeligt sted lukke ned og regrestanken fortone sig. Den nødvendige pris er at akkviescere ved de udefinerede begreber, som de sidste definitioner i stopskiltets skygge har udsyn til, og som de baserer sig på; udefinerede og dermed mere svævende begreber, der derfor nødvendigvis må føles så tilpas irrelevante i den konkrete sammenhæng, at hele videnskabsgenren ikke svæver med. Se også kap. II, 1. Formuleret på anden vis »gælder« der et krav om legitimation af definitorisk virksomhed, jf. fx Bayles (1991) s. 253. Én fortolkning af traditionens valg kunne være, at det er, hvad der sker ved suverænitetsbegrebet i folkeretlig teori: suverænitetsbegrebet er ikke synderligt relevant, og i stedet for at skrive dette direkte, så gøres det indirekte ved spejlvending af en tidligere definition.

Mest nærliggende er det så i forlængelse af denne fortolkning (blot) at forstå suverænitet som et politisk slagord – »One is that it is only a small minority of states, only the Great Powers and perhaps not even all of these, that today possess power sufficient to make good the claims that the possession of sovereignty nominally entitles a state to make. For most states sovereignty has become little more than an honorific epithet, much as it is when we speak of 'Our Sovereign Lord the King'; it is only the power of a few Great Powers that is a reality in the modern world«, Brierly (1958) s. 351, samh. s. 36.

(2) En anden fortolkning af traditionens valg kunne søge sit opland i det synspunkt, at ringene – cirkulariteten – ikke knyttes af suverænitetsbegrebets mangel på vægt og relevans, samh. citatet fra »Les Six Livres de la République« i afsnit 1, hvor skismaet mellem begrebsuklarhed og begrebsvægt, »c'est le point principal«, kommer til udtryk. Suverænitetsbegrebet kan ansues som så fundamentalt og basalt, så selvfølgelig, at ingen tradition for dets definition er blevet dannet. Suverænitet som et kulturbegreb, en udtalt forudsætning eller præmis for megen tankevirksomhed og beskrivelse. Indkredsning af denne ideologi bliver derfor på en gang interessant og unødvendig, vanskelig men også nem at komme udenom.

Disse to alternative (årsags)forklaringer bærer suverænitetsbegrebet gennem historien, til skiftende tider hyldet som i sig selv suverænt eller lagt for had som utopiers politiske banner. Begge yderpunkter er variationer over den utilfredshed, som ofte ligger i forlængelse af (an)erkendelsen af suverænitetsbegrebets uklarhed, der ikke mindst binder an til det såkaldte inkongruensproblem, se kap. VII. Ingen af forklaringerne lader slå til med en mere positiv forståelse (og accept) af det flyvske som rummelighed, fleksibilitet eller lignende. Uklarheden fører enten til afvisning af suverænitetsbegrebet, fx *Lærebog* s. 52, Kelsen (1966) s. 194, Brierly (1958) s. 46, 75ff. og 350, Triepel (1899) s. 76, note 2, eller til skærpelse og præcisering af begrebet, fx *La République* I s. 179, *Grundlinien* bla. §§ 278 og 321f. Den gyldne middelvej vælges sjældent: mens suverænitetsbegrebet dominerede store dele af også folkeretlig teori i forrige århundrede, har det i indeværende århundrede oplevet foragten – over for suverænitetsdogmet, »das Souveränitätsdogma«.

Kelsen har slået til lyd for, at definition af et normsystem ved dets subjekter er selvmodsigende, fordi normsubjektiviteten i et og alt er skabt ved systemets normer – personer eller stater er blot normernes hypostasering. Normerne kan ikke defineres ved normsubjektiviteten, fordi denne subjektivitet skabes via normerne. Subjektiviteten er ikke givet forud. En sondring mellem folkeret og intern ret gående på divergerende retssubjektivitet »auf logischen Gründen mißlingen muß«, *Das Problem* s. 128, samh. s. 231. Se også kap. XII, 3. Kelsens lyd er imidlertid en kakofoni, logikken ikke bare misbrugt men forladt. Beskrivelsen af (kendte) normsystemer forveksles med erkendelsen af (ukendte) normsystemer. Retsvidenskab drejer sig om det første, ikke det sidste – retsvidenskab er ingen erkendelsesvej frem mod retssystemet men beskrivelse af et allerede (an)erkendt normsystem kaldt ret, saml. *Structures* s. 190, *Structure* s. 262. Den retsvidenskabelige beskrivelse forudsætter kendte normer, herunder kendskab til normsubjekterne. Tesen i *Das Problem* bla. s. 160ff. om, at staten slet ikke kan være normsubjekt, forudsætter monisme, se også kap. VII, 2 og 4.

For god ordens skyld skal det afslutningsvis bemærkes, at ovenstående anvendelse af gængse begrebssystemer til illustrativ modstilling af to alternative (årsags)forklaringer på systemernes cirkularitet vel ikke er helt retfærdig al den stund, at Alf Ross' omgang med traditionen ved et nærmere eftersyn er temmelig vanskelig at følge. Traditionen betjener sig nemlig ikke alene af et begreb om ekstern suverænitet. Også intern suverænitet nævnes, fx Møller (1933) I s. 150ff. om »Suveræniteten indadtil« og »udadtil« og Rasting (1940) I s. 65ff. De af Ross fremførte definitioner af ekstern suverænitet som led i cirkulære begrebssystemer synes derfor at burde ses i sammenhæng med et (originalt) begreb om intern suverænitet, se endog udtrykkeligt Møller (1933) s. 150. Hermed opløses begrebssystemernes cirkularitet, der netop forudsætter et suverænitetsbegreb som (alene) eksternt, saml. muligvis Ross (1947) s. 12, note 1. Som sådan forudsætter Ross' udfindelse af cirklen en beskæring af forgængernes begrebssystemer, hvilket i sig selv kan betragtes som en cirkelslutning – og i øvrigt er Ross' (eget) system fuldt ud gængst, hans fuldendelse og uddybelse blot en billedstorm; se også Rasting (1943) s. 36ff. For Alf Ross er uklarheden et tveægget sværd – og det sætter uklarhedens styrke i relief, at Ross og mange senere forfattere ikke kom bag om samme uklarhed og opnåede forståelse for Ross' begrebssystem som fuldt ud gængst. Saml. Ross (1947) s. 10: »I even venture to think that I have here expressed basic ideas which point towards the future course of development. I am here thinking especially of the concept of sovereignty and the dogma of the equality of states«. En overgang kunne Alf Ross glæde sig over Verdross tilsvarende misforståelser:

»Es ist das große Verdienst von Alf Ross, die Zirkelhaftigkeit dieser Begriffsbestimmungen aufgedeckt und aufgezeigt zu haben, ... Da nun aber das VR als das Recht der Staatengemeinschaft den Bestand von souveränen Staaten zur Voraussetzung hat, muß der souveräne Staat zunächst durch Merkmale bestimmt werden, die außerhalb des VR liegen. ... Auf diesen Gründen ist die Forderung, den Souveränitätsbegriff zu eliminieren, kein Postulat der Rechtserkenntnis, sondern der Rechtspolitik, da sie auf die Beseitigung einer bestehenden soziologischen Realität hinzielt«, Verdross (1950) s. 10.

Om begrebsmonisme, se særligt kap. VII og VIII.

Ross' uklare og temmelig tvungne omgang med sine forgængeres tanker kan ikke undgå at rette opmærksomheden mod hans eget begrebssystem.

3. »det mystiske, vage, flertydige, følelsesbelastede suverænitetbegreb«, *Lærebog* s. 52

Alf Ross opløste suverænitetbegrebet i såkaldt »reale retsfunktioner«, i »positive retssituationer skabt umiddelbart af gældende retsregler«, *Lærebog* s. 49. Opløsningen var ifølge Ross tvungen, fordi det ikke var muligt at aflede suverænitetsvirkninger som selvstyre, (omfattende) handlefrihed og (fuld) handlekraft af det såkaldt gængse suverænitetbegreb, dvs. af den eksterne suverænitet, jf. *Lærebog* s. 45ff. Selvstyre, blot en anden betegnelse for intern suverænitet, jf. afsnit 2, var én suverænitetsvirkning. Men som sagt udpeges også handleevne og handlefrihed som selvstændige suverænitetsvirkninger. Ved *handleevne* forstås »evnen til at føre egen udenrigspolitik ved at træde direkte i kontakt med andre stater«, *Lærebog* s. 49 og også s. 41 – og mere præcist: »evnen til at berettigede og forpligte sig selv ved egne dispositioner«, *Lærebog* s. 141. Ved *handlefrihed* forstod Ross »det livsrum der ikke berøres af de almindelige eller specielle folkeretlige normer«, *Lærebog* s. 50; saml. Gulmann mfl. (1989) s. 39.

Såvel handleevne som handlefrihed er negationer af norms subjektivitet. De to suverænitetsvirkninger er specialfald af det synspunkt, at frihed tilsmiler et potentielt norms subjekt, når hverken påbud eller forbud søger det. Handleevne og handlefrihed er blot en videre opdeling af denne frihed efter en almindelig sondring mellem kompetencenormer og forholdsnormer, se herom fx *Ret og retfærdighed* s. 45, 74 og 196ff. Fuld handleevne er ubeskåret fravær af kompetenceindskrænkende normer, samh. *Lærebog* s. 46f. og 49f., mens fuld handlefrihed er ubetinget fravær af al pligts subjektivitet i medfør af forholdsnormer, samh. *Lærebog* s. 47 og 50.

Det er for så vidt bemærkelsesværdigt, at Ross på denne måde lader afledninger af sondringen mellem kompetence- og forholdsnormer afføde fra hinanden uafhængige, selvstændige begreber eller virkninger, se fx *Lærebog* s. 50. For Ross gør jo også gældende, at kompetence- og forholdsnormer ikke står i et sådant uafhængighedsforhold til hinanden – fx: »det kan påvises at enhver retsregel, altså også sådanne der umiddelbart angår rettigheder og kompetencer, lader sig omskrive til en regel om pligtforhold«, *Lærebog* s. 27. Se også *Ret og retfærdighed* navnlig s. 65 om kompetencenormers verifikation via forholdsnormers.

Komikken er dog i først omgang kun delvis. For mens der ingen tvivl er om, at handlefrihed (forholdsnormer) og selvstyre bunder alene i folkeretten, så anfører Ross adskillige steder, at handleevnen (kompetencenormer) kan bunde såvel i internretlig som i folkeretlig regulering, jf. *Lærebog* fx s. 46–50, 136, 142 og 148. Efter Ross' mere generelle overvejelser over forholdet mellem kompetence- og forholdsnormer kan handleevne som selvstændig virkning alene begrundes ud fra

dets internretlige udsyn; folkeretligt finder den jo allerede udtryk i handlefriheden. Retteligt set er forskellen på de to suverænitetetsvirkninger derfor en sondring mellem et folkeretligt begreb om handlefrihed og et internretligt begreb om handleevne, mellem folkeretlige forholdsnormer og internretlige kompetencenormer. Denne sondring er under alle omstændigheder utilfredsstillende. For en dualistisk betragtning giver den ingen mening, fordi de to suverænitetetsvirkninger hører hjemme i to forskellige normsystemer. For en monistisk betragtning – såfremt en sådan overhovedet kan anlægges, herom kap. VII, 2 – er sondringen igen bemærkelsesværdig, fordi kompetence- og forholdsnormer ikke kan antages at stå i et sådant modsætningsforhold. Sondringen er uden relevans – retligt som (real) retsfunktionelt. Se også kap. XII, 3.

Ross karakteriserer ikke suverænitetetsvirkningerne som retlige, men i stedet som »retsfunktionelle realiteter« og som »reale retsfunktioner«, se *Lærebog* henholdsvis s. 148 og 49. Suverænitetetsvirkninger synes i dette lys at fremstå som retsnormers frugt i den empiriske virkelighed – de virker, rent faktisk. En sådan effektivitetsantagelse er mystisk og lidet stemmende med »Folkerettens anarkistiske karakter«, *Lærebog* s. 59 og hertil kap. IX, 1. Samh. også *Ret og retfærdighed* fx s. 27 med note 8, 47f. og 53 om »dommerens sind«. Om den manglende empiri i dette empirismens brud, se fx Stuer Lauridsen (1992) s. 59f. Suverænitetetsvirkningerne burde i hvert fald renses for (påstået) empiri og blot forstås på baggrund af kumulation af alene de folkeretlige normers retsfølger, samh. kap. XII, 3.

Nuvel. Det er muligt at udsondre et enkelt kritikpunkt hos Ross, som ikke nødvendigvis skal falde med den netop beskrevne brist. Indledningsvis må begrebet om handleevne reduceres til alene at bunde i folkeretlig regulering – og den bemærkelsesværdigt betydningsfulde sondring mellem forholdsnormer (handlefrihed) og kompetencenormer (handleevne) accepteres. I den sammenhæng er suverænitetetsvirkningerne handleevne og handlefrihed under ét udtryk for det synspunkt, at frihed (suverænitet) for staten er frihed for folkeretlig regulering, samh. kap. IX, 2. For staten er alene den folkeretlige regulering relevant. Det er det samme som antagelse af det eksterne suverænitetsbegreb, dvs. at staten alene er bundet af folkeretten (folkeretsumiddelbarhed), jf. afsnit 2. Det kritikpunkt hos Ross, som nu skal diskuteres, er det synspunkt, at der dog alligevel er forskel på folkeretsumiddelbarhed og suverænitetetsvirkningerne handleevne og handlefrihed. Det udtrykkes af Ross derhen, at det er umuligt at aflede de to suverænitetetsvirkninger af folkeretsumiddelbarheden:

»Det er umuligt at aflede *omfattende* handlefrihed af folkeretsumiddelbarhed. I hvilket omfang der tilkommer staten handlefrihed må bero på indholdet af de forpligtelser der påhviler den, ikke på deres formelle grundlag«, *Lærebog* s. 47.

»Det er umuligt at aflede *fuldstændig* handleevne af folkeretsumiddelbarhed. Om denne retsstilling foreligger eller ej må bero på indholdet af de retsregler der gælder for vedkommende samfund, ikke på deres formelle grundlag«, *Lærebog* s. 46f.

Citaterne må ses i sammenhæng med Ross' opregning af suverænitetetsvirkningerne »I nyere tid«, nemlig »indre selvstyre, fuld handleevne, og omfattende handlefrihed som virkninger af suveræniteten«, *Lærebog* s. 41. Det står tilsyneladende ikke til diskussion, at handleevnen er »fuld« og handlefriheden »omfattende«. Derfor er afledningen fra folkeretsumiddelbarheden af disse suverænitetetsvirkninger ikke korrekt – med Ross' ord ikke adækvat, samh. *Lærebog* s. 12.

Spørgsmålet er, hvad der begrunder det fulde og det omfattende og dermed kritikpunktet – som altså omfatter både handleevne og handlefrihed og som sådan kan diskuteres ved siden af den tidligere omtalte brist.

De materielle kvalifikationers begrundelse er næppe metafysisk fæstet i en højereliggende, metarettlig orden. Der kan vel ikke antages nogle meta(folke)retlige normer, som foreskriver, at fx de folkeretlige forholdsnormer ikke kan antage »omfattende« karakter. Det kan Alf Ross i *sagens natur* ikke tilsigte, samh. også kap. II, 1. Og citaterne lader da heller ikke megen tvivl tilbage om, at kvalifikationerne skulle finde deres begrundelse i – folkeretten.

Også den »fulde« handleevne må finde sin begrundelse i alene folkeretten. Det bristefærdige internretlige supplement tjener nemlig alene til handleevnens forringelse, fx *Lærebog* s. 136 og 139 og i øvrigt kap. IX, 2 om *The Case of the S. S. Lotus*.

Begrundelse af kvalifikationerne i folkeretten er dog på den anden side ikke heldig. Det er ikke troværdigt, at kvalifikationerne bygger på en nøje analyse af hver stats folkeretlige forpligtelser holdt op mod rammerne for det »omfattende« for ikke at sige det »fulde«. Og selvom det skulle være tilfældet, så forekommer det utiltalende definatorisk at spænde folkeretten hertil – for i betragtning af antallet af stater kan sådanne analyser hurtigt forældes af verdens dynamiske gang. Det er derfor uberettiget at forkaste den eksterne suverænitet (folkeretsumiddelbarheden) til fordel for ideologisk ladede aksiomer om fuld handleevne og omfattende handlefrihed som suverænitetetsvirkninger.

Ross' omgang med begreberne handleevne og handlefrihed kalder på hans egen, afsluttende karakteristik af suverænitetsbegrebet som »det mystiske, vage, flertydige, følelsesbelastede«, *Lærebog* s. 52. Når alle fanfareord er berøvet Ross' begrebssystem, så er det hverken mere eller mindre end en antagelse af intern og dermed også ekstern suverænitet – så er begrebssystemet blot en unødvendig komplikation af det gængse. Begreberne selvstyre, handleevne og handlefrihed fører intet givtigt med sig. Tværtimod har deres hævvelse styrket fornemmelsen af suverænitetsbegrebets mystiske uklarhed – også i dansk folkeretsteori.

Det mest ypperlige resultat af uklarheden findes måske hos Max Sørensen: »Begrebet suverænitet lider imidlertid også af den skavank, at det er mangetydigt. Alle forsøg der er gjort i den folkeretlige teori på at fastlægge dets indhold entydigt har hidtil været forgæves. Dette beror ikke blot på uenighed i teorien, men også på at ordet suverænitet er indgået i den politiske debat som et af de begreber der kan bruges og misbruges til mange formål«, Sørensen (1971) s. 41. Begrebsindhold kan altså kun fastlægges gennem konsensus: »Det er jo i det hele taget en stor vanskelighed i al samfundsvidenskabelig teori, at den der påviser hidtil anvendte begrebers utilstrækkelighed og søger at råde bod derpå ved at udforme nye begreber, kun når sit mål hvis disse nye begreber

bliver almindeligt accepteret», Sørensen (1971) s. 43. Dette er upræcist. Det svækker ikke i sig selv nogen analyse, at den bygger på et mere eller mindre originalt begrebsapparat. Naturligvis må apparatet så forklares, hvis andre skal kunne forstå analysen. Men det er så også det. Heller ikke Max Sørensen kan sætte sig uden for den sontring, som fx hos Robinson går mellem lexical og stipulative definition, jf. afsnit 2. Sluttelig hedder det, at »den folkeretlige videnskab bør tillægge begreberne mindst mulig betydning og lægge hovedvægten på analysen af de retlige strukturer«, således at der faldes tilbage på, at man »på empirisk grundlag [kan] påvise ... et system af retsregler som vi kalder folkeretten«, Sørensen (1971) s. 44. Max Sørensen foreslår altså, at begreber tillægges mindst mulig betydning, således at de blot forudsættes i den retlige analyse. Dette er imidlertid ikke noget udfald mod et folkerettens begreb, hvilket i et eller andet omfang selv sagt må forudsættes, såfremt ordet »folkeret« med mening skal kunne udsiges. Sørensens udfald retter sig derimod mod det synspunkt, at det skulle være relevant for folkeretten at definere folkerettens begreb. Og det kan naturligvis diskuteres, jf. kap. IV, 6 og XII, 3.

Af andre forfattere kan nævnes Gulmann mfl. (1989) s. 39, som finder det »værdifuldt at erstatte eller vel snarere opløse suverænitetsbegrebet i dets *reelle* grundelementer«. På den anden fløj tilslutter Peter Germer sig Max Sørensen og advarer mod de absurde konsekvenser af »Alf Ross' særprægede betragtninger«; dog uden nærmere at redegøre for denne vurdering, se Germer (1989) s. 24, note 37.

Konklusivt har to karakteristika for suverænitet i (også) dansk folkeretlig teori udkrystalliseret sig. For det første synes suverænitetsbegrebet placeret et ubestemmeligt sted mellem intern ret og folkeret. For det andet – og i tæt sammenhæng med det første – gives suverænitet ingen anden betydning for folkeretten end en (negativ) sammenfatning af den norms subjektivitet, som følger af folkeretlige normer, »the totality of international rights and duties recognized by international law«, ICJ Reports (1949) s. 180 og hertil Crawford (1979) s. 26f.; suverænitet er eksternt i forhold til folkeretten. De to karakteristika er betegnende for indeværende århundredes suverænitets-skepticisme – der blev drevet for vidt som reaktion på det 19. århundredes hyldelse af statens suverænitet.

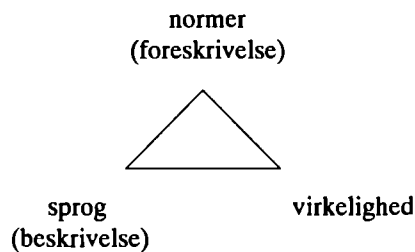
En ny grundlægning af suverænitetsbegreber søger sin begyndelse i næste kapitel – og sin inspiration i et historisk tilbageblik i de følgende kapitler.

KAPITEL II

GRUNDLÆGNING

1. Metodeovervejelser

Der er meget delte meninger om suverænitetsbegrebet – også i folkeretten. Meningerne deles ofte på et grundlæggende stadi. Nærværende afhandling søger derfor ikke mindst udsyn til dette stadi. Og netop fordi stadiet er grundlæggende, vil også forskellige metodiske overvejelser finde deres naturlige plads ikke i afhandlingens start eller slutning men på steder i dens forløb. Indledningsvis skal derfor kun den overordnede, metodiske tilgang skitseres. I den sammenhæng er følgende relationstrekant relevant:



Det er en af Hans Kelsens centrale pointer, at der må skelnes mellem normer og virkelighed, mellem Sollen og Sein. Det er der i og for sig intet nyt i. Fx noterede Jean Bodin sig: »Je respon, pour le faire court, ce que fit Papinian, qu'il ne faut pas prendre pied sur ce qu'on fait à Rome, ains plustost à ce qu'on doit faire«, og igen: »mais en termes de droit, il ne faut pas, disoit Papinian, avoir esgard à ce qu'on faict à Rome, mais bien à ce qu'on doit faire«, *La République* I s. 319f. og II s. 30. Med megen ret kan sontringen mellem Sollen og Sein forstås som retsvidenskabens raison d'être: var der ingen forskel på normer og virkelighed, ville der intet rum være til overs for normative videnskaber hinsides de empiriske discipliners formulering. Samh. Kennedy (1980) s. 357.

Friedrich V. Kratochwil har i sin markante afhandling, »Rules, norms, and decisions« fra 1989, anfægtet, at dikotomien Sollen/Sein skulle kunne være et adækvat metodisk udgangspunkt: »Consider in this context the 'I promise' mentioned above. It is neither a statement about facts nor one about values and thus it fits neither category«, Kratochwil (1989) s. 8. Kratochwils pointe er imidlertid barn af et fejlgreb. For mens Kratochwil i sit eksempel har et løfte og dermed selve talehandlingen for øje, altså den handling som er tilendebragt ved ytringens fremsættelse uanset en eventuel modtagers reaktion – med J. L. Austins ord: den illocutionære akt –, er sontringen mellem Sollen og Sein en sontring mellem mulige genstande for videnskabelig beskrivelse og

dermed i videreledt form en sontring ud fra beskrivelsens eller ytringens indhold – den perlocutionære akt med Austins ord. Og for andre videnskabsgenrer end sprogvidenskaben er det almindeligvis denne den perlocutionære akt, som bliver interessant.

Sproget (sprognormerne) anvendes til beskrivelse. Fx til juraens beskrivelse af normer eller sociologiens beskrivelse af – virkelige, faktiske – adfærdsmønstre. Beskrivelse er også videnskabers gebet. Peter Zinkernagel har gjort gældende, at beskrivelse grundlægges på en række vilkår for beskrivelse, blandt andre kontradiktionsloven. Mening med beskrivelse fordrer iagttagelse af disse vilkår. Så vidt jeg kan se, er der ikke noget til hinder for at forstå disse vilkår for beskrivelse som normer eller som led i normer – for beskrivelse. Det hindrer ikke, at normerne selv kan beskrives – ligesom alle andre normer. Det hindrer (alene), at normerne meningsfuldt kan debatteres – i sproget, for hvilket de er vilkår.

Til forskel fra Immanuel Kant har Zinkernagel videre hævdet: »Forholdet mellem sprog og virkelighed eller mellem påstande og det påståede, er selv vilkår for beskrivelse«. Derfor er der kun at falde tilbage på, at »Virkelighed og sprog kan defineres ved hinanden, virkelighed som det vi kan fremsætte rigtige påstande om, rigtige påstande som rigtige påstande om virkelighed«, Zinkernagel (1988) s. 16 og 18. Skal udsagnene tages på ordene, så kan normer enten ikke beskrives, fordi de ikke er »virkelighed«, eller også må en sontring mellem Sollen og Sein ophæves til fordel for en bred »virkelighed« – om end sidstnævnte begreb stadig antages i alene ubestemt form. Begge implikationer er absurde. Eksempelvis kan vilkår for beskrivelse (normer) beskrives, uanset at de ikke er virkelige – slet ikke er i tid & rum (Sein). Dette vilkår for beskrivelse må derfor udvides til foruden at rumme forholdet mellem sprog og virkelighed også at rumme forholdet mellem sprog og normer. Det ændrer intet herpå, at sproget selv er et system af normer. Vilkår for beskrivelse kan jo også beskrives. Relationstrekanten er således at betragte som selv et vilkår for beskrivelse. I et eller andet omfang er det absurd at søge forklaring herfor, jf. Zinkernagel (1988) s. 14f. og 31.

Normernes plads i relationstrekanten og dermed i et vilkår for beskrivelse gør naturligvis ikke disse mindre interessante. Forskellige systemer af normer kan antages. Til eksempel retssystemer og moralsystemer. De første (kan) videreopdeles i interne retssystemer, folkeret og efter behag nogle helt tredje retssystemer, samh. kap. VIII, 4. Der kan spørges til forhold mellem disse systemer. Til forholdet mellem ret og moral findes en skyttegravskrig mellem naturret, som holder på gyldighedsafledning fra moral til ret, og positivisme, som afviser sådan afledning af gyldighed. Og monister antager, at folkeret og intern ret står i gyldighedsforhold til hinanden, mens dualister afviser dette. Diskussionerne struktureres almindeligvis forskelligt. Fejden mellem monisme og dualisme går i, hvorvidt det ene system er kilde til det andets gyldighed. Det er et spørgsmål om afledning af gyldighed mellem i øvrigt egenartede systemer. I denne diskussion står systemerne således som enheder. Normerne er lukket ude. Det betyder i sidste ende, at fejden mellem monisme og dualisme er uden relevans. Se kap. VII, 2. Striden mellem naturret og positivisme tager sig omvendt typisk ud som et spørgsmål om, hvorvidt moralske normer griber ind i retssystemet og gør krav på retsnormers

underkastelse. Denne diskussion går derfor ikke (altid) i systemer, men i normer. Det betyder, at den modsat fejden mellem monisme og dualisme for så vidt kunne have en retsfilosofisk slagside.

Valget mellem naturret og positivisme kan til stadighed betragtes som vilkårligt. Valget består i at forene eller adskille to normsystemer. For en generel betragtning kan det ikke afvises, at en sådan koblingsvilkårlighed bunder i manglende indsigt – i det fælles ophav som opløser dikotomien og den ellers uomgængelige strid. Samh. Jansson (1950) s. 283f. Udfindelse af dette ophav ville afvikle øjeblikkets vilkårlighed. Det forekommer mig derfor rimeligt, om jagten på ophav, på den tredje mulighed, gives optimale ynglebetingelser. Det gøres ikke mindst ved at lade valget mellem de to første muligheder, naturret og positivisme, falde ud til (fortsat) adskillelse, fordi disse to muligheder kun herved fremstår i deres renhed. Netop vilkårligheden kan derfor menes at pege på adskillelsen.

Udnyttelse af den tredje mulighed til valg mellem de første to muligheder kan mødes med den indvending, at intet taler for, at ikke også den tredje muligheds overbegreb skulle kunne stå i et sådant vilkårlighedsforhold til alternativer, som grundlægger de første to muligheder. Men muligheden for ny vilkårlighed og dermed for nyt valg mellem alternativer og i sidste ende for en uendelig regres i jagten på den evige, tredje mulighed er ikke nødvendigvis diskvalificerende. For jo længere væk vilkårligheden bevæger sig fra det konkrete emne, her folkeretten, jo mindre interessant bliver den. I det omfang det (an)erkendes, at alle videnskaber – vist nok også filosofi – forfølger partikulære mål, er der intet til hinder for, at den totale begrebsstruktur fx er cirkulær – for det ligger uden for enhver videnskabs emneområde, samh. Kaufmann (1984) s. 72f. Tilsvarende her. Vilkårligheden kan rejse væk til egne, som konkret er belagt med så ringe interesse, at den ikke længere forfølges. Et eksempel herpå er det elementære forhold, at videnskabelige afhandlinger ikke søger definitioner i uendelighed, men kun – om overhovedet – definerer de for afhandlingen centrale begreber og forlader sig på svævende meningsindhold af alle resterende. Til andet eksempel: »In part, I held off because the incredible complexity and articulateness of the public international law system did not seem explained by its historical, ideological or political milieu«, *Structures* s. 288, saml. s. 289.

Disse overvejelser peger i slagordsform frem mod valg af positivisme frem for naturret, frem mod adskillelse af ret og moral. Overvejelsernes styrke er åbenbart diskutabelt. Hertil kommer imidlertid, at netop sondringen mellem ret og moral vist nok er andet og mere end en vilkårlighedens invitation. Det synspunkt hævdes jo ikke, at moralske og retlige normer inden for samme system er lige gyldige, eller at retsnormer ligefrem skulle være en gyldighedens kilde for moralen. Naturretten hævder moralens primat. Positivismen nægter enhver primat. Striden forudsætter en i og for sig skarp sondring mellem retsnormer og moralens normer og går så *videre* i, hvorvidt denne sondring skal gennemføres inden for ét system eller skal grundlægge to forskellige systemer. Vilkårligheden ligger i det *videre*. Men efter min mening må det betvivles, hvorvidt normsondringen nogensinde fører videre til det *videre*. Den konstituerende udsondring af retsnormer fra moralske normer fører noget med sig – nemlig normer, af den ene eller anden slags. Men med normer følger også normers gyldighed: en ugyldig norm er en kontradiktion, samh. kap. IV, 6. Omdrejningspunktet for denne argumentation er igen en skarp sondring mellem Sollen og Sein og et heraf flydende princip gående på, at

kun Sollen kan afledes af Sollen; gyldighedsafledningen fra en norm må derfor – som alternativ til ingenting – gå til en norm, men kan en norm være ugyldig; hvad »er« en ugyldig norm, og hvad »er« så en gyldighedsafledning?

Så vidt jeg kan se, er det derfor ikke ubegrundet, at positivismen – eller bedre: forestillingen om retlige normsystemers selvstændighed, egenartethed – omringer megen retsvidenskabelig tænkning, også i dag. Til illustration af denne pointe kan Frederik Harhoff's disputats trækkes frem.

I disputatsen, »Rigsfællesskabet«, hedder det indledningsvis, at det »hænger ... dårligt sammen«, er inadækvat, at en kompetencedelegation som hjemmestyreløvenes »kan ændres«, men »ikke bør« ændres (tilbagekaldes). Heraf flyder: »Hvis en kompetence da er overladt under den forudsætning, at den af politiske grunde ikke bør, og af folkeretlige grunde ikke må ændres eller tages tilbage ensidigt, må det tilsvarende antages, at kompetencen af statsretlige grunde ikke kan forandres ensidigt«. Den sidste antagelse er disputatsens – forfatningsretlige – påstand. Se *Rigsfællesskabet* s. 19f. Til støtte for påstanden, herunder navnlig koblingen mellem retspolitik (bør) og retsdogmatik (skal, må), foreslås »et paradigmeskift ... i baggrundsantagelsen for retlig viden« gennemført ved introduktion af »en etisk norm«, »etisk rationalitet i retten«, »alment accepterede værdinormer«, »en etisk værdinorm«, hvorved der fordres en »værdirelatering af retten« og herigennem en formidling af forudsætninger for, »at staten i almindelighed gør det rigtige«, *Rigsfællesskabet* s. 23–30. Herefter må det være klart, at »afhandlingen hviler ... på et grundlag, der fordrer en udvidelse af det eksisterende retsbegreb«, *Rigsfællesskabet* s. 201f.

Harhoff har således præsenteret sit forslag til et juridisk paradigmeskift. Og han har blotlagt en slutning fra retspolitiske overvejelser og folkeretlige normer til »gældende ret«. Herefter kan det ikke være andet end overraskende, når det om det alternativ, slutningen åbner op for, siden erkendes: »Jeg kan således ikke hævde, at dette alternativ udgør gældende forfatningsret, men teoriens opgave må være at tilvejebringe mulige og rimelige løsninger på væsentlige problemer, som ellers ville forblive uløste«, *Rigsfællesskabet* s. 202. Så uanset at Harhoff rejser »et spørgsmål om retsbegrebets evne til at inkludere og formidle specifikke politiske, sociale og kulturelle værdier i anvisningen af samfundsmæssige normer«, så formår han ikke at »omsætte dem« i mere end »et retspolitisk alternativ«, samh. *Rigsfællesskabet* s. 242.

Paradigmet er herefter skiftet igen – tilbage. Det giver ingen mening at lade retsbegrebet med etiske værdier, såfremt værdierne ikke sætter sig igennem i retsnormerne og dermed også i beskrivelsen af disse, i retsdogmatikken, men blot perspektiverer en allerede perspektiveret retspolitik mod etik og moral. Paradigmeskiftet er ikke gennemført hos Harhoff. Det er da heller ikke ubetinget konsekvent, når Harhoff ender med retsdogmatisk at acceptere delegationen, mens den på det stærkeste anfægtes retspolitisk, og dermed slutter op bag den (såkaldte) inadækvans, som han ellers dadlede traditionen for, *Rigsfællesskabet* fx s. 241 og 202. Og det er naturligvis ikke foruden perspektiver, når dette forsøges tilsløret i forsøgende konklusioner om »den i afhandlingen forfægtede forfatningsretlige særstilling« for hjemmestyreordningerne, *Rigsfællesskabet* s. 493.

Men alt i alt er det foregående selvsagt ingen endelig og eviggyldig tilbagevisning af naturretten, hverken som slagord eller som teori. På den anden side er konstateringen heller ikke resultatløs. Striden mellem naturret og positivisme må forfølges over i et spørgsmål gående på, hvorvidt normbegreb og normgyldighed kan adskilles. Jeg skal ikke her deltage i denne videre forfølgelse, men blot bemærke, at jeg efter det foregående nonchalant vil tillade mig at give naturretten det første ord i den videre forfølgning. Uden dette ord, ingen forfølgelse. Og ordet kommer som sagt ikke her. I nærværende afhandling skal der hverken udsynges sørgesal–

mer eller fremsiges eder over ugyldige normer. Udgangen på de indledende metodeovervejelser bliver derfor en antagelse af retssystemers egenartethed, hvortil svarer, at beskrivelsen af retsnormer begrænses til ét retssystem. Om beskrivelse handler det næste afsnit.

2. I begyndelsen – var meningen

»I enhver normal situation kan vi sige mange rigtige ting om den virkelighed der eksisterer uafhængigt af os og uafhængigt af sproget. Enhver sådan konkret situation er komplet uoverskuelig«, Zinkernagel (1988) s. 5. Enhver beskrivelse ligger under for valg af beskrivelsesramme indeholdende ét eller flere beskrivelseselementer: et retsmøde kan beskrives af tegneren med firfarvede personskitser, af protokolføreren med sirlige notater om procedureskridt og partsindlæg, af vidnet med den udsøgende advokats spørgsmål, af uret med visernes gang og så videre. Beskrivelseselementerne kan systematiseres; og mens elementerne fikses med beskrivelsesrammen gennem et materielt valg, så foregår systematiseringen via formelle principper, som til dels er uafhængige af – mere bredtfavnende end – beskrivelsesramme. Til disse principper knytter sig materielle regler til fiksering af, hvad som er højest, størst, helhed med videre. Normalt er også disse regler almene og som sådan væsentligt bredere end beskrivelsesrammen. Reglerne er ikke nødvendigvis snævert knyttet til ét systematiseringsprincip. Mens rum & tid er styrende regler for megen beskrivelse af Sein, så må andre materielle regler bringes i anvendelse ved beskrivelse af Sollen – uanset at det hierarkiske systematiseringsprincip er vellidt begge steder.

At søge Stufenbau gennemført i en retsteori uden introduktion af særegne materielle regler for Sollen-hierarkiets struktur er i bund og grund vold på sondringen mellem Sein og Sollen, se videre om Kelsen kap. IV, 6.

Min forståelse af suverænitetsbegrebet tager sin begyndelse i suverænitæt som del af et systematiseringsprincip, samh. Benn (1969) s. 67ff. med en række specialfald. Måske er suverænitæt delen i det systematiseringsprincip, som er i centrum af megen mere filosofisk træghed end den politiske filosofis og retsfilosofiens, retsvidenskabens. Og videre påstår jeg, at suverænitetsbegrebet ikke (formelt) har ændret sig gennem historien, tilsvarende *Das Problem* s. 3f. Som del af et systematiseringsprincip, det hierarkiske, viser suverænitetsbegrebet hen til det, der er øverst – det suveræne er hierarkiets øverste: enten i kraft af, at det er det eneste beskrivelseselement (én bog, én stat), eller i kraft af, at det ikke er under de øvrige elementer i beskrivelsesrammen (bogstabel, borgere). Se også *Einheit* s. 11ff.

Se fx de semantiske udslag af samme opfattelse: »Suverænitæt kommer vistnok rent sprogligt af det latinske *suprema potestas*, sammendraget til *supremitas*, hvilket betyder den højeste Magt, en Magt, der ikke anerkender nogen Vilje over sin, og i Tilslutning til den bekendte tyske Statrets-

lærer Georg Jellinek bestemmes Suveræniteten da i Nutiden i Almindelighed som den Egenskab ved Statsmagten, i Kraft af hvilken den ubetinget har Evnen til at bestemme egne Retsforhold», Heilesen (1917) s. 82; »Suverænitet er et fransk ord, som kom i brug i middelalderen. Suverænitet er ikke et udtryk som forklarer sig selv eller som er hentet fra det daglige liv; det er et kunsttryk», Ræstad (1936) s. 6. I princippet er sådan semantik fejlgrebet: et ord har ikke i sig selv nogen betydning – heller ikke på fransk: »pain« og »brød« er forskellige ord –, men ordet tillægges betydning, jf. kap. X, 3. Når det ovenfor gøres gældende, at suverænitet er del af et hierarkisk systematiseringsprincip, så begrundes det selv sagt ikke i sagens eller ordets natur, men i almindelig, sædvanlig sprogbrug, samh. også kap. I, 2 om Robinsons – noget formelt formulerede – »lexical definition«. Samh. Kelsen om begrebets »rein theoretischen Wahrheitsgehalt«, som både relateres til »der im allgemeinen Sprachgebrauch ungefähr jene Bedeutung hat, die richtiger Erkenntnis nach benötigt wird«, men også til »die wörtliche Bedeutung eines Zuhöchst-, Zuoberst-Seins«, *Das Problem* s. 2, 3 og 5. Se også Quaritsch (1986) s. 13ff.

Om det mere sprogteoretiske, se Kratochwil (1989) s. 7ff., 28ff. og 73ff., Fastenrath (1991) s. 167ff. med et flor af (yderligere) henvisninger. Også her er pudsigheder at finde: »Für Dinge, die im normalen Leben nicht vorkommen, braucht man kein Wort«, Fastenrath (1991) s. 170. Skal denne sætning have (netop) mening i sammenhængen, må den reduceres til noget i retning af, at der ikke findes ord for det, der aldrig tales om, hvilket dog vist nok er temmeligt trivielt og uinteressant. Som der uden tvivl også vil kunne findes eksempler på i nærværende afhandling, er det kulturhistoriske brud, som iagttagelse af den semantiske vilkårlighed gør det ud for – i teorien –, sjældent gennemført konsekvent i sætnings- eller ordvalget. Dette må dog netop forstås som i vidt omfang betydningsløst – i medfør af samme semantiske vilkårlighed, som finder meningen i sprogansværelsen og ikke i sproget som sådan. En gennemførelse af (an)erkendelsen af semantisk vilkårlighed, »Dieser semantische Anisomorphismus«, Fastenrath (1991) s. 170, indeholder derfor – måske med undtagelse af egentlig sprogteoretisk diskurs – et meget ringe kritisk potentiale; intet kan for så vidt tages på ordet. Se også Stuer Lauridsen (1974) s. 187f. Til eksempel kan nævnes Preben Stuer Lauridsens kritik af Ross' prognoseteori, fx Stuer Lauridsen (1974) s. 141ff. samt *Retslæren* s. 189ff. (An)Erkendelse af den semantiske vilkårlighed afføder ikke som sådan nogen ny måde at tænke på, men kan åbne op for en større forståelse af vante tankebaner. Om fortolkningslæren, se kap. X.

Når nærværende afhandling frejdigt handler om suverænitetsbegrebet, må dette naturligvis videre forstås inden for en given tids beskrivelsesramme. I dag særligt den folkeretlige ramme, for århundreder siden rammer, der konstituerede folkeretten hos eksempelvis Hugo Grotius. Ved valget af disse tidlige(re) rammer spiller den historiske tradition, med et skarpt og noget skrappt udtryk: dogmehistorien, en rolle, som utvivlsomt er vigtig, men som også kalder på træghed; historien har sin egen metabeskrivende beskrivelsesramme. Hermed indsnævres tillige den i princippet meget store fleksibilitet, som omgærder en sontring mellem årsag og virkning i også historiebeskrivelse(n). Det er dette tidernes valg af beskrivelsesramme, som forfølges i suverænitetsbegrebets historie, samh. Walker (1988) s. 14f. I den sammenhæng er det umuligt ikke at høre suset fra Bartelson: »As Nietzsche once noted, only that which has no history can be defined; to start a history of sovereignty with a definition of the term sovereignty would be to subject its historicity to the sovereignty of the present, and hence to narrow the scope of investigation«, Bartelson (1993) s. 11. Dette er dog en fortegning af en pointe: samspillet mellem begrebsforståelse og begrebsanalyse, også i historisk forstand, er utvivlsomt langt mere kompliceret og dynamisk, allerede fordi også historisk forskning tager sig ud af andet og mere end blot pennens erkendelsesteknik. Og går

fx historikeren ikke til analysen med en vis mening om den, så bliver vilkårligheden for alvor dræbende, således at analysen i bedste fald helt og aldeles må ligge under for semantisk vilkårlighed, for hvad ordet (»sovereignty«) gennem tiden har indeholdt af i princippet vilkårlige meninger. Det for så vidt uanset, om forfattere af princip placerer sig i historie eller i historiebeskrivelse. Samh. Bartelson (1993) fx s. 2, 9, 12f. og 216. Og naturligvis – også Bartelson finder sit udgangspunkt i (to) suverænitetsbegreber, intern og ekstern suverænitet, se Bartelson (1993) s. 14ff., 26, 39, 46f., 65, 73 mv. samt også s. 218 og 224: »Concepts may vary as to their meaning and function, yet their interrelations – for all their indeterminateness and openness – seem to remain intact in their most abstract form«.

Som programpunkt finder jeg det trivielt, at den historisk interesserede bør søge at bryde med nutidens kontekst og i stedet søge inspiration i fortidens; i andre ord: bør beskrive historien på historiens præmisser, søge den historiske konteksts rekonstruktion. Men det er absurd – og i princippet i modstrid med antagelse af kontekst som et sprogteoretisk centrum – at forstå omdrejningspunktet for den historiske beskrivelse som et andet end nutidens, saml. Bartelson (1993) s. 51. En illustration af dette spænd mellem kontekster findes i de ofte ahistoriske inkonsistenser, som det er op til eftertiden af finde i snart sagt enhver teoriudvikling; måske er det også fordi forståelsen for egen kontekst er større end for fortidens, at nedrivning tit fordrer flere ord end (gen)opbygning. I hvert fald tjener den historiske analyse ikke i nærværende afhandling blot sig eget formål. Dens berettigelse er en belysning af suverænitetsbegrebet. At en historiens beskrivelsesramme i sidste ende vil skærme af for mange lysstråler er ikke nødvendigvis ensbetydende med det sorteste mørke. Og bør derfor heller ikke nødvendigvis være eksponent for nogen begrebs-*emancipation* af historiebeskrivelsen. I bund og grund går striden i, hvad der søges med suverænitetsbegrebets historie. Er det den tidligere anvendelse af det nutidige begreb om suverænitet, eller er det den tidligere anvendelse af (måske) tidligere begreber. I nærværende holdes på det første, idet det samtidig skal understreges, at det andet ikke med mening kan tiltrædes – uden begreber, som tjener til også udsynets indsnævring bort fra det absurd uendelige.

Endvidere skal det understreges, at intet systematiseringsprincip giver mening uden beskrivelsesramme. Heri ligger sandheden om relativ suverænitet: det absolutte, øverste er relativt allerede i den forstand, at dets højherlighed afhænger af et beskrivelsesvalg. Hvem er suveræn? Trods spørgsmålets søgen efter en »hvem«, en eller flere personer, kan spørgsmålet ikke besvares med meningsfuld entydighed. Mulige svar kunne fx være grundlovsgiver, overboen, far (mor), klubmesteren, dommeren eller NN. At stille krav om beskrivelsesramme er muligvis en objektivisering af den talehandling (kontekst), til hvilken moderne sprogteori knytter en ytrings mening.

De her anførte synspunkter sidder ofte overhørig. Nogle mere almindelige eksempler skal fremdrages, idet de samtidig kan tjene til belysning af synspunkterne:

(1) Til karakteristik af det absolutte i Bodins definition af suveræniteten, jf. kap. IV, 1, introducerer Preston King følgende variationer over det mulige begrebsindhold: absolut som *øverst*, dvs. som hierarkiets top, absolut som *størst*, dvs. som begrænset men dog kvantitativt mest favnende, absolut som *total*, dvs. som (kvalitativt) begrænset men kvantitativt komplet, og absolut som *ubegrænset*, dvs. som kvalitativt ubegrænset og stadig kvantitativt komplet, jf. King (1974) s. 140.

Sondringen mellem ubegrænset og total, dvs. mellem kvalitativt ubegrænset og begrænset, er netop en teoretisk sondring mellem beskrivelse uden og med beskrivelsesramme. Det første er meningsløst: »It is illogical to argue for unlimited power, since such a thing is impossible. It is superfluous to argue for limited power, since all power is limited«, King (1974) s. 146. Den sidste sætning er tilsvarende uinteressant – det at »all power is limited« er netop en konstatering, som udspringer af et manglende beskrivelsesvalg og dermed af en meningssammenhæng, som er trivielt for stor. Sondringen mellem det absolutte som *øverst* og som *total* er også et spørgsmål om antal beskrivelselementer og dermed om valg af beskrivelsesramme: for med en indsnævring i rammen kan det øverste blive det totale, jf. i øvrigt King (1974) s. 150. Det totale er det ensomt største. Og netop forskellen mellem absolut som *øverst* og som *størst* er et valg mellem forskellige systematiseringsprincipper. Øverst som betegnelse for et vertikalt princip, hierarkiets princip, og størst for et horisontalt princip, lagkagedelingens princip. Kings forsøg på ikke blot at fortolke Bodins brug af absolut (magt) som *øverst*, men også som *størst*, er en tvangstanke uden hold i »Les Six Livres de la République«, samh. King (1974) s. 151ff. I det hele taget vidner Kings angivelse af de fire mulige begrebsindhold af absolut i Bodins forstand om betydelig analytisk uklarhed.

Samh. fx Brierly (1958) s. 43: »It would seem to be that sovereignty claims to be absolute, supreme, unlimited«; se også Møller (1933) I s. 150, Rasting (1940) I s. 65 og Rasting (1943) s. 35.

(2) Til Thomas Hobbes' statsteori har Harald Høffding følgende kommentar: »Og han har den store Fortjeneste af Statslæren at have slaaet fast, at der i en Stat kun kan være ét Tyngdepunkt. Men han forser sig paa Tyngdepunktet: alle andre Kræfter end Tyngdens forsvinder for ham, og konsekvent samle da alle Masser i Centrum. ... Ved det absolute Tyngdepunkt, han slaar fast, vil han ophæve de smaa Tyngdepunkter, for at alle Elementer kunne komme til at bevæge sig i naturlige Baner«, Høffding (1921) 2 s. 75f.

Kommentaren og den heri indeholdte kritik er funderet på valg af et andet systematiseringsprincip end suverænitetens. Allerede ved at vælge tyngdekrafts-analogien fravælger Høffding det vertikale princip til fordel for det horisontale – med det største og ikke højeste som centrumskriterium. Samh. Sukiennicki (1927) s. 5: »Le mot 'souveraineté' vient de souverain, en bas latin superanus (supremus) qui signifie le plus élevé, suprême. La souveraineté donc veut dire, au point de vue littéral, qualité de suprême, en latin supremitas. Supremitas implique potestas. Or la souveraineté – la puissance (potestas) la plus grande, la plus élevée – c'est le superlatif pris en comparaison avec toutes les autres puissances comparables«.

(3) Jacques Maritain tegner sig for følgende beskrivelse af en af suverænitetsbegrebets implikationer: »the sovereign State is possessed of a power which – instead of being *relatively highest*, because in actual fact something must be at the top to decide without appeal – is a power *absolutely supreme*, as is necessary with a monadic whole superimposed on the body politic or absorbing it in itself«, Maritain (1969) s. 62f.

Udsagnet er pudsigt, for Maritain tilslutter sig uden videre et hierarkiets systematiseringsprincip (»highest«), men sondrer så alligevel mellem noget relativt og noget absolut. Sondringen siges til at begynde med at gå på, hvorvidt det suveræne er »the top or highest part of this whole« eller om det er »above the whole«, se Maritain (1969) s. 51 og også s. 47, 49, 54 og 62. Men afslutningsvis afsløres den egentlige betydning af sondringen: det relative kontra absolutte er et spørgsmål om, hvorvidt suverænitetens subjekt (staten) »is accountable to the people« eller ej, Maritain (1969) s. 64. Sådan ansvarlighed, eller rettere: sådan mulighed for fejltagelser, udelukker måske nok suveræniteten, jf. Cobban (1964) s. 80, men det udelukker ligefuldt Maritains relative højhed. Det indledende udsagn skal læses derhen, at staten nok er højeste, men dog kun i relativ betydning, fordi folket – ifølge Maritain – altid står over. Men er folket da ikke absolut højeste

(»absolutely supreme«)? Maritain benægter – folket er ansvarligt over for sig selv, folket kan fejle på egne vegne. Selbstverpflichtung. Dette er dog blot en tilsløring af et suverænitetsbegreb, for i første ende er det et bekræftende svar, fordi egen-ansvarlig forudsætter (endnu) en udvidelse af beskrivelsesrammen, (endnu) en folkesuverænit at stå til ansvar for. Maritains sontring mellem det relative og det absolute er således ikke en forveksling af systematiseringsprincipper, men en forfatningspolitisk påstand om eviggyldig beskrivelsesramme: uanset hvem, som synes højest, så er folket altid højere; den første højhed er blot relativ, den anden, tilkoblede højhed – i realiteten – absolut. Denne eviggyldige indfortolkning af folkets suverænitet udvikler sig til en række vrangvendende, anakronistiske fortolkninger af tidligere politisk filosofi, fx af Jean Bodin, se også kap. IV, 1.

Relativ suverænitet har også været vendt i folkeretlig teori. Hos Hans Kelsen spores ingen tvivl: »Since sovereignty ... means an absolute quality, relative sovereignty – whether it means supreme authority subordinated only to international law, or internal sovereignty, or divided sovereignty – is a contradiction in terms«, Kelsen (1966) s. 194 og tilsvarende *Das Problem* fx s. 40 samt også Su-kiennicki (1927) s. 320f., 322, Suonstausta (1955) s. 39. Kelsens synspunkt er imidlertid mere end tvivlsomt. Suverænitet knytter an til et systematiseringsprincip, et formelt princip for beskrivelse i form af hierarkisk ordning af beskrivelseselementer. Heri ligger intet materielt, intet relativt, intet absolut. Samh. Brierly (1958) s. 19f.: »let us remind ourselves that the original meaning of the word is simply 'superiority', without any connotation of absoluteness or illimitability«. Det relative og det absolute orienterer sig mod (det materielle) valg af beskrivelsesramme. Eller rettere: sontringen mellem noget relativt og noget absolut er udfaldet af en sammenligning mellem beskrivelsesrammer, hvor den ene kan indeholde den anden og mere til, forstået således, at det øverste element i den lille (del)beskrivelsesramme er absolut suverænt, såfremt det også er øverste element i den store ramme, og kun relativt suverænt, såfremt det ikke er tilfældet; se ovenfor om Maritain. Suverænitet er i princippet hverken noget absolut eller noget relativt. Det er alene et formelt begreb: al suverænitet kan menes at være relativ, al suverænitet kan menes at være absolut. Og skal dubiøse implikationer søges, så skal de ikke findes i den relative, men i den absolutte suverænitet; se herfor kap. VII, 4, hvor den store ramme vil være kumulationen af en beskrivelsesramme og dens negation.

Heller ikke Alfred Verdross har blik for denne principielle vilkårlighed i valg af beskrivelsesramme. Men han finder dog alligevel en berettigelse for statslig suverænitet, uanset samtidig antagelse af folkeret. Folkeretten kommer nemlig kun til sin ret ved statslige organers hjælp: »daß es in jeder Hinsicht zu seiner Realisierung 'staatliche' Organe benötigt. Erst diese vermögen es aus der Ohnmacht zu erwecken, weil eben die Konkretisierung des primären Völkerrechts mangels anderer Organe nur durch solche erfolgen kann, die direkt oder indirekt von den 'staatlichen' Rechtsordnungen berufen werden. ... Daher ist es durchaus sinnvoll, wenn Bodin den dem Naturrecht und Völkerrecht unterworfenen 'Staat' als einen solchen bezeichnet 'qui superiorem in terris non recognoscit'«, *Einheit* s. 17. For en principiel, retlig betragtning har sådanne procesuelle spidsfindigheder ingen relevans; Stufenbau er den samme – om den overhovedet er, samh. kap. IV, 6.

En tilsvarende misforståelse af suverænitet som andet end noget formelt – i den forstand, at det alene kan forstås materielt under antagelse af en given beskrivelsesramme – rummes i diverse anklager mod suverænitetsbegrebets som ophav for moralsk forfald, samh. *Structure* s. 201f. og 209 og kap. VII, 1. Og til eksempel de stærke stemningsfarver i *Das Problem* s. 317ff. med modstillingen »Imperialismus und Pazifismus« og hos Brierly (1958) s. 352f. omkring »Frankenstein's monster«. Keeton raser: »The fetish of national sovereignty assumes the shape of the evil genius in the modern European forest of international intercourse. The mediaeval world knew nothing of it«, Keeton (1939) s. 35, mens Bartelson konkluderer, »Thus, ethically, modern sovereignty is profoundly paradoxical, since it contains both a prophesy of interstate anarchy and a promise of cosmopolitan redemption in which the international itself vanished in favour of global domestication«, Bartelson (1993) s. 221. Se også *Lærebog* s. 62 samt *Rigsfællesskabet* s. 294ff.

Naturligvis vil det ofte være givet – i meningssammenhængen – hvilken beskrivelsesramme, der forudsættes. Til eksempel gør O'Connell gældende: »The terms 'sovereignty' and 'independence' are thus clearly relative ones, and when we use them of the State we can mean no more than that the State has plenary but not absolute competence in international law, unfettered by constitutional constraint of entities like itself«, O'Connell (1970) s. 286; her er det klart, at beskrivelsesrammen tænkes at være folkerettens. Om suverænitet er absolut eller relativ bliver så et nærmest absurd spørgsmål om, hvorvidt folkeretten kan antages eller ej, samh. kap. VII, 4. I øvrigt er beskrivelsesrammen ikke mere trivial eller givet, end at negligering af beskrivelsesrammen kan få også materielle konsekvenser i til eksempel den folkeretlige normbeskrivelse. Om sådan reflex, se kap. XII, 3 og XVI.

3. Historiens prolog

»The rules of international law which consecrate these demands – rules regarding sovereignty, territorial integrity, independence, and non-intervention – would seem to acquire a special significance. They may not simply satisfy a need for community organization, but may, indeed, respond to a *real biological need*«, Blix (1970) s. 8.

En sådan biologiske forståelse af også suverænitetsbegrebets (evige) relevans finder ikke entydig støtte i historien. Locke refererer således til det væsentligt snævrere »Creatures of the same species and rank«, *Two Treatises* II § 4, mens Hobbes har en længere udredning om afgørende, biologiske divergenser, *Leviathan* s. 175f. Se også *Belli ac Pacis* I, iii, vii. På den anden side gives staten ofte en biologisk analogi, hvilket navnlig med nationalstaten bliver det naturligste i verden; Rousseaus samfundspagt skaber »un corps moral et collectif«, hvorfor

staten (selv) forstås som »corps politique«, *Contrat Social* i, 6; samh. Bartelson (1993) s. 191 med note 98.

Den biologiske analogi er naturligvis noget letkøbt – al den stund, at det kniber med introspektiv adgang til andre biologiske fænomener end (måske) mennesker. Tænker de mon også i kausalitetens baner og gudsbeviser, og i stamtavler og i hitlister osv. Det skal også holdes for øje, at dette hierarkiske systematiseringsprincip ikke er det eneste; foruden over–under kan der fx refereres til stor–lille eller til del–helhed. Interessant kan det så være at undersøge, hvorfor en fagdisciplin danner tradition for valg af et bestemt systematiseringsprincip. Omkring normsystemers beskrivelse er hierarki og Stufenbau uantastet, samh. kap. IV, 6. Og da pligtsubjektivitet binder an til tvang, mangel på pligtsubjektivitet til frihed (suverænitet), samh. kap. IX, 2, kan selve normbegrebet for så vidt menes at være hierarkisk orienteret. De paradokser, problemer, spørgsmål, som den oplevede nærhed mellem normbegreb og hierarki giver anledning til, skal senere gives grundige diskussioner i kapitel IV, 7 samt kapitlerne VII og VIII.

I de følgende fire kapitler gennemgås suverænitetsbegrebets historie – »one of the most fantastic in the whole history of ideas. For us today it stands for international disorder, but to its early exponents, to Bodin and Hobbes for instance, it seemed the indispensable foundation of national order«, Brierly (1958) s. 349. Som det også kan anes bag dette citat, herunder modstillingen mellem »national order« og »international disorder«, går historiebeskrivelsen i første række i valget af beskrivelsesramme og ikke af systematiseringsprincip. I princippet er rammen rettens – suverænitet kredser om adgang til retsskabelse (legislative sovereignty), samh. afsnit 1 ovenfor samt Foucault (1980) s. 95: »When we say that sovereignty is the central problem of right in Western societies, what we mean basically is that the essential function of the discourse and techniques of right has been to efface the domination intrinsic to power in order to present the latter at the level of appearance under two different aspects: on the one hand, as the legitimate rights of sovereignty, and on the other, as the legal obligation to obey it«. Se også Bartelson (1993) s. 72f. Men særligt når det drejer sig om suverænitetsbegrebets tidlige historie, kan ret ikke fuldt ud adskilles fra politik, se også kap. VII, 1 for en nutidig diskussion af begrebet som oprindeligt enten juridisk eller politisk–filosofisk. Ud fra det grundsyn, som jeg har skitseret ovenfor i afsnit 2, bliver det interessante i de følgende kapitler navnlig at udfinde de – eventuelle – faktorer, som styrer beskrivelsens variationer, herunder variationerne i den beskrivelsesramme, til hvilken suverænitetsbegrebet knytter sig.

Og for at slutte (til) diskussionen i afsnit 2 om den historiske beskrivelsesramme, så er det interessante den historiske anvendelse af et grundlæggende begreb (sindhold), som (også) nu går under navnet suverænitet, og ikke det ubeskrivelige flor af alle mulige andre begreber, der flyder rundt i og gennem fortid, nutid og fremtid, samh. Bartelson (1993) s. 73: »The discourse on sovereignty is a discourse on the varying attributes and changing locations of power within political discourse«. Det er ikke helt det samme som at sige, at begrebet er ahistorisk og eksempelvis eviggyldigt. Men når et begrebs historie skrives, så er begrebet fik-

seringspunkt i samme forstand, som Danmark og ikke Kina eller en brødbakke (corbeille à pain) er det i danmarkshistorien, saml. Bartelson (1993) allerede s. 2.

For øvrigt kan en biologisk analogi søges tvunget frem af suverænitetsbegrebets historie, samh. kap. V, 3: en antik barndom, en dannelsesrejse mod sol og himle, ungdommens senere år i et kaotisk Europa efter reformationen, den stadige modning gennem århundreder frem mod manddomstiden i det 19.; men så et næsten pludseligt slag og alderssvækkelsen i det 20. århundrede. Denne analogi er dog ikke interessant. Dels kan det meste rummes i en sådan biologisk analogi, eventuelt ladet med mutanternes forbehold. Dels er udviklingslinien ikke helt så entydig i nærværende, men snarere opdelt i to – en mere folkeretlig og en politisk-filosofisk; herom kap. IV, 2.

KAPITEL III

TIDLIG HISTORIE

1. Eviggyldigheden

Når en prolog skal findes til suverænitetsbegrebets historie, vælges traditionelt (dogmehistorisk) et af to. Enten udelades begrebets tidlige historie helt og beskrivelsen indledes in medias res med, som oftest, Jean Bodin. Det er til eksempel en gængs tilgang i generelle, folkeretlige fremstillinger. Eller også fødes historien i tvivl og kompleksitet. Den sidste, mere monografiske tilgang tager ofte sin begyndelse i græske bystater, hvor suverænitetsbegrebet vel ikke gives nogen eksakt formulering, men måske alligevel kan anes som udtalt præmis hos eksempelvis Aristoteles. Herefter går turen til det romerske rige, hvor et begreb om imperium fostres efter år nul. Langsomt, men sikkert svinder dette begreb, og middelalderen tildeles ikke noget centralt begreb om suverænitet, der så først genopstår i kølvandet på renæssancen og i moderne skikkelse får en første, prægnant formulering hos Jean Bodin.

Som eksempel på den sidste tilgang kan fx fremhæves Hinsley (1986) s. 27ff. Se også Grewe (1984) s. 96 og 98, Walker (1988) s. 27ff.

I det følgende skal et alternativ skitseres. Suverænitetsbegrebets oprindelse er ikke verdslig. Den første suveræn var ingen jordisk herre eller fyrste, det var gud – eller guder. Thomas Hobbes betegner netop sin jordiske Leviathan som »an immortal God«, se kap. IV, 3. Overhovedet var det trosfællesskabet, som i middelalderen knyttede den vigtigste forbindelse mellem mennesker i almindelighed med det latinske sprog som lærd ramme for grænseoverskridende formidling. Hos gud(er) findes den fuldkommande almægtighed, hvorfra den jordiske fyrstes legitimation flyder gennem en kompetencedelegation.

Almindelig dogmehistorie modstiller sådan gudelig almægtighed med suverænitet. Suverænitetsbegrebet dækker ikke græske bystater eller middelalderens kristne univers, fordi verdslig magt her kobles til gud, se til eksempel Keeton (1939) s. 35 og Hinsley (1986) særligt s. 68f.: »We could use modern terminology to say that God and the law were sovereign in the medieval community, but such terminology is wholly inappropriate to the political condition of the communities and to the medieval idea of law«. Tilsvarende Wood (1991) allerede s. 1 og passim om dualismen i middelalderens suverænitetsbegreb som rum for bla. investiturstriden, saml. afsnit 2 nedenfor. Tilly (1992) s. 39f. synes blot at gøre brug af et moderne suverænitetsbegreb som beskrivelsesvariabel omkring verdslige forhold samtidig med forsagelse af en guddommelig magtfaktor. Bartelson (1993) s. 79

taler om »proto-sovereignty« som dække for »the polity-centred paradigm of rulership in the late Middle Ages, when the legitimacy of the ruler derives from more profane sources«, samh. Bartelson (1993) s. 124 og 170f.

Det såkaldte fravær af suverænitet er ikke fravær af et hierarkisk systematiseringsprincip, samh. kap. II, 2, men fravær af en beskrivelsesramme, som i hovedsagen forsøger det overjordiske. I det øjeblik, magtens hierarki ikke slutes med en øverste, jordisk instans i fx kongens person, men tværtimod retter blikket videre mod himlene og ud over beskrivelselementer af jordisk herkomst også favner fx gudelige, afskriver dogmehistorien suverænitetsbegrebet. Fordi beskrivelsesrammen er blevet for vid. Fordi suverænitetsbegrebet alene forstås som verdsligt relateret. Det moderne suverænitetsbegreb føres derfor kun tilbage til Jean Bodin og tiden omkring reformationen, hvor et mere verdsligt, sækulariseret begreb blev endegyldigt tegnet.

Også hos disse (tegnende) forfattere blev gud vist agtværdighed. Bodin refererede eksempelvis til »ce grand Dieu souverain«, *La République* I s. 299. Tredje del af Thomas Hobbes' *Leviathan* er helliget »Christian Commonwealth«, hvilken del gives en fremtrædende plads i nyfortolkningen hos Lloyd (1992). Hos John Locke er menneskene »the Servants of one Sovereign Master«, *Two Treatises* II § 6 og Rousseau anfører: »Toute justice vient de Dieu, lui seul en est la source; mais si nous savions la recevoir de si haut, nous n'aurions besoin ni de gouvernement ni de lois«, *Contrat Social* ii, 6. Men det er klart, at guddommen her mest af alt indtager en alene formel position; se for en skelsættende udtalelse herom, *Belli ac Pacis* Prolegomena. Se endvidere Eisenach (1981) passim.

Denne dogmehistoriske tilgang er fejlgrebet, samh. *Einheit* s. 17. Naturligvis kan den historiske analyse i sidste ende gøres til et spørgsmål om vilkårligt valg af beskrivelsesramme. Men i sidste eller første ende kan det afgørende for studie af et systematiseringsprincip ikke være den kontekst eller meningssammenhæng (beskrivelsesramme), hvori det tjener – i øjeblikkets vilkårlighed. Og derfor bør denne ramme ikke indsnævres til en konstant over tid og historisk gennemløb. At henlægge suverænitetsbegrebet til alene beskrivelsesrammer, som udelukkende huser verdslige magtfaktorer, er en interpolation af den moderne, verdslige ramme, der ikke stemmer overens med eksempelvis den herskende opfattelse i middelalderen af magtens fordeling og udspring. Det er en anakronisme – »All significant concepts of the modern theory of the state are secularized theological concepts«, Schmitt (1985) s. 36; se også Bartelson (1993) s. 78. En mere tvangfri beskrivelse af suverænitetsbegrebets tidlige historie fås ved at løsne op for fortidens filtrering gennem en moderne beskrivelsesramme. I den sammenhæng skal det understreges, at det naturligvis må være underordnet, hvorvidt eksempelvis ordet »suverænitet« anvendes. Det er meningen bag de historiske perioders forståelse af magtens systematik, som er interessant – ikke den sproglige klædedragt herfor, som i princippet er vilkårligt valgt. Se også Bartelson (1993) s. 78f.

Se tilsvarende om »The semantic problem«, Hinsley (1986) s. 22ff. Samtidig holder Hinsley dog på, at der med Bodin tages et afgørende skridt i suverænitetsbegrebets historie, fordi Bodin er »the first man to state the theory behind the word« – i andre ord, se Hinsley (1986) s. 71. Men

igen: forståelsen af magts systematik ligger ikke begravet i ord, hverken i »suverænitet«, »sovereignty« eller i en uddybning heraf i andre ord, men i udtalte eller udtalte principper for magts forståelse.

Følges den alternative tilgangsvinkel, kan suverænitetsbegrebet gives en sammenhængende historie, hvor en hovedsondring går mellem, hvad der kan kaldes statisk og dynamisk suverænitet, idet det, der så haves for øje, er, hvorvidt suveræniteten blot anvendes til fiksering af allerede eksisterende normer eller (også) til skabelse af nye normer. Er suveræniteten statisk, skabes ret ikke – men er allerede (til) og findes blot for rette, jf. Jørgensen (1947) s. 16 og kap. IX, 4. Uanset hvor lidt realitet en sådan forfægtede, statisk suverænitet egentlig har haft i sin samtid, kendetegner forestillingen under alle omstændigheder historiske perioder, hvor den jordiske magthaver i til eksempel valgkongens skikkelse var klemt og hans magtposition måske marginal. Netop på grund af kongens og hans stats svaghed har behovet været så meget desto større for at søge den trods alt herskende position legitimeret. Dette formål har overjordiske, typisk religiøse principper tjent, idet udgangspunktet så har været et almægtigt guds rige, hvorfra magtpositionen afledes. Derfor ses denne gudelige suverænitet eller almægtighed som oftest at falde samme med en svækket kongestat, som hævdes styret på uforanderlighedens grund uden rum for selvstændigt jordisk initiativ til retsskabelse.

I andre ord vil rammen for magts beskrivelse med den svage stat eller magthaver åbne sig og optage overjordiske elementer. Men systematiseringsprincippet er det samme – stadig hierarki, og stadig med en top, der fuldgældigt synes at kunne kvalificere til titlen som suveræn.

Det forekommer nu mest adækvat at lade oldtidens græske bystat (polis) stå som en overgang mellem guddommelig suverænitet og senere romerrets udtrykkeligt verdslige suverænitet – allerede fordi der ikke er megen realitet over at søge en fælles grundfarve i bystaternes mosaik. I et vist omfang legitimerer bystaternes herskere sig stadig med guders lys, jf. Hinsley (1986) s. 30. Men samfundspagtens idé får også i denne periode en første, eksplicit formulering med Xenons referat af Hippias' tanker, jf. Johansen (1991) s. 148f. I Athen udvikles et demokrati, hvor opfattelsen af suverænitet skrider fra »popular sovereignty« med lodtrækning og afstemning som omdrejningspunkter i det perikleiske demokrati til »sovereignty of law« i det fjerde århundredes demokrati og hos Aristoteles, se nærmere fx Ostwald (1986).

2. »*Quod principi placuit, legis habet vigorem; upote quum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat*«, Dig. I, 3, 4, 1 pr. [1]

Denne berømte, eksplicite formulering af suverænitets idé (imperium) i en alene verdslig kontekst tilskrives Ulpian. Den findes også andre steder i Justinians »Corpus juris civilis«, fx Institutiones I, 2, 6. Oprindeligt fandt romerrigets magt

sit formulerede udspring i det romerske folk svarende til den athenske folkesuverænitet, »popular sovereignty« (imperium populi Romani). Men gennem århundreder skred suveræniteten over mod kejseren, hvis *imperium* vandt almindelig anerkendelse omkring slutningen af det første århundrede, jf. Hinsley (1986) s. 41. I det tredje århundrede var der ingen tvivl – heller ikke i Ulpians lære, som hævdede kejseren over lovene (princeps legibus solutus est), iklædte hans vilje lovskraft (quod principi placuit legis habet vigorem) og hævdede hans legitimation gennem en samfundspagt (lex regia). I andre ord havde kejseren overtaget det oprindelige imperium populi Romani.

Romerretten opretholdt en sondring mellem jus civile gældende for romerske borgere og jus gentium gældende for alle folkeslag i det romerske verdensrige. Selve verdensrigets idé hindrede romerrettens fordybelse i retlige spørgsmål mellem stater og udvikling af en pendant til tidligere tiders jus fetiale, hvorfor imperium alene havde interesse som intern suverænitet, jf. Hinsley (1986) s. 161 og 163f.

Med delingen af oldtidens sidste (såkaldte) verdensrige i 395 forvandlede nedtoningen af begrebet om imperium. Nok blev kejserens imperium i lang tid forsvaret i det byzantinske rige som frugten af folkets samtykke til magtudøvelsen. Men i nyvendte muslimske områder forfægtedes kaliffens status som Allahs jordiske repræsentant efter Muhammed. Og tilsvarende gudelig suverænitet dukker igen frem i det vestromerske rige i takt med dets forbrødring med kristendommen, som videreføres i feudalsamfundene. Paven afledte sin adkomst til magt fra apostlen Peter, og den senere investiturstrid, 1060–1130, mellem paver og verdslige magthavere, særligt de tyske kejsere, blev udkæmpet i teologiens rum med sværde teorier som slagord. Groft sagt stod striden om, hvorvidt kejseren afledte sin magtposition (sit sværd) direkte fra gud, eller om pavens mellemkomst var påkrævet, om det havde lykkedes pavemagten at gribe såvel det verdslige som det åndelige sværd. Guds suverænitet anfægtedes derimod ikke. Derfor blev også de følgende århundreders stridigheder mellem kejser og konger, rex dei gratia, og mellem konger indbyrdes afgjort under teologi og paves åsyn. Et væsentligt element i konflikten mellem kong John og engelske stormænd, som i 1215 afstedkom Magna Carta, bestod således i begge parter higen efter pavens gunst.

Thomas (af) Aquinas søgte i renæssancen at forlige kristendommen med Aristoteles' filosofi. På sindrig vis søgte Aquinas og hans efterfølgere også forlig mellem samtidens uforenelige krav på højhed ved at tildele alle krav en plads i kompetencernes mosaik (via Media), om ikke andet så som afarter af nødret, jf. Hinsley (1986) s. 95ff. Bag denne altfavnende syntese-konstruktion stod som hierarkiets endelige, uafvendelige suveræn: gud. Dette anes også af den rangorden af retssystemer, som Aquinas overtog fra Augustin med guds lov (lex aeterna) som eviggyldigt primat, der delvist var åbenbaret i lex divina, og som endvidere i svag afglans og i et beskedent omfang kunne fornufterkendes af mennesket (jus naturale humanum), og som endeligt forsynede den positive, menneskelige ret (jus positivum) med gyldighed.

I de følgende århundreder blev kongemagterne alt i alt styrket. Dette afskar de herligste magtambitioner hos de universelle pavelige og drømmende kejserlige højheder; rex est imperator in regno suo, til tautologisk eksempel. I et vist omfang

reduceredes de universelle institutioners gebet til varetagelse af – de oprindeligt ikke særligt væsentlige, Strayer (1970) s. 27 – eksterne forhold mellem konger og stater, »united in ideal by the concept of divine law and in practice by the religious jurisdiction of the Roman pontiff«, Lamar Jensen (1974) s. 328. Og til garanti af den naturret, der uden megen held søgte forædling af romerrettens jus gentium til egentlig regulering af mellemstatslige forhold. Se også Grewe (1984) s. 83. Approbare, iudicare, regulare – som Clemens VI beskrev sin folkeretlige kompetence i »Corpus juris canonici«. Således afhang en krigs retfærdighed af paveligt og kejserligt samtykke – givet til krigsførende konger. Ikke-kongelige krige måtte nødvendigvis tage sig uretfærdige ud, og pave og kejser ydede herved kongen et værdifuldt rygstød i de stadige magtkampe inden for riget. Et legendarisk udtryk finder den pavelige retrætepost endvidere i Inter caetera (Tordesillas-traktaten) – den magtesløse deling i 1493 af Sydamerika og (alle) andre fremtidige opdagelser (missionsområder) på den flade jord mellem Spanien og Portugal ved en lodret demarkationslinie nogle hundrede sømil vest for Azorerne, se Grewe (1984) s. 273ff. Et mere eklatant udtryk for pavestolens og selv retræte-postens hensynkende realitet ses af, at klassisk folkerets endelige grundlæggelse omkring år 1600 ikke så meget er funderet på det middelalderlige kodeks med paven som eksponent som på en væsentlig grad af nytænkning som forsøg på udfyldning af hulrummet mellem tidligere lære og så praksis, herom Hinsley (1986) s. 172ff.

Og hvad angik demarkationslinien i henhold til Tordesillas-traktaten, tiltrådte Francisco de Victoria den nok i et vist omfang i »De Indis et de Jure Belli: Relectiones« fra 1532, ligesom demarkationslinien frem til midten af det 18. århundrede tjente som – et stadigt svagere – argument i grænsestridigheder mellem Spanien og Portugal. Formelt ophævedes demarkationslinien (først) i 1777, men allerede i 1544 havde den franske konge benægtet, at Tordesillas-traktaten skulle (kunne) binde Frankrig, ligesom blandt andet havenes frihed hurtigt blev et protestantisk slagord – lang tid før Grotius, hvis hævdelser af havenes frihed i »Mare liberum« fra 1608 (1604) er udtryk for også en hollandsk reaktion mod Tordesillas-traktaten, se O'Connell (1982) I s. 9f. Langsomt lagdes fundamentet for den senere antagelse af effektiv okkupation som højhedsrettens grund, der som Tordesillas-traktatens antitese understreger staternes emancipation fra det universelle, kristne herredømme.

3. *»Solo adunque questi Principatison' securi, & felici, ma essendo quelli retti da cagioni superiori à le qualimente humana non aggiugne, lascerò il parlarne, perche essendo esaltati, & mantenuti da Dio, sarebbe officio d'huomo presuntuoso, & termerario eldiscorrerne«, Machiavelli (1532) xi [2]*

Niccolò Machiavellis politiske maksimer, sådan som de fx fandt udtryk i »Il Principe« skrevet i 1513, var fra deres fremkomst i 1532 kontroversielle. Machiavelli hævdede som al politikks absolutte mål den stærke og uafhængige stat, hvis

modsatning var datidens Italien delt i fem småstater. Fyrsten måtte som statens grundlægger rejse sig fra kristensdommens lammende krybe og alene have statens sikkerhed for sit øje. Machiavelli var, om end i mindre grad end den samtidige Guicciardini, på forkant af udviklingen. Men det var udviklingen – frem mod også den endelige sækularisering af suverænitetsbegrebet; se også Bartelson (1993) s. 100ff., særligt s. 108. Således er det først omkring Machiavelli, at et egentligt begreb om staten som andet og mere end en forfatning fremkommer, jf. Grewe (1984) s. 197f., 33, 57f. og 83. Bodin gennemførte en sondring mellem styreform (gouvernement) som en reminiscens fra fortidens statsbegreb og statsform (estat) som netop afledt af tidens nye, bredtfavnende statsbegreb, se *La République* fx II s. 34.

Opgøret med den kristne verdensstat var imidlertid ikke eneste betingelse for suverænitetsbegrebets sækularisering. Så længe magtforholdene i staterne (kon-gerigerne) var mere eller mindre kaotiske under stridigheder mellem konger og adlen, fandt suverænitetsbegrebet ingen verdslig jord at gro i. Slagord som: res superiorum non recognoscens var netop blot – slagord. Sånningen var ikke gjort med renæssancens reception af romerretten og genopdagelse af ikke mindst Aristoteles. Men romerrettens reception i det 13. århundrede inspirerede sammen med en gradvis styrkelse af staten til, at (verdslig) lovgivningskompetence forlod sin status som blot statisk medium for den allerede eksisterende, gode gamle ret. Se også London Fell (1983) 1 bla. s. 77f. samt 2 passim, Quaritsch (1986) s. 47. Dette skred i kompetence til retsskabelse fandt sin endelige formulering i det 16. århundrede, hvor de interne magtkampe typisk blev afløst af staters konsolidering qua deres kongers enevælde, jf. Hinsley (1986) s. 74 og Tilly (1992) s. 46. Ned-dysningen af stridighederne skal dog ikke betragtes som nogen (intern) totalsejr for kongen: »Absolutism did not mean the end of aristocratic rule: on the contrary, it protected and stabilized the social dominion of the hereditary noble class of Europe. The kings who presided over the new monarchies could never transgress the unseen limits to their power: those of the material conditions of reproduction of the class to which they themselves belonged«, Anderson (1974) s. 430 og også s. 50f.

På dette tidspunkt finder suverænitetsbegrebet så sin endelige, verdslige klæ-dedragt – som i romerriget på et tidspunkt, hvor konsolidering og klarhed havde afløst magtkampe. Magten var nu blevet koncentreret i »Stehende Heere, Rüstungsindustrien, Kriegssteuern, bürokratische Finanzverwaltung, organisiertes Staatsschuldenwesen«, Grewe (1984) s. 370. Statsgrænserne blev fikseret med naturretens pensel – naturlige grænser, jf. Grewe (1984) s. 375. Herom havde Jean Bodin reflekteret i »Methodus ad facilem historiarum cognitionem« fra 1566. Med det senere værk, »Lex six livres de la République« fra 1576, gives samme Bodin æren for det moderne suverænitetsbegrebs grundlæggelse. Det er naturligvis en dogmehistorisk forenkling. Men det står ikke til diskussion, at su-verænitetsbegrebet hos Bodin finder sin hidtil mest omfattende analyse; herom kap. IV, 1.

Den endelige sækularisering af suverænitetsbegrebet i humanismens tidsalder må naturligvis også ses i sammenhæng med det 16. århundredes reformation. Blandt andet med henvisning til Paulus' romerbrev, »enhver skal underkaste sig de øvrigheder, han har over sig; thi der er ingen øvrighed uden at den er indsat af Gud«, Rom. 13, 1–4, søgte Martin Luther et spirituelt kirkebegreb. Direkte var det vendt mod pavens krav på verdslig magt, men indirekte var det en nok så væsentlig illustration af den yderligere formalisering af guds position som al magts kilde, der var et tidens tegn. Et andet tegn var antagelse af individets suverænitet.

Reformationen kom ganske naturligt til at gå hånd i hånd med sækulariseringen af suverænitetsbegrebet og dermed også med den endegyldige gennemførelse af krav på ret til retsskabelse og dynamisk suverænitet. Og da reformationen snart fulgtes af religionskrige og borgerkrige, som satte Europa i brand, blev sækulariseringen yderligere styrket gennem et ønske om forlig mellem de stridende parter på andet end kirkens papir. Da trediveårskrigen døde endeligt ud i 1648, fandt stater (kongers) suverænitet en konfirmation i den westfalske fred. Fredstraktaten, traktat-komplekset, blev samtidig det retlige fundament for systemet af europæiske stater i de næste mere end 100 år, »le point de départ du développement historique du droit international actuel«, Anzilotti (1929) s. 5. I freden indeholdtes også den såkaldt klassiske magtbalance. Kristendommen var blevet til Europa, Wight (1977) s. 113, 119 og konkluderende s. 151f., og »sovereignty ... a principle of order since its concept defines the domain of objects of an autonomous discourse, a science of states«, Bartelson (1993) s. 125. Heroverfor hjalp pavelige protester, bullen *Zel Dorcies*, slet ikke – udviklingen havde allerede udviklet sig.

KAPITEL IV

SUVERÆNENS RENÆSSANCE

1. »*La souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République*«, *La République I*, 8

Således definerede Jean Bodin suveræniteten i sit hovedværk, »*Les Six Livres de la République*«. De seks bøger udkom første gang i 1576, men har siden været underkastet adskillige revisioner. Selv udfærdigede Bodin den første latinske udgave i 1586, »*De Republica Libri Six*«, hvor suverænitetsbegrebets definition lød: »*Maiestas est summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas*«, dvs. suveræniteten er den højeste og absolutte magt over borgere og subjekter, samh. kap. II, 2. I den latinske definition er kravet om magtens evighed (*perpetuitas*) således gledet ud – men blot for linier senere at blive hæftet på.

Bodins definition er i og for sig klar: absolut og evig magt (i en stat). Det var denne – tilsyneladende – klarhed, som gav Bodin plads i dogmehistorien: »Det er denne bestemmelse af suveræniteten, som er den *afgørende* nydannelse hos Bodin, hvis værk i øvrigt følger en statsretlig tradition, som går tilbage til Aristoteles' politiske skrifter«, Tamm (1990) 1 s. 116.

Spørgsmålet er dog, om historien yder Bodin fuld retfærdighed. Suverænitetsbegrebet analyseres hovedsageligt i tre-fire kapitler i »*Les Six Livres de la République*«. Kapitel 1 i værkets femte bog bærer titlen: »*Du reiglement qu'il faut tenir pour accommoder la forme de République à la diversité des hommes : et le moyen de cognoistre le naturel des peuples*«, *La République V*, 1. Tanken er, at menneskets natur er afhængig af dets omgivelser, hvilket statens institutioner må afrettes efter. Der er tale om tanker, som grundlagde Montesquieus »*De L'Esprit des Lois*« fra 1748 – måske uden at Montesquieu var vidende om Bodins overvejelser, Koch (1983) s. 36. (Dogme)Historien har fulgt Montesquieu, som bliver grundlægger af en relativ, historisk naturret, jf. fx Tamm (1990) 1 s. 172 og Tamm (1991) 2 s. 273. At Bodin danner den dogmehistoriske indledning til suverænitetsbegrebet, men ikke til fx den relative naturret, hænger sammen med, at det primært var omkring suverænitetsbegrebet, at Bodin dannede skole i sin samtid – alene her var nydannelsen »afgørende«. Og dette sidste er naturligvis også en forenkling, se Grewe (1984) s. 201, Pennington (1993) s. 8 og 276ff.

Klarheden i Bodins definition er imidlertid kun tilsyneladende. Ved det, at magten skal være evig (*perpetuelle*), forstår Bodin »*pour la vie de celui qui a la puissance*«, *La République I* s. 185. Denne indskrænkende fortolkning af evigheden er i princippet tvungen, såfremt suveræniteten skal have mening i den verdslige sfære, hvor ingen endnu har regeret i evighed og uforgængelighed uden at miste jordforbindelsen, jf. King (1974) s. 143f. og 154 samt kap. II, 2. Men er den (såkaldte) evighed stadig ikke blot et specialfald af det, at magten er absolut – og dermed blot en refleks fra fordums teologiske lære med udsigt til egentlig, guddommelige

evighed? For hvordan skulle magten kunne være absolut, hvis den var tidsmæssigt bundet til andet end suverænen biologiske eksistens – hvordan skulle denne bindings ophævelse kunne unddrages det absolutte?

For en uprøvet tilegnelse af specialfalds-tanken og dermed implicit antagelse af delvis definitiv overflødig eller overlap, se King (1974) s. 140ff.

Et benægtende svar på det første spørgsmål kan ikke forklares med, at suverænen trods absolut magt alligevel er bundet af naturretten. Dette, som har forekommet samtiden naturligt, inkorporeres nemlig i magten som absolut: »Vray est que ces docteurs ne disent point que c'est de puissance absolue : car si nous disons que celui a puissance absolue, qui n'est point sujet aux loix, il ne se trouvera Prince au monde souverain : veu que tous les Princes de la terre sont sujets aux loix de Dieu, et de nature, et à plusieurs loix humaines communes à tous peuples«, *La République* I s. 190. Magten som absolut bestemmes derfor med *le premiere marque du prince souverain* (de la souveraineté): »c'est la puissance de donner loy à tous en general, et à chacun en particulier« (»sans le consentement de plus grand, ni de pareil, ni de moindre que soy«), *La République* I s. 306. Ved lov forstod Bodin »le droit commandement de celui ou ceux qui ont toute puissance par les autres sans exception de personne«, *La République* I s. 300. Fra dette »premiere marque« kan de øvrige majestætsrettigheder afledes.

Suverænen magt som evig må derfor – såfremt det ikke skal være et blot specialfald af hans magt som absolut – grunde sig på andre indskrænkninger i suveræniteten end dem, som naturretten rummer. Sådanne indskrænkninger findes, og de benævnes *leges imperii*. Det hedder sig: »Quant aux loix qui concernent l'estat du Royaume, et de l'establissement d'iceluy, d'autant qu'elles sont annexees et unies avec la couronne, le Prince ni peut deroguer, comme est la loy Salique : et quoy qu'il face, tousjours le successeur *peut casser* ce qui aura esté fait au prejudice des loix Royales et sur lesquelles est appuyé et fondé la majesté souveraine«, *La République* I s. 197. *Leges imperii* (les loix Royales), de regler som konstituerer staten og dens styreform (monarki), omfattede hos Bodin (alene) successionsfølge og forbud mod afhændelse af det kongelige domæne, dvs. sikring af monarkiet også efter suverænen regeringstid. Denne retlige regulering, som bærer suveræniteten og monarki, kan ikke ændres, »ni peut deroguer«, hvilket stemmer med, at magten er evig (perpetuelle) og evigheden er blot egen livstid, regeringstid.

Med *leges imperii* trækkes den (blot) evige magt ud af den absolutte magts skygge, idet evigheden bliver et selvstændigt udtryk for en tidsmæssig begrænsning af den absolutte magt og dermed ikke blot et specialfald af denne. Dermed renses Bodins definition af suveræniteten for overflødig – men konfronteres samtidig med et reelt problem, eftersom det ikke er indlysende, hvad *leges imperii*s natur er. På den ene side er disse konstituerende regler ikke naturretlige, samh. Quaritsch (1986) s. 55, for brud på naturretten er slet ikke ret, hvilket brud på *leges imperii* dog alligevel er, idet de blot *kan* kasseres (»peut casser«) med tilbagevirkende kraft af efterfølgere, som derved gives adgang til brud på egen

tidsramme, samh. citatet ovenfor. På den anden side strider udgangspunktets derogationsforbud mod, at ikke-naturretlig ret blot er at betragte som suverænen magtbud, »la loy n'est autre chose que le commandement du souverain, usant de sa puissance«, *La République* I s. 221; for hvordan kan suverænen – i medfør af et derogationsforbud – være bundet af egne magtbud, og hvordan kan suverænen overhovedet regulere sin egen suverænitet, når i øvrigt Bodin også anerkender maksimen »Nulla obligatio consistere potest, quae à voluntate promittentis statum capit«, jf. *La République* I s. 192? Samh. udtrykkeligt »legibusque soluta« i Bodins latinske definition af suverænitetetsbegreb. Leges imperii er i andre ord ramme om et kunstfærdigt, men dog ikke helt vellykket og noget modsætningsfyldt forsøg på sammensmeltning af et naturretligt derogationsforbud med alligevel ikke-naturretlige derogationsmuligheder, se også Sabine & Thorson (1981) s. 380.

Det er denne modstrid, som synes at skjule sig bag sontringen mellem »perpetuelle« og »absoluë« i Bodins suverænitetetsbegreb. Modstriden eller inkonsistensen, som dog mærkværdigvis af Franklin betragtes som helt konsistent, Franklin (1973) s. 71, 73f. og 79, samh. s. 87, er en illustration af, at Bodins værk mere end en stringent, logisk analyse var et politisk indlæg afpasset samtiden, herunder Bodins samtidsvejledte analyser af fortiden. »Les Six Livres de la République« må forstås i lyset af de blodige stridigheder i Frankrig mellem protestanter og katolikker, som rullede henover det 16. århundrede med makabre højdepunkter som sankt bartholomæusnatten i 1572. Bodin tilsluttede sig det moderate politiske parti, les politiques, som frem for alt var nationalister: ønsket var et fortsat bevareret Frankrig – og løsningen var et styrket monarki, hævet over religiøse stridigheder. Bodins definition af suverænitet er udtryk herfor: for (ønsket om) en forøgelse af regentens, statens magt. Derfor følges den også af påstande om, at suveræniteten er udelelig, *La République* II, 1, og om, at modstandsret ikke tilkommer undersåtterne, *La République* II, 5, samh. Verzijl (1968) I s. 258 og Bartelson (1993) s. 124. Og fordi det politiske sigte bar »Les Six Livres de la République«, lagdes leges imperii ind under suverænitetetsbegreb: »They did not limit but, on the contrary, secured the monarchy«, Gross (1973) s. 3.

Den indre modstrid i Bodins begreb om suverænitet vidner om, at begrebet udtales i moden verdslig sammenhæng som politisk slagord i en højspændt situation. Siden smittede begrebsdannelsen – i Henning Arnisæus' variant – af på den danske enevældes kongelov, *Lex Regia*, fra 1665: »denne KongeLow saasom Kongedømmets rette uforanderlige fundamentale Low«. At Bodin vendte sig mod tanken bag romerrettens *lex regia*, overdragelsen af suverænitet fra folket til regenten, samh. *La République* VI, 5, var så en anden ting. Også fordi en anden af Peder Schumachers inspirationskilder til kongeloven var Thomas Hobbes' »Leviathan«, som indeholdt et tankeeksperiment bygget over samfundspagtens idé, jf. afsnit 3 nedenfor. Herefter var kongelovens indledende fortolkning af begivenhederne i 1660–61 afrettet.

Jacques Maritain har ud fra et par løstsiddende citater i *La République* I s. 185f., med hvilke Bodins mening utvivlsomt blot har været at eksemplificere suverænitetsovergivelse som skift mellem demokrati og monarki, mere end antydte, at Bodin benyttede sig af samfundspagtens idé, se Maritain (1969) s. 45f. og i øvrigt tilsvarende forfejlet Hinsley (1986) s. 131 og 134. Videre hedder det sig: »Here we are confronted with the basic wrong of the concept of Sovereignty, and the original error of the theorists of Sovereignty. They knew that the right to self-government is naturally possessed by the people. But for the consideration of this right they substituted that of the total power of the commonwealth. They knew that the 'prince' receives from the people the authority with which he is invested. But they had overlooked and forgotten the concept of vicariousness stressed by the mediaeval authors. And they replaced it with the concept of physical transfer and donation«, Maritain (1969) s. 48. Om blandt andet den heri indeholdte anakronisme, se også kap. II, 2.

2. »*Subjectum ergo commune summæ potestatis esto civitas ... Subjectum proprium est persona una pluresve, pro cujusque gentis legibus ac moribus*«, *Belli ac Pacis* I, iii, vii [3]

Disse ord sammenfatter det forslag til løsning af Bodins inkonsistens, som blandt meget andet rummes i Hugo Grotius' hovedværk, »*De Jure Belli ac Pacis Libri Tres*«, fra 1625. Løsningen – på denne inkonsistens – lå i den samfundspagtens idé, som Bodin havde afvist. Hermed gav Huig *de Groot* den rationalistiske naturret en første, prægnant formulering.

»*De Jure Belli ac Pacis Libri Tres*« vakte stor anerkendelse i Grotius' samtid – og eftertid. Selv synes Grotius da heller ikke at have været foruden udsyn til sin storhed. »*Artis formam ei imponere multi ante hac destinarunt : perfecit nemo*« [4]; »*Vidi & speciales libros de belli jure partim à Theologis scriptos, ut à Francisco Victoria, Henrico Gorichemo, Wilhelmo Matthæi, partim à doctoribus juris, ut Ioanne Lupo, Francisco Ario, Ioanne de Lignano, Martino Laudensi : sed hi omnes de uberrimo argumento paucissima dixerunt, & ita plerique, ut fine ordine quæ naturalis sunt juris, quæ divini, quæ gentium, quæ civilis, quæ ex canonibus veniunt, permiscerent atque confunderent*«, *Belli ac Pacis* Prolegomena [5].

Samfundspagten slutter ifølge Grotius den historiske naturtilstand, som var befolket af nok sociale men også svage mennesker, som måtte søge fællesskabet ikke blot af lyst (*appetitus societatis*) men også af nød; »*Verissimum illud, omnia incerta esse simul à jure recessum est*« [6]. Som samfundspagten gør det i al væsentlighed, finder også naturretten (*jus naturale*) sit udspring i menneskets naturlige, sociale drift. Hos Grotius sækulariseres naturretten således: »*Et hæc quidem quæ jam diximus, locum aliquem haberent etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari nequit, non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana*« [7]. Se i det hele *Belli ac Pacis* Prolegomena.

I den stat (*civitas*), jf. *Belli ac Pacis* I, i, xiv, som skabes med samfundspagten, rummes suveræniteten, ved hvilken Grotius forstår: »*Summa autem illa dicitur, cujus actus alterius juri non subsunt, ita ut alterius voluntatis humanæ arbitrio irriti possint reddi*«, *Belli ac Pacis* I, iii, vii [8]. Modsat Bodin er evighed ingen

betingelse for Grotius, *Belli ac Pacis* I, iii, xi. I almindelighed tvedeles suveræniteten herefter i på den ene side den originale suverænitet (*majestas realis*) og almindelige adkomst hertil (*imperium generale*), hvilke tilkommer staten, befolkningen (*populi*), og på den anden side den personlige suverænitet (*majestas personalis*) og speciel adkomst hertil (*imperium proprium*) gennem statens forfatningen. Jf. *Belli ac Pacis* bla. I, iii, xi og II, ix, viii samt I, iii, xvii om »*partes potentiales*« og »*partes subjectivas*«. Om terminologien i øvrigt, Friedrich (1963) s. 65. Tvedelingen kommer i stand på den vis, at folket ved en herskerpagt tildeler den ene eller anden styreform retten til hel eller delvis brug af suveræniteten. Dette har som konsekvens, at suveræniteten ikke altid besiddes af folket, og at der ej heller altid er nogen gensidig afhængighed mellem folk og suveræn, *Belli ac Pacis* I, iii, vii og ix. Grotius kommer derved udenom Bodins inkonsistens ved at fiksere den absolutte, udelelige suverænitet (*majestas realis*) i staten eller folket (*subjectum commune*) gennem en samfundspagt, mens en herskerpagt kan videredelegere selve udøvelsen eller brugen af suverænitet (*majestas personalis*) til eksempelvis en konge (*subjectum proprium*). Denne konges suverænitet er ikke nødvendigvis absolut eller udelelig. Blandt andet må herskerpagten – pendanten til Bodins *leges imperii* – iagttages. Jf. *Belli ac Pacis* I, iii, xvii.

Tilsvarende tilbyder Grotius et større klarsyn på folkeretten end Bodin. I »*Les Six Livres de la République*« findes spredte tiltag til skitsering af *jus fetiale* eller den *jus gentium*, som efter Roms forfald havde opnået en øget kobling til naturretten – og omvendt. Se *La République* V, 6 og hertil en vældigt rosende Hinsley (1986) s. 180ff. og 186, samh. *La République* V s. 165. Hos Grotius tildeles dette traditionelle begreb langt større interesse: »*Latius autem patens est jus Gentium, id est quod Gentium omnium aut multarum voluntate vim obligandi accepit*«, *Belli ac Pacis* I, i, xiv [9]. *Jus gentium* er ikke blot ret for stater, men også ret fælles i stater, i alle tilfælde naturligtvis funderet på naturretten. *Jus gentium* kan betragtes som resultat af staters *appetitus societatis*; »*Si nulla est communitas quæ sine jure conservari possit, quod memorabili latronum exemplo probabat Aristoteles, certe & illa quæ genus humanum aut populos complures inter se colligat, jure indiget*«, *Belli ac Pacis* Prolegomena [10].

Sammen med *jus civile* er *jus gentium* menneskeskabt, viljesbestemt ret, samh. Crawford (1979) s. 5f. Spørgsmålet er, om antagelsen af disse retssystemer kan undgå at komme i konflikt med Grotius' forståelse af suverænitet. Der er ingen tvivl om, at suveræniteten rækker til egenhændig ændring af *jus civile*. Definitionen af suverænitet følges netop af følgende præcision: »*Alterius cum dico, ipsum excludo, qui summa potestate utitur; cui voluntatem mutare licet, ut & successorem, qui eodem jure utitur, ac proinde eandem habet potestatem, non aliam*«, *Belli ac Pacis* I, iii, vii [11]. Spørgsmålet er, om denne præcision også gælder *jus gentium*. Kan *jus gentium* ikke ændres arbitrært af suverænen, er der tale om en indskrænkning i suveræniteten, eftersom suverænenes magt ligger under for anden menneskelig vilje, eventuelt suverænenes egen på et tidligere tidspunkt. Det antog Grotius netop var tilfældet: *jus gentium* er bindende for stater, fx *Belli ac Pacis* I, iii, xvi.

Grotius' udvikling af suverænitæt og jus gentium, herunder folkeret, bliver således et første eksempel i historien på det såkaldte inkongruensproblem: uforenelighed mellem pligtsubjektivitet og suverænitæt (omnipotens). Bodins inkonsistens afløses da af en ny og anden, som ikke angår selve suverænitæts konstituering, men derimod dens omfang; et inkonsistensens skift fra at have fæste omkring besiddelse til fæste omkring udøvelse og rådighed, fra majestas realis til majestas personalis. Fra denne vinkel betød Grotius' udvidelse af suverænitæts sigte i forhold til Bodin ikke inkonsistensens ophør, men alene dens flytning. Samh. Hinsley (1986) s. 192, som holder på, at Grotius »was thus opening up the only practicable route towards the incorporation into an international context of the new concept of the sovereignty of the state«.

Det må medgives, at udfindelsen af et inkongruensproblem hos Grotius kan problematiseres og kan hævdes ikke at være helt tvangfri. Staternes vilje forbliver bindende, fordi et ikke-positivretligt princip, svarende til pacta sunt servanda, forskriver dette, samh. »De federum & sponsionum discrimine adiri potest Livius libro ix. ubi recte nos docet federa esse quæ fiunt jussu summæ potestatis, & in quibus ipse populus iræ divinæ obstringitur si minus stetur dictis« – »natura obligationem«, *Belli ac Pacis* II, xv, iii [12]. Som sådan er der altså to nødvendige betingelser for forpligtelsen: suveræns vilje og et naturretligt princip; suverænitæten er knyttet til denne vilje, hvorimod den ligger under for naturretten. Men det må være klart, at Grotius i sammenhængen fokuserer på vilje snarere end naturretlige principper: »Gentium omnium aut multarum voluntate«, *Belli ac Pacis* I, i, xiv [13]. Inkongruensproblemet gives da også en eksplicit formulering, når det hedder sig: »Et hæc ipsa aut cum imminutione sunt imperii, aut sine ejus imminutione«, *Belli ac Pacis* II, xv, vii [14].

Om Grotius' inkongruensproblem, se også afsnit 8 nedenfor samt kap. VIII, 2, og om problemet og dets opløsning mere generelt, se kap. VII.

Inkongruensproblemet er en illustration af, at »De Jure Belli ac Pacis Libri Tres« er et komplekst værk, som ikke alene er begunstiget af klarsyn, se også Brierly (1958) s. 22. På den vis lægger Grotius sig efter Jean Bodin, hvis »Les Six Livres de la République« var en utvivlsom inspirationskilde for Grotius, se *Belli ac Pacis* Prolegomena med omtale af også Bodin til slut. Men Grotius havde mange andre kilder. »De Jure Belli ac Pacis Libri Tres« er fyldt med citater, som griber tilbage i historien – sontringen mellem jus civile og jus gentium har sine rødder i romerretten ligesom den duale suverænitæt, majestas realis og majestas personalis, gennem lang tid havde været almindeligt udbredt i Tyskland, jf. Hinsley (1986) s. 136. Med sin orientering mod fortiden griber Grotius også nærmest uundgåeligt tanker om den universelle kristendom. Under trediveårskrigen brugte Grotius en betydelig del af sine senere år på at søge forlig mellem protestanter og katolikker. Hans varsomme afskrivning af gud som naturrettens conditio sine qua non, jf. citatet ovenfor fra *Belli ac Pacis* Prolegomena, er formentlig netop udslag af en forståelse for, at religiøse stridigheder – og det, som ligner – ikke mest oplagt løses med religion. Grotius stillede sin autoritet og retskyndighed til forligets tjeneste. Men initiativet grundstødte allerede ved, at protestanten Grotius af sin samtid mentes at ligge under for betydelig katolsk inspiration. Forlig var ikke i tidens eller krigens ånd. Ideen om kristendommens enhed var opgivet – reforma-

tionen var en effektiv bremse på kosmopolitiske tiltag, og den westfalske fred i 1648 var en grundfæstning af de suveræne stater, blandt andet med anerkendelsen af Nederlandene og Schweiz som sådanne, jf. kap. III, 3.

Tilsvarende kommer der heller ikke meget andet end iøjnespringende uklarhed ud af forsøget i »De Jure Belli ac Pacis Libri Tres« på at forlige Bodins forståelse af suverænitet med fordums tro på den kristne verdensstat gennem forening af stater i ikke blot jus naturale men også i jus gentium, samh. kap. VIII, 2. Nu skal det naturligvis tages i betragtning, at suverænitetsbegrebets betydning var til at overse hos Grotius. Den udfordring, som lå i trediveårskrigen og i samtiden i øvrigt var en anden; nemlig en udfyldning af tomrummet efter reformationen hvad angik styrende principper for ikke mindst staters samvær i Europa og i forholdet til de gryende kolonier. I dette lys og ikke i suverænitetsbegrebets spot skal jus gentium ses. Men det betyder så også, at den egentlige udfordring i det suverænitetsbegreb, som Bodin introducerede, først blev taget op af senere filosoffer.

Langt frem i århundrederne forblev suverænitet blot en frase, et statsbegrebets ornament i (folke)retlige hovedværker som Samuel Pufendorfs »De Jure Naturae et Gentium Libri Octo« fra 1672 og Christian Wolffs »Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum« fra 1749. Hvor Grotius havde forstået folkeret (jus gentium) som viljesbestemt, lod senere forfattere folkeretten integrere i naturrettens eviggyldighed – og staters suverænitet blev derefter et begreb underordnet naturretten: folkeretten var per definition suverænitet overlegen. Omkalfateringen af folkeretten betød, at disse forfattere modsat Grotius undgik inkongruensproblemet, jf. afsnit 8 nedenfor, og den betød, at suverænitet ingen egentlig funktion fik for disse forfattere. Staterne var suveræne – og det var dét. I stedet var statsbegrebet centralt, også som rum for dynamisk begrebsudvikling, samh. Crawford (1979) s. 5f.

En anderledes central rolle spiller suverænitetsbegrebet i mere politisk-filosofiske hovedværker, hvor en udviklingslinie i begrebet krydser Hobbes, Locke og Rousseau. Karakteristisk for disse forfattere er et teoretisk udgangspunkt mere orienteret om staten og ikke det statssamfund, som måtte være reguleret af folkeret. Resultatet blev en større frihed i suverænitetsbegrebets anvendelse – og det er derfor hos disse forfattere, at udfordringen i Bodins suverænitetsbegreb tages op. Ad denne mere politisk-filosofiske udviklingslinie tegner de gryende tiltag til endeligt brud med naturretten sig klare. Og da suverænitetsbegrebet endeligt sætter sig igennem i folkeretten i det 19. århundrede efter naturrettens århundredelange afmatning er resultatet et teoretisk chok, hvis bølger stadig går gennem folkeretten i det 20. århundrede i inkongruensproblemets form, jf. kap. VII, 1.

3. »Dens lige findes ikke på jord, den er skabt til ikke at frygte. Alt, hvad højt er, ræddes for den, den er konge over alle stolte dyr«, Job 41, 24–25

Det var denne udlægning af Leviathan (Livjatan), som døbte Thomas Hobbes' hovedværk fra 1651; ikke de fortolkninger i Esajas' bog 27, 1 om Leviathans undergang under skabelsen eller i Johannes' åbenbaring 12, 9 om sammes nedstyrtning på dommedag. I Jobs bog er Leviathan stolthedens personifikation, og netop stolthed (pride) var et centralt begreb i Hobbes' menneskeopfattelse, som i sig selv var tiltænkt en midterplacering i Hobbes' filosofiske system – mellem på den ene side en konstituerende lære om fysisk bevægelse og på den anden, dobbelt-aflødt side den politiske filosofi, sociobevægelsen.

»Leviathan« er funderet på et tankeeksperiment: konsekvenserne af den effektive statsmagts borttænkning, jf. *Leviathan* s. 144. Hertil kunne Hobbes finde rigelig inspiration i samtidens England, hvor borgerkrigen mellem Charles I og parlamentets tilhængere under Cromwells ledelse efter lang tids forfatningskamp var brudt ud i 1642: »If there had not first been an opinion received of the greatest part of England, that these powers [dvs. »the rights of sovereigns by institution«, *Leviathan* kap. 18] were divided between the King, and the Lords, and the House of Commons, the people had never been divided and fallen into this civil war«, *Leviathan* s. 184 – Hobbes hyldede som Bodin suverænitets udelelighed, alt andet var naturstridigt eller i hvert fald hasard med samfundsordenen. To år før borgerkrigens udbrud, i 1640, var royalisten Hobbes draget i landflygtighed i Frankrig; han vendte først tilbage i 1651 efter at have givet Cromwells nye styre sin velsignelse. Samme år udkom »Leviathan«.

Uden (effektiv) statsmagt og social tvang, i naturtilstanden, »in the condition of mere nature«, ville mennesket være styret af jagt på magt (og stolthed), »a perpetual and restless desire of power after power«, *Leviathan* s. 123, en lang, uafbrudt bevægelse i lighed med den inertiens lov, som var led i det nye paradigme i samtidens naturvidenskab, bevægelsens genkomst: Copernicus, Galilei, (Newton). Kampen for fortsat bevægelse er for mennesket et spørgsmål om overlevelse; den finder et andet udtryk i *the right of nature*: »the liberty each man hath, to use his own power, as him will himself, for the preservation of his own nature; that is to say, of his own life; and consequently, of doing any thing, which in his own judgment, and reason, he shall conceive to be the aptest means thereunto«, *Leviathan* s. 145f. På grund af menneskers tilnærmelsesvis lighed ved addition af ulig fysisk styrke og udjævnende klogskab bliver naturtilstandens fortsatte kamp for overlevelse en krig, »every man, against every man«, hvor angreb er bedste forsvar: »there is no way for any man to secure himself, so reasonable, as anticipation«, *Leviathan* s. 141ff. Derfor bliver naturtilstanden også besjælet af frygten, »the continual fear« – »and the life of man, solitary, poor, nasty, brutish, and short«, *Leviathan* s. 143.

Af denne kollektive tragedie, i første ende af hvert enkelt menneskes overlevelseskamp modelleret i »the right of nature«, udspringer som modstykke til menneskets magtbegær *the laws of nature*, fornuftsdirektiver, »These dictates of

reason, men used to call by the name of laws, but improperly: for they are but conclusions, or theorems concerning what conduceth to the conservation and defence of themselves», *Leviathan* s. 168 og siden også s. 246. De naturlige love har i andre ord ikke hos Hobbes den almindelige naturrets kategoriske form, men er hypotetiske i den forstand, at de (blot) er rationelle og ikke bindende anvisninger på, hvordan the right of nature og dermed overlevelsen bedst fremmes. Ifølge Hobbes er denne fornuftserkendelse imidlertid ikke overbevisende, den i sig selv kan ikke hæmme menneskets grundlæggende bevægelse besjælet af magtbegær, saml. Høffding (1925) 2 s. 71f. om »hans egen Samvittigheds Domstol« som enerådende kraft. Krigen bremses, og »the laws of nature« kommer først til deres ret, når naturoilstanden er bragt til ophør gennem en statsdannelse båret ikke blot af fornuft men også af frygt, *Leviathan* s. 173. Staten dannes ved overførelse af egen magt til »one will«, »the immortal God« med ét løfte, som sigter dels på en herskerpagt, dels på en samfundspagt: »I authorize and give up my right of governing myself, to this man, or to this assembly of men, on this condition, that thou give up thy right to him, and authorize all his actions *in like manner*«, *Leviathan* s. 176. På denne vis »is created that great Leviathan called a common-wealth ... which is but an artificial man ... and in which sovereignty is an artificial soul, as giving life and motion to the whole body«, *Leviathan* introduction. Denne suverænitet var – (kun) så længe dens udøvelse udvirkede fredens lykke – total, samh. Kratochwil (1994) s. 480f. Den implicerede al magtudøvelse; de borgerlige love var suverænitets ord som sammen med de naturlige love, der ikke var blevet borgerligt tilsidesat, udgjorde lov og ret, og det var efter disse – og altså i sidste ende efter de borgerlige love –, at begreber som retfærdighed blev afrettet, jf. i det hele *Leviathan* kap. 18, »Of the Rights of Sovereigns by Institution«, og om lovene særligt senere i *Leviathan* kap. 27. Endelig var det for Hobbes klart, at suveræniteten bedst blev varetaget af en monark, jf. *Leviathan* s. 187ff.

Så vidt jeg kan se, glipper konsekvensen i Hobbes' konstruktion omkring den forpligtende virkning af de løfter, der bærer samfundspagten. Det er et naturoilstandens fundament, at »obligation, and liberty ... in one and the same matter are inconsistent«, *Leviathan* s. 146, samh. s. 205, således at sådanne forpligtelser ikke skulle kunne gennembryde eller indskrænke »the right of nature«, samh. fx *Leviathan* s. 174 og 181f. Men senere hedder det sig så: »Covenants entered into by fear, in the condition of mere nature, are obligatory«, *Leviathan* s. 153. Nuvel, i første række udelukker Hobbes' system ikke denne uomtvistelige indskrænkning af friheden (liberty) i naturoilstanden – og en hermed korresponderende indskrænkning af »the right of nature«, saml. fx Vaughan (1925) I s. 31ff., 56 og 140 og Strömberg (1981) s. 29 om »en åbenbar cirkelslutning«. Det hænger sammen med Hobbes' hedonistiske, mekaniske menneskeopfattelse: viljen er ifølge Hobbes årsagskæders slutning, således at i sig selv frygten kan motivere menneskets handlemønstre og foreskrive den fysiske nødvendighed af løftets opfyldelse. Men selvom der bortses fra, at en sådan viljesteori næppe kan rumme forpligtelser og samfundspagt, jf. Riley (1982) s. 43ff., 75 og 98, og uanset at Hobbes' sprogteori står svagt her, jf. Bartelson (1993) særligt s. 134f., bryder argumentationen alli-

gevel i anden række sammen. Hobbes må nemlig forudsætte individets fulde habilitet til momentan indgåelse af en gensidig samfundspagt, hvilket implicerer en (grad af) frihed, som ækvivalerer (alle) de øvrige deltageres, jf. *Leviathan* s. 147 samh. med s. 153 og i øvrigt ovenfor om løftets formulering. I andre ord synes det tvingende, at tidligere afgivne løfter kan brydes, uanset at de måtte være afgivet under indflydelse af den mest intense frygt af dem alle: frykten for øjeblikkelig død, og uanset at en sådan grad af frygt ikke nødvendigvis er nærværende omkring samfundspagten slutning, samh. *Leviathan* s. 153f. Saml. Rapaczynski (1987) s. 84ff., der kun har plads på første række.

Dette brud på egne principper er i og for sig tvingende: suverænen *totale* magt begrundes i en forudsat eller underforstået samfundspagt, men denne begrundelse har ikke megen mening, medmindre samfundspagten antages bindende for undersåtterne – modsat suverænen, den jordiske gud, jf. *Leviathan* s. 178f. Og da frykten ikke forekommer at kunne være tilstrækkelig begrundelse herfor, må princippet i den tredje naturlige lov – »men perform their covenants made«, *Leviathan* s. 156 – i hvert fald delvist implanteres i den naturtilstand, som ellers skulle være den foruden, samh. Riley (1982) s. 53f. Lloyd (1992) s. 267f. anfører yderligere grunde til støtte for Hobbes' slutning, som dog alle også hviler på forudsætningen om – en samfundspagt. Med dette, om end illusoriske, kontraktsdilemma ender Hobbes i samme inkonsistens som Bodin: begrundelse af suveræniteten med suveræniteten. Selvom Hobbes med tilegnelse af sin tids deduktive metode leverer langt mere præcise og velstrukturerede argumenter end Bodin, så er den endelige indfangning af suveræniteten ikke så meget ledt af stringente, logiske slutninger som af det ønske at give sin samtid et eksempel på absolutismens kløgt til efterfølgelse, samh. Sabine & Thorson (1981) s. 423 og 438.

I en interessant fortolkning af »Leviathan« hævder S. A. Lloyd, »that establishing an absolutist form of government is indeed less central to Hobbes's project than is establishing an unconditional obligation to obey any effective government, no matter what its form«, Lloyd (1992) s. 293 og allerede s. 50 med »a principle of political obligation«, dvs. »a statement of the conditions under which subjects or citizens are to obey the commands of the government of the commonwealth«. Denne praktiske fortolkning bakker det synspunkt op, at Hobbes ikke tvinges til sine konklusioner af deduktionen. At Hobbes' konklusion herefter primært forstås som resultatet af en almindelig sympati for størst mulig politisk stabilitet er vel snigende trivielt; det samme gjorde sig gældende for eksempelvis Bodin og utvivlsomt for talrige andre. Til stadighed bliver det centrale, at Hobbes lod dette ønske tage absolutismens form som et specialfald af ubegrænset og udelelig suverænitet, samh. Lloyd (1992) s. 78ff. Se også Hinsley (1986) s. 145.

Der er ikke i Hobbes' system nogen tvangfri sammenhæng mellem frie individer, samfundspagt og suveræn, monark. Dette omgør dog ikke Thomas Hobbes' epokegørende »clear-cut individualism«, Sabine & Thorson (1981) s. 432, men sætter den snarere i relief. Hobbes udstiller, hvad der ofte kaldes al liberalismes paradoks: at frihed ikke kan optimeres uden ufrihed, at ikke alle kan være lige frie og beherske junglen af egen fri vilje. Individerne investerer deres (negative) frihed, dvs. frihed til forfølgelse af egen vilje, *Leviathan* s. 205, i samfundspagten, i den totalt frie suveræn – og får til gengæld ved at krig vendes til fred øget (posi-

tiv) frihed, dvs. formindskelse af krigens hæmningsløse hæmninger af individets handlemuligheder, jf. *Leviathan* s. 146f. og 204 samt Lloyd (1992) s. 281f. med interpolering af (negativ) friheds umulighed. For en nærmere analyse af det såkaldte paradoks, se afsnit 7 nedenfor. Med disse strejf af liberalisme viste Hobbes en anden principvægtning end Bodin. I »Les Six Livres de la République« kommer liberalismen primært til orde igennem naturretten. Forskellen er dog næppe overvældende. Ifølge Bodin var suverænen jo bundet af naturretten, og omkring skatter forfalder Bodin ligefrem til liberalismens udgangspunkt, se Pennington (1993) s. 281f. og Franklin (1973) s. 87ff. om uoverensstemmelse mellem suverænitetsbegreb og fordring om undersåtters samtykke til skattepligt, samh. *La République* bla. I s. 201ff.

4.

Sin egen politiske teori smykkede John Locke ikke med ordet »suverænitet« – og heller ikke »sovereignty«. Men det er for så vidt blot ord, (almene) navne; ifølge Lockes egen sprogfilosofi er forbindelsen mellem sådanne navne og de meningsbærende ideer vilkårlig. Og selve meningen med suverænitet og i den forbindelse med hierarkiets fiksering er uanset valget af (almene) navne *toneangivende* i Lockes »An Essay Concerning the True Original, Extent and End of Civil Government«, som udgør den anden – og tilsyneladende selvstændige, samh. Cox (1960) s. 33ff. – afhandling i »Two Treatises of Government« fra 1690. Imidlertid skulle denne suverænitetens tone vise sig at være noget skinger – uden at det dog tilsyneladende forstyrrede en samtid, hvor politisk filosofi generelt lå under for en forskydning i sit sigte: fra suverænitetens fiksering og begrundelse over mod dens forvaltning, herunder suverænitetens grænser i liberalismens gryende tankerækker, jf. Kratochwil (1989) s. 167.

Lockes teori indledes med udnævnelse af individet til naturrettens locus – individet besjæles med umistelige rettigheder, navnlig ejendomsret, *Two Treatises* II kap. v. Heller ikke i naturtilstanden mistes de umistelige rettigheder:

»The State of Nature has a Law of Nature to govern it, which obliges every one: And Reason, which is that Law, teaches all Mankind, who will but consult it, that being all equal and independent, no one ought to harm another in his Life, Health, Liberty, or Possessions. For Men being all the Workmanship of one Omnipotent, and infinitely wise Maker; All the Servants of one Sovereign Master, sent into the World by his order and about his business, they are his Property, whose Workmanship they are, made to last during his, not one anothers Pleasure. And being furnished with like Faculties, sharing all in one Community of Nature, there cannot be supposed any such Subordination among us, that may Authorize us to destroy one another, as if we were made for one anothers uses, as the inferior ranks of Creatures are for ours. Every one as he is bound to preserve himself, and not to quit his Station wilfully; so by the like reason when his own Preservation comes not in competition, ought he, as much as he can, to preserve the rest of Mankind, and may not unless it be to do Justice on an Offender, take away, or impair the life, or what tends

to the Preservation of the Life, the Liberty, Health, Limb or Goods of another», *Two Treatises II* § 6, jf. § 4.

For en umiddelbar betragtning lader Locke således – under guds årvågenhed – individet evne egen selvopholdelsestrang og bremse den egen-bevægelse, som Hobbes mente kun de fysiske omgivelser beherskede. Locke kan derfor sondre mellem »the State of Nature« og »the State of War«, den sidste karakteriseret ved individers jagt på den absolute magt, som kun tilkommer gud, *Two Treatises II* §§ 17, 23f. og 8. Brud på naturretten kunne individet håndhæve: »every one has The Executive Power« og alle er »Judges in their own Cases«, *Two Treatises II* § 13. Samfundspagten ansøres navnlig af disse (lejlighedsvis) brud, hvortil kommer ønsket om moralsk (religiøs, kristen) perfektion gennem magtudøvelsens koncentration i autoriserede statsorganer, samh. Dunn (1969) s. 123. Se *Two Treatises II* §§ 123ff. og 222. Med pagten monopoliseres individernes originale ret i en lovgivende magt til sikring af individernes (Self) Preservation, en udøvende magt til håndhævelse af ret og en føderativ magt til fælles forsvar og mellemstatslig adfærd i øvrigt, jf. *Two Treatises II* kap. xii. Alle magter måtte ikke mindst holde sig inden for naturrettens rammer; lovgivning i Hobbes forstand ville kunne åbne op for tyranni, *Two Treatises II* § 199.

I øvrigt reflekterer Lockes samordning af magterne de forfatningspolitiske stridigheder, som England gennem lang tid havde været kastet ud i, samh. *Two Treatises II* kap. xiii.

I det hele taget må vejen til Lockes teori også ses på baggrund af den politiske udvikling i det 17. århundredes England. Omkring borgerkrigens udbrud i 1642 tillagde monarkomakerne stænderne (the Estates) oprørsret og betragtede i reglen kongen som marionet, saml. Sabine & Thorson (1981) s. 369, mens royalisterne hævdede absolutismen og fornægtede oprørsretten. Hertil kom en række radikale, demokratiske bevægelser med bredtfavnende lighedsideer, som langt overskred den blot politiske sfære. I papirkrigen omkring 1642 mellem Charles I og parlamentet søgte sidsmændene ikke blot at legitimere opgøret med kongen, men også at holde de radikale fra livet. Tilsvarende fostrede den politiske teori i disse år fusioner af absolutisme og monarkomakisk teori. Det var ikke så meget et spørgsmål om forenelighed af magtfordeling og oprørsret, som det var et spørgsmål om muligheden overhovedet for en sådan magtfordeling, saml. Franklin (1978) s. 49. Samtidens teorier formåede ikke konsistent at fremstille suverænitets delelighed. En fløj gjorde på den ene side gældende, at kongen var ufejlbarlig og ikke kunne begå fejl, og på den anden side, at parlamentet dog alligevel kunne sætte sig ud over stadfæstelse som gyldighedsbetingelse for love med henvisning til maksimer som *salus rei publicae* og en udvandende teori om kongens stiltiende samtykke; i andre ord gav parlamentet et forsødende afkald på oprørsret og anerkendte dermed en vis royal suverænitet samtidig med hævvelse af tilsidesættelse af kongens kompetence og dermed egentlig ophævelse af sammes del i suveræniteten. En anden fløj tildelte kongen en eviggyldig position i forfatningssystemet ledet af guds forsyn, men tillagde så samtidig folket en selvforsvarsret. Suverænitets egentlige personelle fiksering afhang herefter af, efter hvis bud selvforsvarsretten (oprørsretten) kunne aktiveres.

Indførelsen af Cromwells militærdiktatur i 1649 indbød ikke mange teoretikere til konsistensforsøg gennem hævvelse af Cromwell som suveræn. Enkelte pragmatikere bød sig dog, ud over Thomas Hobbes eksempelvis også George Lawson. Lawson sondrede mellem »real majesty«, dvs. suverænitets egentlige besidder, og »personal majesty«, dvs. suverænitets bruger eller modtager af kompetence delegation. Se også afsnit 2 om samme begreber hos Grotius. Sondringen skulle nu tilbyde en forklaring (legitimation) af det nye regime: »real majesty« tilkom folket,

der kunne vælge nyt styre til afveksling af et gammelt, uretfærdigt – det nye regime betød blot et skift i suverænitetsens brug. Dette kunne imidlertid kun forklare kongemagtens afgang, det var umuligt at udfortolke noget folkesamtykke i datidens England til Cromwells nye regime. Denne del af Lawsons teori ender derfor ved folkets suveræne men uudnyttede valg – suverænitetsens udelelighed var bevaret. Men for også at kunne dække begivenhederne i 1649 ind indeholdt Lawsons teori tillige en anden og vist nok ældre del: det synspunkt at folket i nødstilfælde havde pligt til at underkaste sig regimet, jf. Franklin (1978) s. 83 og 61ff. Denne pligtregel er udtryk for, at regimet og ikke folket er den (igen) udelelige suverænitets bærer. Det er klart, at disse to teori-dele er modstridende: suveræniteten svinger udelt frem og tilbage mellem de uforsonelige. Heller ikke Lawson kunne tilbyde nogen teoretisk udredning på den aktuelle politiske situation, saml. Franklin (1978) s. 53 og 123.

De forfatningspolitiske strømninger flød gennem Lockes værk, ledt af hans *common sense* og ønske om strømlining i årene omkring 1680, hvor »An Essay Concerning the True Original, Extent and End of Civil Government« formodes nedskrevet. Det var denne common sense, som siden gjorde Lockes teori særdeles indflydelsesrig, også for en senere fransk barons idealiserende beskrivelse af det engelske statsstyre i »De l'Esprits des Lois« fra 1748, se Montesquieu (1748) XI, 6. Men det var samme sense, som udstyrede Lockes teori med til tider tvivlsomme analytiske overgange:

(1) I naturlilstanden og naturretten er individerne udgangspunktet. Individerne er frie: »The Natural Liberty of Man is to be free from any Superior Power on Earth«, *Two Treatises* II § 22. Samtidig afviser Locke, at individet er suverænt, fordi det har »no Absolute or Arbitrary Power« over andre, *Two Treatises* II § 8. Locke uforener i andre ord suverænitetsbegrebet med jordisk delelighed og lader det alene tilsmile det overjordiske og altid absolutte, jf. det indlændende citat fra *Two Treatises* II § 6 samt kap. V, 4.

(2) Med samfundspagten skabes »a Common-wealth« (Community) med »one Body Politick, wherein the Majority have a Right to act and conclude the rest«, *Two Treatises* II § 95. Flertallets ret derogerer naturligvis »The Natural Liberty«, men er ifølge Locke den eneste operative måde at forlade naturlilstanden på, *Two Treatises* II § 98f., jf. Dunn (1969) s. 128f., Kratochwil (1994) s. 482. Tilsvarende for øvrigt *Belli ac Pacis* II, v, xvii. Flertallet kan udråbe »the Government« – til at begynde med samt også senere, såfremt det gamle styre griber til uretfærdigheder, jf. *Two Treatises* II kap. xix. Dette er Lawsons idé – om den udelte (folke)suverænitets fiksering i folket, samh. »... there remains still in the People a Supream Power to remove or alter the Legislative, when they find the Legislative act contrary to the trust reposed in them«, *Two Treatises* II § 149. Hermed lader Locke flertallet forsvare og håndhæve den enkeltes naturret. Naturlilstanden er effektivt lagt bag. I dette lys kan det ses, at ophævelsen af the Government nu gentagne gange hævdes at ville føre ikke blot til naturlilstand men til – anarki, se særligt *Two Treatises* II kap. xix, fx § 219 samh. med eksempelvis karakteristikken af naturlilstanden i § 19 som »a State of Peace«. Se også Cox (1960) s. 37f., 49, 51ff., 72f., 93 og 106f., hvor det gøres gældende, at den varsomme Locke tilslører sin tilslutning til mange af den forhadte Hobbes' pointer gennem sådanne – bevidste – selvmodsigelser.

(3) Om »the Legislative Power of the Commonwealth« hedder det, at »there can be but one Supream Power, which is the Legislative, to which all the rest are and must be subordinated ...«, *Two Treatises* II § 149. Lovgivningsmagten kan tænkes absolut, *Two Treatises* II § 139, men ligger dog alligevel under for folkets »Supream Power«, jf. ovenfor under 2, hvorefter folket har initiativretten til afskedsceremonien med den uretfærdige »Government« – men er lovgivningsmagten da højest (supream)? Locke søger at lulle problemet i søvn med historier om folkets træghed; »This slowness and aversion in the People to quit their old Constitutions«, *Two Treatises* II § 223.

(4) Om »the Executive Power of the Commonwealth« gør Locke gældende: »In some Commonwealths where the Legislative is not always in being, and the Executive is vested in a single Person, who has also a share in the Legislative; there that single Person in a very tolerable sense may also be called Supream«, *Two Treatises* II § 151. Som Locke også bemærker, skyldes denne stilling – herskende i datidens England –, at besidderen af den udøvende magt ikke hermed har udtømt sine besiddelse. Men alligevel – senere hedder det sig, at »the Supream Executive Power« kan opløse »the Government« ved at undlade at håndhæve lovene, *Two Treatises* II § 219.

Lockes teori er således problemfyldt. Han benytter sig i vidt omfang af hierarkiet som systematiseringsprincip og opererer i den sammenhæng med et mere eller mindre udtalt suverænitetsbegreb, saml. Vaughan (1925) I s. 134 og Dunn (1969) s. 105f. Men fiksering af suveræniteten (»Supream Power«) er tilsyneladende temmelig dynamisk. Lockes forsøg på at tilpasse et udelelighedens suverænitetsbegreb til sin engelske samtid var derfor omgæret med nogen uklarhed og modstrid.

Saml. særligt hvad angår konklusionen, Franklin (1978) s. 98, hvor der tales om »an adequate solution to the problem of resistance in a mixed constitution«. Franklin ser ikke, at problemet snarere er det præliminære: redegørelse for en sådan »mixed constitution«, hvilket muligvis hænger sammen med Franklins forkærlighed for afvisning af myter om suverænitets udelelighed og dermed forudantagelse af det miksede, fx Franklin (1978) s. 25 og også afsnit 6 nedenfor.

Den rimelige fortolkning af Lockes uklare analytiske overgange bør tage sit udgangspunkt i Lockes omtale af »Common-wealth«, »Body Politick« som »the mighty Leviathan«, *Two Treatises* II § 98 – en slet skjult henvisning til Thomas Hobbes. Lockes »Leviathan« er en hypostasering af staten, jf. fx *Two Treatises* II §§ 96f. og 131 samt Cox (1960) s. 116f., »acting for the perservation of the Community«, *Two Treatises* II § 149. Med staten, »Leviathan«, som egentlig centrum skydes lovgivningsmagten frem, fordi statens »self-perservation« netop varetages gennem ikke mindst den lovgivende magt, som dermed bliver en delvis projekti-on af suveræniteten. Tilsvarende med den udøvende magt. Mens Locke på mange områder, måske særligt i forståelsen af naturtilstanden, var hemmeligt inspireret af Hobbes, kom hans forståelse af den udtalte suverænitet fikseret hinsides fysiske personer til at varsko Rousseaus politiske teori. Men Rousseau opgav den sontring mellem i princippet »real majesty« (folkesuverænitet) og »personal

majesty« (statssuverænitet), som Locke aldrig rigtig håndterede til andet end inkonsistens. Med den heraf flydende større klarhed søgte Rousseau videre at forene folk og stat i almenviljen, som var tiltænkt rollen som flertallets substitut og dermed skulle gøre det ud for afvikling af folks diktatur over folket.

5. »*Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale; et nous recevons en corps chaque membre comme partie indivisible du tout*«, *Contrat Social* i, 6

Således lyder det tilsagn, hvormed hver enkelt træder ind i samfundspagten – dén samfundspagt, som lagde (mere end) navn til Jean-Jacques Rousseaus politisk-filosofiske hovedværk, »Du Contrat Social« fra 1762. Rousseau kunne konkludere, at det var lykkedes ham at udfinde »les vrais principes du droit politique«, *Contrat Social* iv, 9, der alle flyder af samfundspagten. Pagten er at forstå som princippernes princip. De sande grundsætninger er en beskrivelse af den legitime suveræn – og samtidig den i det store hele effektive suverænitsudøvelse, jf. »Je tâcherai d'allier toujours dans cette recherche ce que le droit permet avec ce que l'intérêt prescrit, afin que la justice et l'utilité ne se trouvent point divisées«, *Contrat Social* i, avertissement.

Forud for samfundspagten går naturtilstanden. Her besidder mennesket den (u)forstyrrede frihed, »la liberté naturelle«. Rousseau antager, at den endelige overgang fra naturtilstand til samfund er tvungen – uden i øvrigt at indlade sig på forklaring heraf, *Contrat Social* i, 6 og i, 1. Kun står det fast, at i en oprindelig tilstand levede mennesket i fredelig isolation og ville søge flugt snarere end sværdets tilflugt ved tilfældets møde med et andet menneske. Men nærmest ad naturens vej fortættedes naturtilstanden til en nær hobbesk krigsskueplads, fra hvilken samfundspagten var eneste udvej. Hos Rousseau er der derfor intet valg mellem natur og samfund – og der er heller ikke senere nogen vej tilbage: tilbage til naturen er en interpoleret skrøne. Valget står i stedet mellem legitim og illegitim suverænitet, mellem pagt og slaveri, om det sidste *Contrat Social* i, 4.

Disse rammer for »Du Contrat Social« stikker dybt. Naturtilstanden er én gang for alle afskrevet, jf. *Contrat Social* i, 1: »L'homme est né libre, et partout il est dans les fers«, dvs. ethvert menneske lever foruden naturtilstandens naturlige frihed, samh. Bartelson (1993) s. 185. Samtidig antager Rousseau, at slaverne ikke selv kan erkende deres elendighed, »ils aiment leur servitude«, *Contrat Social* i, 2. Forfald til slaveriet er irreversibelt, bindende for fremtidige generationer, *Contrat Social* i, 2. Samfundspagten har derfor kun relevans i det øjeblik, der går mellem, at naturtilstanden bliver umulig og slaveherredømmet melder sig. Og brud på samfundspagten og dermed dennes ophør – hvilket nærmest er naturens eller i hvert fald regeringens gang, jf. *Contrat Social* fx iii, 1f. og iii, 10f. – må tillige øjeblikkeligt afløses af en ny pagt, medmindre menneskerne skal forfalde til slaveherredømme. Disse øjeblikskrav kan enten forstås derhen, at samfundspagten for Rousseau blot er et teknisk hjælpemiddel, som anvendes forud for den egentlige teori, eller også kan de ses i sammenhæng med den udtalte mangel på fremskridtstro, som Rous-

seau lå under for, jf. »On peut acquérir la liberté; mais on ne la recouvre jamais«, *Contrat Social* ii, 8.

Men i øvrigt. Hos Rousseau er samfundspagten kilden til legitimation af enhver styreform – »Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant«, *Contrat Social* i, 6. Den frihed, som individet snarere får end bevarer efter samfundspagtens indgåelse, kalder Rousseau »la liberté civile«: friheden til at være fri for at have nogen over sig – friheden til at være (ikke mindst politisk) lige, jf. *Contrat Social* ii, 11, saml. iii, 1 om lighed som omvendt proportional med folketallet. Denne frihed (lighed) skal ikke så meget ses i forhold til naturens egentlige frihed, »la liberté naturelle«, som i forhold til samfundspagtens alternativ: slaveri, jf. »on le forcera d'être libre«, *Contrat Social* i, 7 og hertil afsnit 7 nedenfor. Rousseaus videre opgave er derfor at forene denne frihed (lighed) med suverænitet (ulighed) – »il n'appartient qu'à ceux qui s'associent de régler les conditions de la société«, *Contrat Social* ii, 6. Opgaven er som sådan stillet af samtidens oplysning(stid), som sætter endeligt lighedstegn mellem magt og politisk magt og dermed mellem frihed og politisk frihed; suverænitetsbegrebet blev herefter skudt frem, jf. Cobban (1964) s. 66. For ikke at bryde friheden (ligheden) finder Rousseau suverænitets subjekt i almenviljen, »la volonté générale« – forstået som den lovgivende magt, *Contrat Social* ii, 6. Samh. Riley (1982) s. 108f. Denne suverænitet (lovgivende magt) er i sagens natur såvel uafhængelig som udelelig, jf. *Contrat Social* ii, 1f., og kan ikke repræsenteres, *Contrat Social* iii, 15. Staten tegnes i fællesskab af den lovgivende og den udøvende magt, jf. *Contrat Social* i, 6 og iii, 1, den sidste i form af demokrati, aristokrati eller monarki, *Contrat Social* iii, 3ff.

Forståelse af forholdet mellem individ og almenvilje kan tage sit udgangspunkt i en finurlig passage, samh. om metoden *Contrat Social* iii, 1. Og finurlighederne: »Il y a souvent bien de la différence entre la volonté de tous et la volonté générale; celle-ci ne regarde qu'à l'intérêt commun, l'autre regarde à l'intérêt privé, et n'est qu'une somme de volontés particulières : mais ôtez de ces mêmes volontés les plus et les moins qui s'entre-détruisent, reste pour somme des différences la volonté générale«, *Contrat Social* ii, 3. Da Rousseau netop hævder forskellen på summen af særviljerne og så almenviljen, kan passagen ikke forstås derhen, at almenviljen blot er en sådan særviljernes sum, hvor selve summeringsprocessen vil lade de modstridende viljer gå ud mod hinanden, saml. Gildin (1983) s. 55f. og *Structure* s. 276f. Denne sondring er netop årsagen til, at folkeforsamlingens møder kan kræves lovhjemlet, samh. *Contrat Social* iii, 13. Skal almenviljen på den ene eller anden måde udfindes af særviljerne, kan særviljen ikke med mening stå i opposition til almenviljen. Tværtimod må almenviljen tage del – men også blot *én* del, jf. *Contrat Social* i, 1 og ii, 4, saml. iv, 1 – i særviljen. Den anden del af særviljen, den ikke-almene, vil herefter som netop ikke-almene udelukke (modsvare) andre individers ikke-almene vilje; ellers ville den i det store hele være almen. Passagen må derfor forstås således, at der fra de enkelte særviljer skal trækkes den del, som er ikke-almene, og at det er summen af disse differencer, af det tilbageblevne, altså af særviljens almene del, som summeres til – almenvilje. Se også *Contrat Social* i, 7, iv, 1 – og ii, 4: »elle doit partir de tous pour s'appliquer à tous«.

I andre ord: almenviljen, hin nærmest romantiske passion, besjæler individerne; individerne tager del i almenviljen, de tvinges ikke af den, jf. Osborn (1964) s. 157f. Dette er i harmoni med Rousseaus indledende erklæring om ikke at søge at spænde gabet mellem »la justice« og »l'utilité« for vidt. Og i harmoni med det synspunkt, at folkets beslutninger ikke altid klæder almenviljen, jf. fx *Contrat Social* ii, 3. Saml. eksempelvis Gildin (1983) fx s. 57 og 60ff. og Riley (1982) s. 5, 99f., 108, 110 og 120 med gentagne skarpe modstilling af »self-interest« og »general will«. Heller ikke Bartelson (1993) s. 192 formår sontringen mellem særviljers sum og almenviljen, hvorfor han af citatet »car si l'opposition des intérêts particuliers a rendu nécessaire l'établissement des sociétés, c'est l'accord de ces mêmes intérêts qui l'a rendu possible«, *Contrat Social* ii, 1, udleder et krav om almenviljens eksistens forud for samfundspagten, der styrer – og derfor invaliderer – hans konfliktsøgende fortolkning.

Tilbage står nu det spørgsmål, hvordan almenviljen kommer til sin ret og til sin suverænitæt. Rousseau kredser til stadighed om erkendelsesproblemet. I sidste ende baseres erkendelsen dog på (frie) flertalsafgørelser: »Ceci suppose, il est vrai, que tous les caractères de la volonté générale sont encore dans la pluralité : quand ils cessent d'y être, quelque parti qu'on prenne il n'y a plus de liberté«, *Contrat Social* iv, 2 jf. fx i, 5. Ordet »encore« henviser til den lykkens tilstand, som indleder fjerde bog: en beskrivelse af et (umuligt) bondesamfund, hvor særvilje som oftest er lig almenvilje, *Contrat Social* iv, 1, saml. bla. ii, 1. Men også hvor en sådan samfundstilstand antages, synes det klart, at enten kommer almenviljen ikke til sin ret, eller også er den flertallets ret, saml. Hinsley (1986) s. 153 og 155. Og hvordan de to tilfælde skal udsondres fra hverandre, anviser Rousseau ingen løsning på – når der bortses fra det mere end antydningssvis forslag til social disciplinering af folket, dvs. nedtoning af særviljens ikke-almene del, *Contrat Social* ii, 7, jf. ii, 10 om »besoins de la société« og også iv, 1f. Disciplineringstanken synes ikke at være helt så fjern fra Hobbess' tankebaner. Under alle omstændigheder må Rousseau forlade sig på, at suverænitæten ender hos flertallets kumulerede særviljer – men dette er jo slet ikke frihed (lighed), jf. *Contrat Social* iv, 2.

Det sted i »Du Contrat Social«, hvor Rousseau strejfer behovet for folkesocialisering, handler om »le législateur«. Denne må ved sin begavelse og indsigt lede folket frem mod almenviljen, og sine skridt i den anledning må han legitimere med himlen, *Contrat Social* ii, 7 og iv, 8. Behovet for lovgiveren og for religionen som tilsløring af samme understreger, at flertalsafgørelsen ikke er nogen gangbar vej for Rousseau. Er lovgiveren i bund og grund andet end et andet udtryk for almenviljen? – og dermed omgæret af stadig samme erkendelsesbarriere. Saml. Gildin (1983) s. 70. Og hvordan skulle folket i øvrigt i et øjeblik kunne slippe religionen som ledetråd og selv tage varer på almenviljen i stedet for (sammen med) lovgiveren? Se *Contrat Social* iv, 8 – uden svar.

Tilsvarende anviste Rousseau dyrkelse af noget, som ligger på grænsen mellem patriotisme og nationalisme som værn for staten mod andre stater, jf. Hoffmann & Fidler (1991) s. xxxiiiff. og lx.

Rousseau fandt ingen smeltedigel, som samtidig kunne indeholde individualisme og kollektivism. Almenviljen er måske i sig selv den mest bastante formulering

af det fejlslagne forsøg: kombinationen af noget så individuelt som vilje med det almene, se også Riley (1982) s. 112f. Rousseaus omgang med suverænitetsbegrebet er således ikke meget forskellig fra Lockes – men dog mindre kodet.

6. Det udelelige

Kapitlets hidtidige afsnit har ikke mindst været en beskrivelse af variationer over udelelighed grundlagt med den forestilling, at suveræniteten ikke er at dele, at kun én kan være øverst. Bodin kaldte i sagens tjeneste logikken hid: »Or tout ainsi que ce grand Dieu souverain ne peut faire un Dieu pareil a luy, attendu qu'il est infini, et qu'il ne se peut faire qu'il y ait deux choses infinies, par demonstration necessaire«, *La République* I s. 299. Foruden det, som er værre, kom hertil finurlige argumenter som »Car tout ainsi qu'une couronne perd son nom, si elle est ouverte, ou qu'on arrache les fleurons : aussi la majesté souveraine perd sa grandeur si on y fait ouverture, pour empieter quelque endroit d'icelle«, *La République* I s. 298f. og også II, 1. Hobbes antog udeleligheden som en magts implikation, *Leviathan* s. 179, og Locke som stabilitetens mindstekrav, jf. den afsluttende fortolkning i afsnit 4. Rousseau begrundede udeleligheden med almenviljen, som i sagens natur måtte være udelelig og frigjort fra politikernes »être fantastique ... formé de pièces rapportées«, *Contrat Social* ii, 2.

På sin vis giver disse udsagn anledning til en bøn om besindelse, idet det for så vidt er forholdsvis uforpligtende at vælge et hierarkisk systematiseringsprincip. At ét beskrivelseselement er øverst, betyder ikke nødvendigvis, at ikke også et andet kan være øverst – så er der blot flere beskrivelseselementer om piedestaltens top; de øverste statsorganer, til eksempel. Udelelighed er som sådan ingen tvungen følge af hierarkiet. Tilsvarende er det heller ikke tvungent, at noget skal være andet end højest, skal være under det højeste. Alle beskrivelseselementer kan i og for sig komme til samtidig tops, alle kan være sidestillet. Men. Det må samtidig være klart, at jo mindre spredningen er ud over hierarkiet, jo mindre adækvat er valget af hierarki som systematiseringsprincip: det giver ikke megen mening at beskrive fodboldspilleres position som (vertikal) funktion af en lysmast, idet de alle befinder sig i banens højde. Derfor vil valg af det hierarkiske systematiseringsprincip ofte i sig selv hænge sammen med en oplevelse af relevant spredning ud over hierarkiets trin. Og da toppen som oftest magnetiserer opmærksomhedens blik, vil en relevant spredning ofte implicere en snævert befolklet top. Hierarkiets formål vil netop ofte være indkredsning heraf: det interessante er, hvem der er suveræn, om der overhovedet er én suveræn, hvorimod andre pladser i hierarkiet sjældent granskes helt så direkte. Til eksempel skete der i forbindelse med en yderligere magtcentralisering efter anden verdenskrig et skift i betegnelsen af verdens mest magtfulde stater: fra *stormagter* til *supermagter*, hvilket netop er et skift i systematiseringsprincip over til hierarkiets princip; en endelig opgivelse af (alle) staters politiske suverænitet, se også Lawrence (1928) s. 252, Brierly (1958)

s. 351. Der vil alt i alt være en om ikke logisk tvingende, så dog naturlig tendens til at søge det hierarkiske systematiseringsprincip parret med noget nær udelelighedens idé, med den antagelse, at det øverste er ét, er udeleligt. Udelelighed er netop den ultimative indkredsning.

Den yderligere opmærksomhed omkring hierarkiets øverste, som betegnelse som suveræn er udtryk for, svækker ikke dragningen mod udelelighedens idé. Spørgsmålet er snarere, hvorvidt det er muligt at smygge sig udenom udeleligheden – Julian Franklin:

»Bodin's account of sovereignty, however, was also the source of confusion that helped prepare the way for the theory of royal absolutism, for he was primarily responsible for introducing the seductive but erroneous notion that sovereignty is indivisible. It is true, *of course*, that every legal system, by its very definition as an authoritative method of resolving conflicts, must rest upon some ultimate legal norm or rule of recognition which is the guarantee of coherence. But when Bodin spoke about the unity of sovereignty, the power he had in mind was not the constituent authority of the general community or the ultimate coordinating rule that the community had come to recognize, but the power, rather, of the ordinary agencies of government. He advanced, in other words, a theory of ruler sovereignty. His celebrated principle that sovereignty is indivisible thus meant that the high powers of government could not be shared by separate agents or distributed among them, but all had instead to be entirely concentrated in a single individual or group«, Franklin (1992) s. xiii.

På Franklins løftede pegefinger hænger flaget på halvt. For hvis det (an)erkendes, at fænomener som »agencies of government« ikke har anden retlig funktion end rollen som retsnormers personifikation eller hypostasering, så er der ingen nødvendig forskel på, hvad Franklin benævner »ruler sovereignty« og Kelsens »ultimate legal norm« eller Harts »rule of recognition«. Og hvad andet skulle »ruler sovereignty« kunne være end hypostasering af en oplevet supernorm? Franklins bevidste afvisning af udelelighedens idé, hvad angår »ruler sovereignty«, kombineres med ubevidst dragelse mod samme idé, hvad angår »ultimate legal norm« eller »rule of recognition«. Hans konklusion er egentlig, at suveræniteten er udelelig, men at Bodins suverænitetsbegreb er forkert, for lidet abstrakt – og Bodins begreb slår jo også ud i et fejlgreb omkring leges imperii, jf. afsnit 1 ovenfor. Se også kap. VIII, 5.

Spørgsmålet om delelig suverænitet står stadig tilbage – »of course«. I princippet er Grotius intet eksempel på antagelse af delelig suverænitet. »Quarto notandum, quanquam summum imperium unum quiddam sit ac per se indivisum, constans ex illis partibus quas supra enumeravimus, addita summitate, id est ... fieri tamen interdum ut dividatur, sive per partes quas vocant, potentiales, sive per partes subjectivas«, *Belli ac Pacis* I, iii, xvii [15]. Hos Grotius er alene majestas personalis delelig. Den ægte, den egentlige suverænitet, majestas realis, derimod er netop udelelig.

Jeg tror ikke, at det er muligt at indkredse udgangen på (u)delelighedens spørgsmål nærmere. Der ligger ingen begrebslogisk implikation i suverænitetsbegrebet, som rækker til udelelighedens uomgængelighed. Men de beskrivelser i almindelighed, som gør brug af det hierarkiske systematiseringsprincip, og de beskrivelser i særdeleshed, som yderligere hylder den øverste med eksempelvis et suverænitetsbegreb, vil ofte stile mod det eneste ene, dét øverste og udelelige. Samh. Oppenheim (1992) s. 124. I alle tilfælde er det klart, at udelelighed har spillet en væsentlig rolle i suverænitetsbegrebets historie; »What is more important, however, is what is taken for granted in the practice of identifying or defining the locus of sovereignty. Quite irrespective of whether sovereignty is held to be concentrated or dispersed in the social body, or turned into a property of the state as a whole by means of abstraction, the entire locus problem rests on the assumption that sovereignty is one and indivisible within the political order«, Bartelson (1993) s. 25.

Kelsen mener ligefrem, at delelig suverænitet er en interpolation, Kelsen (1966) s. 194, og i *Das Problem* fx s. 40 og 74f. anvendes antagelsen af suverænitets udelelighed som slutningskæders uudtalt præmis. Jeg kan ikke nære mig for sluttelig at analysere de komplikationer, som en overdreven trivialisering af også udelelighedens idé kan føre med sig – i *Reine Rechtslehre*, til (blot) eksempel. Her tænkes særligt på grundnorms-konstruktionen, der også har søgt at sætte sig igennem i folkeretten. Men komplikationerne er dog langt mere bredtfaenende, hvilket også Julian Franklins pegefinger er et eksempel på. Både naturret og monisme fanges, samh. kap. II, 1 og om monisme i øvrigt kap. VII, 2. Og en lang række fordrejninger af *pacta sunt servanda* har også deres hjemstavn her, samh. kap. XI, 2.

Det er klart, at der ikke er stor forskel på begrebet om suverænitet og Kelsens grundnorm som normsystemets ultimative, udelelige gyldighedskilde: »In dieser Norm als einer höchsten nicht weiter ableitbaren, in der von solcher Ursprungsnorm dem ganzen aus ihr erzeugten Rechtssystem verliehenen Qualität der Souveränität liegt das für die Positivität des Rechtes entscheidende Moment«, *Das Problem* s. 94. »Alle normen, deres Geltung auf eine und dieselbe Grundnorm zurückgeführt werden kann, bilden ein System von Normen, eine normative Ordnung«, Kelsen (1960) s. 197. Se også Akzin (1964) s. 8.

Denne retsteoretiske anvendelse af suverænitetsbegrebets og udelelighedens idé kalder på kritik fra flere fronter.

For det første er der det erkendelsesmæssige hemmelighedskræmmeri omkring grundnormen. Denne norm, »als oberster Geltungsgrund«, afskærer nok en gyldighedens regressus ad infinitum. Men hvad er prisen? »The basic norm is only the necessary presupposition of any positivistic interpretation of the legal material«, Kelsen (1945) s. 116, »Die Minimalvoraussetzung«, Kelsen (1960) s. 317. Grundnormen »is valid because it is presupposed to be valid«, Kelsen (1945) s. 116 – »der Grund ihrer Geltung [kann] nicht mehr in Frage gestellt werden«, Kelsen (1960) s. 197. Det er beundringsværdigt, men naturligvis ikke frelsende, når Kelsen selv følger op: »If one wishes to regard it as an element of a natural-

law doctrine despite its renunciation of any element of material justice, very little objection can be raised; ... What is involved is simply the minimum ... of natural law, without which ... a cognition ... of law is [not] possible«, Kelsen (1945) s. 437. Saml. Kelsen (1960) s. 442ff. Kelsen har samme problem med at begrunde sin suveræne grundnorm, som Bodin har det med *leges imperii* og Hobbes med den bindende kraft af løfterne bag samfundspagten, samh. henholdsvis afsnit 1 og 3 ovenfor.

For det andet er hierarkiet som gyldighedens kilde en ubehændig antagelse. Det er klart, at dette hierarki ikke består af hvad som helst. Det er hverken en stabel kokosnødder eller en bogsamling. Det hedder sig eksempelvis hos Kelsen, at »Since a *legal norm* is valid because it is created in a way determined by another *legal norm*, the latter is the reason of validity of the former«, Kelsen (1945) s. 124. Hierarkiet består altså – selvsagt – af retsnormer. Men hvad er en retsnorm? Og skarpere: kan spørgsmålet om, hvad en retsnorm er, adskilles fra gyldighedsspørgsmålet – hvad er en ugyldig (rets)norm? Kan en norm være ugyldig? Nej, lyder det (også) fra Kelsen: »Rules of law, if valid, are norms«, Kelsen (1945) s. 30. Spørgsmål som: er en norm gyldig?, er en kontradiktion; gyldighed er »die spezifische Existenz einer Norm«, Kelsen (1960) s. 9. Se også Raz (1979) s. 146. Det betyder, at der intet er at systematisere foruden systemet. Systemet består af retsnormer; retsnormer er noget, der har plads i systemet. Afledelighed som gældebegreb er en tautologi – systemet er fastlåst i en lukket afledningsmanøvre, som aldrig kan åbnes uden at miste egen berettigelse, samh. *Ret og retfærdighed* s. 49f., Kratochwil (1989) s. 189.

Til denne tautologi svarer i et eller andet omfang den tautologiske *lex superior*-regel, hvis væsen fx blotlægges i følgende udsagn: »Zwischen einer Norm höhere Stufe und einer Norm niederer Stufe, das heißt zwischen einer Norm, die die Erzeugung einer anderen bestimmt, und dieser anderen Norm kann kein Konflikt bestehen, da die Norm der niederen Stufe in der Norm der höheren Stufe ihnen Geltungsgrund hat«, Kelsen (1960) s. 212.

Grundnormen er både fanget og skabt i tautologiens morads. Selve det normsystematiske hierarki grundlægges på afledelighed: »Eine Norm, die den Geltungsgrund einer anderen Norm darstellt, wird figürlich als die höhere Norm ins Verhältnis zu einer niederen Norm bezeichnet«, Kelsen (1960) s. 196, og i en tautologisk variant: »eine Norm höhere Stufe die Erzeugung der Norm niederer Stufe bestimmt«, Kelsen (1960) s. 210. Hierarkiets konstruktion bygger på gyldighedsafledningerne. Uden gyldighed, intet hierarki. Grundnormen som hierarkiets top forstår ikke at forhindre fx en moralnorm fra at lade sig være afledt af retsnormer, fordi fiksering af systemets (gyldige) normer går forud for hierarki og grundnorm. På grund af denne tvetydighed i grundnormens natur åbnes også for følgende kritik: »Jeder Staat und jeder Völkerrechtler könnte sich sonst sein eigenes 'Wunschwölkerrecht' schaffen, das auf der Basis des Gesetzespositivismus nicht angreifbar wäre«, Fastenrath (1991) s. 61.

Disse betragtninger kan trækkes tilbage til en grundlæggende fejl i Kelsens retsteori: sondringen mellem beskrivelsesramme og systemiseringsprincip er

blevet oversat, se herom kap. II, 2. Og uanset om sproget vil overses, så er det skæbnessvangert. Kelsen antager jo, at beskrivelseselementerne ikke vælges via (rettens) beskrivelsesramme, men via et systematiseringsprincip (hierarki, Stufenbau). »Ist das Recht als normative Ordnung, als ein System von Normen, begriffen, die das Verhalten von Menschen regeln, entsteht die Frage: Was begründet die Einheit einer Vielheit von Normen, warum gehört eine bestimmte Norm zu einer bestimmten Ordnung? Und diese Frage steht in einem engen Zusammenhang mit der Frage: Warum gilt eine Norm, was ist ihr Geltungsgrund?«, Kelsen (1960) s. 196. Det rette forhold er imidlertid omvendt: først udfindes retsnormerne som beskrivelseselementer, dernæst systematiseres de i et (metodelærens) hierarki. Hertil kommer i øvrigt, at heller ikke Kelsen giver nogle regler for dette hierarkis struktur, herunder fiksering af normens Stufe og gyldighedsafledningens betingelser – andet end netop afledningen, jf. ovenfor.

Med denne erkendelse forsvinder behovet for grundnormen – for ikke at tale om rule(s) of recognition, Hart (1961) fx s. 92f. og 97ff., eller mere (såkaldt) empiriske variationer over grundnormen, fx Ross (1980) s. 158, 162 og 176 og Eckhoff & Sundby (1992) s. 178f. Der ligger ingen fordring gemt i retssystemets natur om et tyngdesugende midtpunkt (toppunkt). Samtidig med (an)erkendelsen forsvinder det mylder af problemer, som knytter sig til grundnormens princip – også i folkeretten. Saml. *Decay* s. 113f.

Gennem tiderne er flere bud i øvrigt givet på, hvordan denne – om end hypotetiske – grundnorm har taget sig ud i folkeretten. Oprindeligt tilbød *pacta sunt servanda* sig, således hos Anzilotti (1929) s. 44 om denne »norme fondamentale«: »Ce principe, précisément parce qu'il est à la base des normes dont nous parlons, n'est pas susceptible d'une démonstration ultérieure du point de vue de ces normes elles-mêmes: il doit être pris comme une valeur objective absolue ou, en d'autres termes, comme l'hypothèse première et indémontrable à laquelle se rattache d'une façon nécessaire cet ordre, comme tout autre ordre, de connaissances humaines«. Tilsvarende *Einheit* s. 104f., og hertil kap. VII, 2. Kelsen fandt også oprindeligt sin lidet hypotetiske grundnorm i *pacta sunt servanda*: »tu dois te conformer aux habitudes de ton milieu«, Kelsen (1926) s. 265 og også s. 256; »Staaten sollen sich so verhalten, wie sie es mit anderen Staaten vereinbaren«, *Das Problem* s. 137. Senere skiftede Kelsen opfattelse og mente nu, at *pacta sunt servanda* var en sædvaneret regel; se Kelsen (1945) s. 369 og Kelsen (1966) s. 446f. og 564: »The states ought to behave as they have customarily behaved«. Se hertil kap. XI, 2 og 3. Hos Bleckmann (1982) s. 185 henvises der til »der Rechtssatz, daß der heutige Konsens der Staaten binden soll«. Også Verdross ændrede siden opfattelse og havde som Kelsen alene foragt og skam tilbage for sit tidligere standpunkt. Hos Verdross (1964) s. 22ff. tillægges »die allgemeinen Rechtsgrundsätze ihren ursprünglichen Rang«, hvis gyldighed begrundes naturretligt – i hvilken sammenhæng »es [ist] richtiger, von einem Gefüge von Rechtsgrundsätzen, statt von einer Grundnorm zu sprechen«.

I nyere tid har Verdross og Simma hævdet »eines formlosen Konsenses, durch den sich diese Staaten gegenseitig als gleichberechtigte Völkerrechtssubjekte anerkannt haben«. Heraf flyder »Grundsatz der bona fides« og »die ursprünglichen staatlichen Grundrechte der gegenseitigen Achtung der Ehre, Gebietshoheit und politischen Unabhängigkeit«. Om den egentlige natur af dette konsensus-princip hedder det: »Dabei handelt es sich also nicht um eine bloß von der Völkerrechtslehre angenommene oder postulierte Grundnorm, sondern um ein Gefüge originärer Normen, deren Geltung von den Staaten selbst als Grundlage des von ihnen einvernehmlich erzeugten VR vorausgesetzt wurde. Wir müssen daher zwischen den durch zwischenstaatlichen Konsens erzeugten und den dabei vorausgesetzten Norm unterscheiden«. Se i det hele Verdross & Simma (1984) s. 59ff. Her er således sket en drejning fra blot en grundnorm, som var den nor-

mative gyldigheds ophav, til en for stater fælles besjæling i normskabelsen; i andre ord en drejning fra at forklare normers gyldighed til at forklare deres indhold. Den egentlige nytte af et sådant snigende indholdsløst aksiom er måske ikke åbenbar, samh. kap. XVI, 3.

Noget andet er så, at Kelsen slog til lyd for »das Postulat der Einheit der Erkenntnis«, *Das Problem* s. 105 mv., og derved vovede den påstand, at erkendelse nødvendigvis tager enhedens og udelelighedens form. Til denne påstand svarer i vidt omfang det syn på sagen, at hierarkiet er eneste anvendelige systematiseringsprincip for erkendelsen – og det er intet klarsyn, men et vrangsyn, jf. kap. II, 2 med eksempler på sammenblanding af forskellige systematiseringsprincipper. Se også kap. V, 4.

I næste afsnit skal en såkaldt begrebsdualistisk tilgang til frihed (suveræniteten) diskuteres. Det syner måske af delelig suveræniteten, men det er noget ganske andet: nemlig et spørgsmål om at operere med én eller to (flere) beskrivelsesrammer.

7. Paradokser – vilkårlighed – koblingsfejl

Frihed(en) er paradoksal, hedder *det* sig. Heri indeholdes også et angreb på samfundspagtens idé. I det følgende skal *det* undersøges, idet det samtidig bemærkes, at antagelse af paradokset er konstituerende for væsentlige områder af den (såkaldt) kritiske, post-moderne teoriretning eller skole i »folkeretten«:

»The fundamental problem of the liberal vision is how to cope with what seem like mutually opposing demands for individual freedom and social order. The liberal attempt to tackle with this conflict is by means of reconciliation, or paradox: *to preserve freedom, order must be created to restrict it*. There is, in other words, an ascending, individualistic argument: social order is ultimately legitimate only insofar as it provides for individual freedom. And there is the descending, communitarian argument: *individual freedom can be preserved only if there is a normatively compelling social order*«, *Structure* s. 52.

Koskenniemi deler i citatet ét paradoks, inkongruensproblem mellem »individual freedom« og »social order« over i to specialfald. Det ene paradoks (spørgsmål) er da, hvordan individets frihed kan begrunde tvang (en magt, stat, »social order«), som indskrænker individets frihed, jf. den først kursiverede passage. Det andet paradoks (spørgsmål) er, hvordan individets tvangsuforenelige frihed kan forenes med en begrundelse af selvsamme frihed i tvang (normer), jf. den sidst kursivede passage. De to spørgsmål (paradokser) går i hver sin retning: hvordan kan frihed begrunde tvang, og hvordan kan tvang begrunde frihed. I Koskenniemis terminologi er det første spørgsmål (paradoks) vendt mod et »ascending argument«, det andet mod et »descending argument«, se nærmere kap. VII, 3.

For en mere enkel tilgang til paradokset (spørgsmålet), se fx Lauterpacht (1958) s. 330f. og 299: »This is perhaps no more than a transformation into the international sphere of what is a general phenomenon in the administration of law – for law although its ultimate end and effect in a society are the realisation of freedom, normally operates in the first instance by way of restricting the freedom of action of one of the parties«. Se også Carty (1991) s. 66f.

I det følgende illustreres, hvordan frihedsparadokset kan opløses, idet der tages udgangspunkt i Koskenniemis delparadokser (spørgsmål).

For at begynde med det første: hvordan tvang kan afledes af frihed. Dette paradoks kan opløses ved antagelse af to forskellige typer af frihed, to forskellige frihedsbegreber: den frihed, som individet begaves med i naturtilstanden og som tjener til samfundspagtens begrundelse, er en anden, end den frihed, som – eventuelt – tildeles borgeren i samfundet. En sontring mellem frihed i to menings-sammenhænge (kontekster); senere formuleret som en sontring mellem negativ og positiv frihed. Hobbes er et eksempel på en sådan *begrebsdualisme*: her er nemlig ingen frihed efter slutning af samfundspagten, men dog før, se også *Leviathan* s. 205f. om »liberty of subjects«. Hos Locke hedder det: »The Natural Liberty of Man is to be free from any Superior Power on Earth, and not to be under the Will or Legislative Authority of Man, but to have only the Law of Nature for his Rule. The Liberty of Man, in Society, is to be under no other Legislative Power, but that established, by consent, in the Common-wealth, nor under the Dominion of any Will, or Restraint of any Law, but what the Legislative shall enact, according to the Trust put in it«, *Two Treatises* II § 22. Og Rousseau sondrer udtrykkeligt mellem »liberté naturelle« og »liberté civile« (»égalité«), *Contrat Social* i, 8. Det er netop derfor, at almenviljen i tilsyneladende modstrid kan tvinge til frihed: fordi Rousseaus alternativ til frihed i samfundet, »liberté civile«, ikke længere er naturtilstandens tvangsudelukkende frihed, »liberté naturelle«, men derimod slaveri og overhovedet ingen form for frihed, samh. *Contrat Social* i, 7. »The central theme of the Contrat social is the attempt to put into political terms the concept of freedom in society«, Cobban (1964) s. 61 og også s. 116 og 166.

Også Hugo Grotius bør nævnes i sammenhængen: »Quod autem dixi, quædam imperia esse in pleno jure proprietatis, id est in patrimonium imperantis; quidam viri eruditi hoc argumento oppugnant, quod liberi homines in commercio non sint. At sicut alia est potestas dominica, alia regia; ita & alia est libertas personalis, alia civilis, alia singulorum, alia universorum. Nam & Stoici quandam servitutem constare dicebant ..., in subjectione : & in sacris literis subjecti regis servi vocantur. Sicut ergo libertas personalis dominum excludit, ita libertas civilis regnum atque allam quamvis proprie dictam ditionem«, *Belli ac Pacis* I, iii, xii [16].

I øvrigt kan det ikke undgå at påkalde sig opmærksomhed, at disse forfattere ikke afskrev gud, samh. kap. III, 1 – tværimod. Eldon J. Eisenach finder således, hvad der svarer til et specialfald af begrebsdualisme, nemlig en opdeling i en verdslig og en religiøs verden, som klassisk liberalisme hævder: »According to the first, ... [man] is born in liberty and thus is free to choose the best means of securing his perservation; according to the second he is born in servitude and thus is bound to

the commands of God, who intervenes at particular moments in history«, Eisenach (1981) s. 1. Det afholder dog ikke Eisenach fra at undse begrebsdualismens potentiale og i stedet opretholde »a paradox in liberal notions of freedom«, netop spændt ud mellem disse to verdener, se Eisenach (1981) fx s. 219.

Frihedsparadokset forudsætter, at frihed for individ og borger, at frihed i og uden for samfundet (staten) er identiske begreber (*begrebsmonisme*); evt. udtrykt på den vis, at begge begreber er specialfald af ét overbegreb ladet med al relevans.

Som eksempel på begrebsmonisme kan nævnes Riley (1982) s. 115 og 120 samt Levine (1981) s. 19, 20, 32, 37, 39 og 43f. med gentagen understregning af det paradoksale i Rousseaus tvang til frihed. Og tilsvarende: »For both Hobbes and the liberals, the state, in coordinating behavior coercively, detracts from *freedom*. But the absence of a state is a far more devastating blow for *freedom*. It is in our interests, then, as free beings to submit to the rigors of political life. In doing so, we give up something in order to *save* much more«, Levine (1981) s. 21. Bortset fra, at Hobbes' applaus til Levines udsagn er fiktion, jf. afsnit 3 ovenfor, identificerer Levine to begreber om frihed, som alternativt – og i modsætning til Levine – kunne stå alene; det første er frihed uden for staten, forstået som frihed for statslig tvang, jf. Levine (1981) fx s. 18, det andet frihed i staten, forstået som frihed for anden tvang end den statslige, Levine (1981) s. 38. Levine bekender sig til begrebsmonisme uden begrundelse.

Og for så at slutte med det andet paradoks; hvordan frihed kan afledes af tvang. Også dette paradoks kan opløses ved afvisning af begrebsmonisme. Det skal ikke bestrides, at liberalisme begrunder individets frihed normativt – ved gud, naturen, den praktiske fornuft, livets mening, nytte eller noget helt sjette. Men paradokset forudsætter videre den begrebsmonistiske antagelse, at en sådan norm nødvendigvis må lede til ufrihed. At enhver norm er uforenelig med frihed, det forudsætter, at samme frihed antages ikke at bunde i normer. For i det tilfælde, at frihed udsprang af normer, så kunne frihed selvsagt ikke være uforenelig med disse konstituerende normer. Frihed må derfor antages ikke at være normativt bestemt; der er kun ét tvangsbegreb. Det begrebsdualistiske alternativ består i en sondring mellem metanormer, som konstituerer frihed, og normer, som indskrænker selvsamme frihed – en sondring mellem flere tvangsbegreber.

Levines granskning af John Stuart Mills vej frem mod »The Harm Principle« kan tjene til eksempel. »We need, in short, a critical vantage point for assessing the norms and practices of societies (including our own), regardless of the views (and intuitions) of the inhabitants of such societies. The principle that distinguishes the private from the public, then, should be specifiable apart from the norms and practices it is used to evaluate. Only a principle that stands, as it were, outside *what is to be assessed* will provide for the proper evaluation and criticism of a society's norms and practices, its laws and institutions, and even the institutions of its members (as to what should and should not be others' business)«, Levine (1981) s. 107. Senere konkluderes det: »It seems then that the only recourse is to appeal to prevailing norms as to what should count as private and public, in order to develop a suitably restrictive theory of interests. But of course this strategy is unsatisfactory. For prevailing norms are part of *what the liberal principle is supposed to critically evaluate*«, Levine (1981) s. 118.

Bag citaterne ligger begrebsmonismen. Nok antydes det, at »The Harm Principle« ikke skulle anvendes til vurdering af enhver norm, jf. noget synes »outside what is to be assessed«. Men

dette noget kan ifølge Levine ikke være de konstituerende normer for »The Harm Principle«, for disse »prevailing norms« skal netop selv vurderes. Hermed frasiges sondringen mellem metanormer og normer, mellem (meta)normer, som ikke vurderes, og normer, som vurderes. Dette udslag af begrebsmonisme svarer til sammensmeltning af statsmagt og konstituerende princip i ét tvangsbegreb. Jf. allerede Levines antagelse af metanormernes almindelighed som »prevailing norms« – men de kunne jo også være Mills egne, eller guds eller naturens.

Hele Levines modstilling af demokrati og liberalisme ligger under for samme type af begrebsmonisme, eksempelvis undersøgelsen af rights, se Levine (1981) s. 123, 128f., 132 og 135.

I forlængelse af den sidste brug af begrebsmonisme ligger det synspunkt, at liberalismen invalideres, såfremt erkendelse ikke kan ske forudsætningsfrit eller i hvert fald ikke kan ske uafhængigt af i princippet vilkårligt valgte forudsætninger (normer), fx Spragens (1981) passim og i øvrigt *Structure* s. 52, note 3 med litteraturhenvisninger. Liberalisme, herunder frihed, kan ikke begrundes normativt, det ville være naturstridigt. Dette er en kobling af epistemologiske og politiske teorier, saml. Spragens (1981) fx s. 208: »The problem ... is the tension between the liberal's belief in objective norms and their sensationism«. Spørgsmålet er imidlertid, hvorvidt denne begrebsmonisme er tvungen, samh. Spragens (1981) s. 10ff., som ud fra konstatering af almindeligt overlap (uantageligt) slutter sig til koblingens nødvendighed: »the liberal model of reason« og »the paradigm of liberal reason«, Spragens (1981) s. 14. Det begrebsdualistiske alternativ må understrege det tilladelige i en normativ begrundelse af liberalisme eller frihed, så længe det ikke antages, at fx frihed er altfavnende, ubegrænset i omfang og således bolttrer sig i en beskrivelsesramme, hvis negation er tom, samh. fx Spragens (1981) s. 6f. om »the wholly free individual« samt kap. VIII, 1. Spørgsmålet er netop, hvad der ligger i »wholly«, og dermed, hvilket omfang liberalismens beskrivelsesramme har – et spørgsmål om, hvorvidt den (alt)favnar alle individets (verdslige) forhold. Spragens kritik forudsætter et bekræftende svar på det sidste, forudsætter begrebsmonisme.

Hidtil har valget mellem begrebsmonisme og begrebsdualisme i de gennemgåede tilfælde taget sig vilkårligt ud.

Vilkårligheden kan illustreres med et målmandsudspark. Et TV-kamera er placeret på målmandens isse; billedet ender i hyggelige danske hjem. Efter udsparket flyver bloden parallelt med sidelinierne op mod det andet mål. Gnidnings- og luftmodstande fraskrives betydning for boldens bevægelse. Den rammer nu banen én gang, hopper videre og kommer så samtidig med næste møde med græsset i spil. For TV-seeren – uden rumopfattelse, uden en tredje dimension – bevæger bolden sig op, ned, op, ned. For ham er der ingen forskel på første og anden gang, bolden bevæger sig nedad. Skal seeren beskrive boldens bevægelse, måtte det gøres ved boldens højde som funktion af tiden.

Seeren vil ikke kunne se forskel på de to nedadgående bevægelser. I det omfang han overhovedet er sig bevidst om, at han går glip af en dimension, kan han vælge at betragte de to nedadgående bevægelser som identiske eller som forskellige. Fra hans synsvinkel er valget vilkårligt. Dette kan oversættes til paradokset. Vælges det at betragte de to bevægelser som forskellige, hedder det sig: første

gang bolden går ned, svarer til den grundlæggende begrundelse af frihedsbegrebet ved et normativt princip, eksempelvis natur, gud eller vindretning; anden gang bolden går op, svarer til begrundelse af magt (stat) ved friheds investering heri (samfundspagt); anden gang bolden går ned, svarer til magtens (statens) normative bestemmelse af et nyt frihedsbegreb. Men seeren vælger som sagt vilkårligt. Han vil derfor også kunne lægge til grund, at de to nedadgående bevægelser er ens: det grundlæggende normative princip er lig den regulerende magt (stat), jf. det andet spørgsmål (paradoks), og bolden lander samme sted begge gange, hvorfor de to frihedsbegreber er ens, jf. det første spørgsmål (paradoks). Heri ligger en kobling – han antager, at bolden ikke bevæger sig væk fra ham mod modstandernes mål. Det sidste valg modsvarer begrebsmonisme, det første begrebsdualisme.

Den nidkære forkyndelse af liberalismens og frihedens paradoks synes at have været foruden udsyn til det begrebsdualistiske alternativ. Seeren har ikke været sig bevidst om, at han manglede en dimension. Han har således valgt ubevidst. Og det er klart, at dér her må vælges – det er utilfredsstillende at falde tilbage på vilkårligt begrebsindhold.

Målmanden kan naturligvis fortælle seeren, hvordan tingene hænger sammen: ikke blot at valget ikke er vilkårligt, men også, at bolden rent faktisk bevæger sig ned mod modstanderens mål.

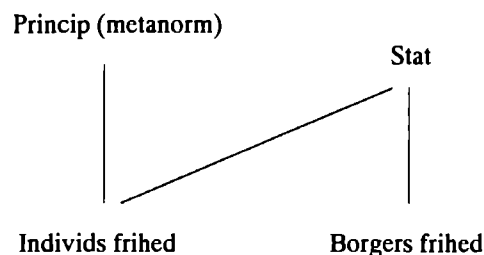
Begrebsdualismen bør fortrænge frihedsparadokset. Det kan i sammenhængen bemærkes, at alene frihedens eller liberalismens paradoks forkyndes; »The Irony of Liberal Reason« er titlen på Sprangens Jr.'s værk. Men paradokset (paradokserne) rammer bredere. Det favner også begrebsparrets anden pol – tvangen, »social order« –, og ironien (The Irony) omslutter derfor også enhver anden vægtning af frihed kontra tvang end de liberalistiske; bortset fra absurditeten: den totale tvang. Denne bredde i paradokset betyder, at paradokset nærmer sig ingenting. Bredden taler for, at valget ikke kan være vilkårligt. Begrebsmonismen falder på manglende adækvans – absolutte absolutter som friheden bør afløses af det mere kompromissøgende frihed. Det er uholdbart blot at tale om frihed og om tvang. Frihed i videste forstand – frihed for enhver tvang, det er absurd. Det samme gælder det videste tvangsbegreb – overhovedet ingen frihed, det er tilsvarende absurd. Frihed og tvang giver derimod mening, såfremt begreberne gives et begrænset omfang, såfremt de afrettes efter en given kontekst, en given beskrivelsesramme, som blot tager del i et større hele. Som tvang og frihed konkret udelukker hinanden, så forudsætter de også abstrakt hinanden – frihed er fravær af tvang, tvang er fravær af frihed, samh. kap. I, 2.

I en beskrivelsesramme belagt med det hierarkiske systemiseringsprincip er frihed det ikke at være under nogen, mens omvendt tvang er det at være under nogen; frihed er at være højest, tvang ikke at være det. Herudfra kan positiv og negativ frihed bestemmes. Negativ frihed er frihed for at være underordnet andre elementer i beskrivelsesrammen – enten ved slet ikke at være element i den ramme eller ved nok at være element i samme ramme, men dog ikke underordnet andre. Positiv frihed er frihed for (anden) tvang i anden beskrivelsesramme tilvejebragt ved tvang af beskrivelseselementer i den foregående beskrivelsesramme:

positiv frihed står til negativ ufrihed som rettighedssubjektivitet til pligtsubjektivitet – negativ frihed er frihed *for* noget, positiv frihed er frihed *til* noget. Den – eventuelle – positive frihed under virkningsfuld tvang ville være at betegne som negativ, såfremt udgangspunktet i stedet blev taget i en anden beskrivelsesramme. Om frihed er positiv eller negativ er i andre ord mere eller mindre vilkårligt bestemt ved valget af beskrivelsesramme. Med et eksempel: negativ frihed kan være frihed for pligtsubjektivitet i medfør af retsnormer, fx forbud mod blodhævn, mens positiv frihed kan være rettighedssubjektivitet i medfør af samme (socialt effektive) normer: frihed for blodhævn. Sollen/Sein-relationen kan søges vendt: negativ frihed er da frihed for blodhævn, positiv frihed er frihed til blodhævn. »Je terminerai ... par une remarque qui doit servir de base à tout le système social; c'est qu'au lieu de détruire l'égalité naturelle, le pacte fondamental substitue au contraire une égalité naturelle, le pacte fondamental substitue au contraire une égalité morale et légitime à ce que la nature avait pu mettre d'inégalité physique entre les hommes, et que, pouvant être inégaux en force ou en génie, ils deviennent tous égaux par convention et de droit«, *Contrat Social* i, 9.

Det såkaldte frihedsparadoks er en tvangstanke, et selvmål. De gentagende begrebsmonistiske koblinger mellem forskellige begreber, som er beskrevet ovenfor, er ikke blot at betragte som vilkårlige, men som – koblingsfejl. Der bør antages flere frihedsbegreber og flere tvangsbegreber.

Konklusivt kan det begrebsdualistiske alternativ tegnes, igen med kridt fra teorieme om samfundspagten:



Individets (negative) frihed er kernen i liberalistiske teorier. Enten antages den som aksiom, eller den begrundes i et normativt princip, en metanorm, som ikke står til diskussion, et trindhøjere aksiom. Individets frihed antages at være fuldstændig, fx Hobbes, eller ufuldstændig, fx Locke. Denne individets frihed begrundes staten, frihed begrundes tvang. Begrundelsen sker i samfundspagtens form: individet udnytter sin frihed ved at give helt eller delvist afkald på den gennem investering af den i samfundet. Sluttelig kan et borgerligt frihedsbegreb findes inden for statens rammer. Tvang begrundes (positiv) frihed. Begrebsdualisme tjener således til dobbelt anvendelse af det hierarkiske systematiseringsprincip under en opløsende negering af beskrivelsesrammer, se videre kap. VIII. Sammenlign i vanligt apokalyptisk hu, Carty (1991) s. 86: »The contradictions have to do with the impossibility of founding an international order exclusively

on consent alone, and, at the same time, the impossibility of completing the inadequacy of consent, with any metaphysical foundation which itself is not grounded in consent« – begrebsmonisme.

Om begrebsmonisme og det folkeretlige inkongruensproblem, se kap. VII. Allerede den klassiske hævde af suveræniteten som udelelig antyder – men er dog ikke lig – begrebsmonismens styrke, når tanken falder på suverænitetsbegrebet, samh. kap. V, 4. Begrebsdualisme er kodet ind i naturretens grundstruktur. Således kunne Bodin medgive suverænen »la puissance absolue« og samtidig hævde hans pligtsubjektivitet i henhold til naturretten. Denne indkodning analyseres nærmere i næste afsnit.

8. På den anden side

Suverænitetsbegrebet når kun til noget, som modsvarer frihedens såkaldte paradoks, i det omfang blikket rettes mod de mellemstatslige forhold på den anden side af rigets grænse. Så længe beskrivelsesrammen afgrænses ved rigets, ved statens grænsepæle, er det klart, at intet (verdsligt) anfægter statens suverænitet, samh. kap. V, 4. Til forskel fra eksempelvis Hugo Grotius, findes der ikke noget stort initiativ til kosmopolitiske gennembrud af disse grænser blandt den mere politisk-filosofiske udviklingslinies forfattere. Om forholdet til andre stater skriver hverken Hobbes, Locke eller Rousseau længere afhandlinger. I karakteristisk stil bekendtgjorde Rousseau endog: »Après avoir posé les vrais principes du droit politique et tâché de fonder l'État sur sa base, il resterait à l'appuyer par ses relations externes; ... Mais tout cela forme un nouvel objet trop vaste pour ma courte vue; j'aurais dû la fixer toujours plus près de moi«, *Contrat Social* iv, 9.

På den anden side står spørgsmålet heller ikke aldeles uomtalt hen. Thomas Hobbes tegner sig for det første, effektive filosofiske system centreret om samfundspagtens idé. Hermed fulgte et originalt syn på internationale forhold: mellem staterne rådede fortsat naturtilstanden, *Leviathan* fx s. 144f og 309f. Tilsvarende hos Locke: »all Commonwealths are in the state of Nature one with another«, *Two Treatises* II § 183, hvorfor den føderative magt bliver »natural, because it is that which answers to the Power every Man naturally had before he entered into Society«, *Two Treatises* II § 145. Samme analogi til naturtilstanden findes hos Rousseau: staterne lever i den krigstilstand, som kendetegner naturtilstandens senere fase, jf. Hoffmann & Fidler (1991) s. xvii, xlv og lvii – »D'homme à homme, nous vivons dans l'état civil et soumis aux lois; de peuple à peuple, chacun jouit de la liberté naturelle: ce qui rend au fond notre situation pire que si ses distinctions étaient inconnues. Car vivant à la fois dans l'ordre social et dans l'état de nature, nous sommes assujettis aux inconvénients de l'un et de l'autre, sans trouver la sûreté dans aucun des deux«, Rousseau i »Extrait Du Projet de Paix Perpétuelle de M. l'Abbe de Saint Perre« citeret fra Vaughan (1915) 1 s. 304.

Denne mellemstatslige, domistiske analogi til naturtilstanden har en grænse. Intet sted fører den til indgåelse af en pagt mellem staterne. De samme forhold, som begunstiger indgåelse af samfundspagt mellem individer, rækker ikke til nogen forbrødring mellem stater, samh. *Belli ac Pacis* Prolegomena citeret ovenfor i afsnit 2. Forfatterne var naturligvis vidende om den begrænsede rækkevidde; »in all times, kings, and persons of sovereign authority, because of their independency, are in continual jealousies, and in the state and posture of gladiators; having their weapons pointing, and their eyes fixed on one another; that is, their forts, garrisons, and guns upon the frontiers of their kingdoms; and continual spies upon their neighbours; which is a posture of war. But because they uphold thereby, the industry of their subjects; there does not follow from it, that misery, which accompanies the liberty of particular men«, *Leviathan* s. 144f. Argumentet hos Hobbes er altså, at der ikke er samme behov for forening mellem stater som mellem individer i naturtilstanden. Og det argument er – i sagens natur – tvingende. Samfundspagten indgås netop for at vende krig til fred mellem individer (borgere). Pagtens gyldighed og den heraf afledte suverænitet betinges af, at dette formål tilgodeses, jf. eksempelvis afsnit 3 om Hobbes. Freden er statens eksistensberettigelse. Var freden ikke mere nærværende for statens borgere end for naturtilstandens individer, så ville der slet ingen stat og slet ingen suveræn være; så ville det være menneskene, som var i naturtilstand. Set fra det enkelte menneskes synspunkt er situationerne derfor ikke analoge. Der er intet paradoksalt i, at staternes naturtilstand ikke afløses af en verdensstat, saml. Hoffmann og Fidler (1991) s. xliiiff., lviif. og lxxvii; se også Kratochwil (1989) s. 3f. Hertil kommer, at videreoverdragelse af suverænitet nok ville være et brud på den oprindelige samfundspagt, klarest *Contrat Social* ii, 1 og *Belli ac Pacis* I, iii, xiii og I, iv, x, således at en sådan overdragelse ligger uden for suverænenes kompetence.

Mange (andre) forfattere fulgte Hobbes' syn på internationale relationer: »Est denique & illud heic expendendum, an detur peculiare jus gentium, positivum, & juri naturali contradistinctum? Super hac re enim inter eruditos non satis convenit. Multis jus naturæ & jus gentium in se unum & idem habetur, quod extrinseca duntaxat denominatione differat. Inde & Hobbes de Cive cap. 14. 4, 5 ... Cui sententiæ & nos plane subscribimus. Nec præterea aliud jus gentium voluntarium seu positivum dari arbitramur, quod quidem legis proprie dictæ vim habeat, quæ gentes tanquam à superiore profecta stringat«, Pufendorf (1688) II, iii, § 23 [17]; »Quamobrem cum Gentes inter se spectentur tanquam personæ singulares liberæ in statu naturali viventes, nec eadem alio jure inter se utantur nisi naturali, seu natura unicuique homini competente (§. 2. 3.); Gentibus jus belli competit«, Wolff (1764) VI, § 613 [18]; »Je ne reconnois point d'autre Société naturelle entre les Nations, que celle-là même que la Nature a établie entre tous les hommes. Il est de l'essence de toute Société Civile (Civitas) que chaque membre ait cédé une partie de ses droits au Corps de la Société, & qu'il y ait une Autorité capable de commander à tous les membres, de leur donner des Loix, de contraindre ceux qui resuseroient d'obéir. On ne peut rien concevoir, ni rien supposer de semblable entre les Nations. Chaque Etat Souverain se prétend, & est effectivement, indépendant de tous les autres. Ils doivent tous, suivant M. Wolf lui-même être considérés comme autant de particuliers libres, qui vivent ensemble dans l'état de Nature & ne reconnoissent d'autres Loix que celles de la Nature même, ou de son Auteur«, *Droit des Gens* Preface. Se også Cox (1960) s. 146f. samt Grewe (1984) s. 409ff.

Før introduktionen omkring Hobbes af denne domistiske analogi står så Jean Bodin og jus gentium. Og samme tidlige tradition finder udtryk hos Hugo Grotius: i *Belli ac Pacis* udgør jus gentium ikke blot ret fælles i stater, men også egenartet, positiv ret for stater, som altså modsat naturretten har sin oprindelse i »Gentium omnium aut multarum voluntate«, *Belli ac Pacis* I, i, xiv og ovenfor i afsnit 2. Et opgør med jus gentium-traditionen og folkerettens unaturlighed tog efterfølgende form, samh. Pennington (1993) s. 282. Det anes hos Bodin, og til eksempel Francisco de Victoria refererede til »ius inter gentes«. Se hertil Grewe (1984) s. 45ff. Ud over at Hobbes fraskrev jus gentius, nedskrev han også naturretens værdi, jf. afsnit 3 ovenfor.

Som det ses, kan alene Grotius og Bodin tilbyde de mellemstatslige forbindelser, den anden side, en selvstændig plads i retssystemer. Hos Hobbes og videre frem reguleres internationale forhold alene af naturret. Da det er den samme naturret, som negativt afgrænser suveræniteten, forstået på den vis, at også suverænitets subjekt ligger under for naturretten, indbyder de mellemstatslige forbindelser ikke som sådan til komplikationer hos hverken Hobbes, Locke eller Rousseau; se også Pennington (1993) s. 290. Suverænitet må netop forstås som det højeste i alene den positive, menneskeskabte ret, jf. *Einheit* s. 13ff., og kan ikke kollideres med naturretten, herunder folkeretten, hvorfra samme suverænitet flyder – suverænitet var hos disse forfattere henlagt til en beskrivelsesramme, som var et negativ af naturretten, samh. kap. VIII, 1. Særligt gjorde Bodin gældende: »Vray est que ces docteurs ne disent point que c'est de puissance absolue : car si nous disons que celui a puissance absolue, qui n'est point sujet aux loix, il ne se trouvera Prince au monde souverain : veu que tous les Princes de la terre sont sujets aux loix de Dieu, et de nature, et à plusieurs loix humaines communes à tous peuples«, *La République* I s. 190; hertil har Bartelson (1993) s. 117, 120 og endelig s. 128 forholdt sig kritisk – men under forudsat anvendelse af suverænitetsbegrebet i moderne form, dvs. i en beskrivelsesramme, som også favner, hvad der hos Bodin netop er reserveret naturretten: »Bodin's position is therefore utterly problematic; for how can indivisible things be parts of a whole, which itself is indivisible? It seems to me that the significance of Bodin's theory of sovereignty lies in its attempt to elaborate a logic of indivisibility within the framework of the general theory of the state, and so to speak, justify indivisible sovereignty from within a framework which simultaneously is undermined by its presence«; tilsvarende Bartelson (1993) s. 176 og vel også Franklin (1992) s. xiii, som refereret i afsnit 6 ovenfor. Om suverænitetsbegrebets historie forstået som variationer i beskrivelsesrammen, se kap. II, 3.

Fra en naturretlig synsvinkel holdes inkongruensproblemet også ude, selvom adgang til traktatsindgåelse anerkendes, når blot en norm eller et princip af *pacta sunt servanda* karat tager naturretten form. Her er så tale om en gyldighedsafledning fra en norm (*pacta sunt servanda*) til en anden (traktaten). Som nævnt i afsnit 6 finder jeg en sådan afledning uantagelig. Dette syn bygger imidlertid på præmisser, som netop ikke (kan) deles af naturretten, jf. kap. II, 1, samh. afsnit 6 for diskussion af (præmissen om) det kontradiktoriske i ugyldige normer. Det vil være inkonsekvent at slå på disse præmisser i en diskussion omkring indholdet af et naturretligt norm-

system, fordi de samme præmisser opløser hele dette systems struktur og dermed underminerer en forudsætningen for overhovedet at diskutere normsystemets indhold. Af den grund følger jeg de naturretlige forfatteres oplevelse: intet inkongruensproblem (her), samh. kap. XI, 2. I den forbindelse kan naturretten forstås som en kompliceret udgave af den begrebsdualisme, der endeligt skitseres i kap. VIII, 2.

Særligt om Grotius, se afsnit 2 ovenfor. Hos denne forfatter læser jeg det første egentlige udtryk for inkongruensproblemet. Om dette problem, se i øvrigt kap. VII.

KAPITEL V

DEN KOPERNIKANSKE VENDING

1. En kopernikansk vending

Hos Hegel og Kant ender den bevægelse i suverænitetsbegrebet, som startede hos Locke, og hvor endemålet endnu hos Rousseau kun kunne anes. Bevægelsen består i første omgang i udvidelse af kredsen af suverænitets subjekt(er). Hos Bodin og Hobbes er der kun én effektiv suveræn. Med Locke sker en væsentlig udvidelse til et flertal, og samtidig varskos det videre skridt, som Rousseau tager ved at inddrage alle i suverænitets varetægt gennem del(tagelse) i almenviljen. Rousseau gør derfor kun brug af samfundspagten, mens den supplerende herskerpagt forsvinder sammen med behovet for folkets videregivelse af suveræniteten, fx udtrykt i en sondring mellem majestas realis og majestas personalis som hos Grotius, kap. IV, 2. Vejene til erkendelse af Rousseaus almenvilje er imidlertid uransagelige og i hovedsagen bragt i usikker varetægt hos enten flertallet eller enkelte lovgivere, jf. kap. IV, 5. Rousseau står derfor alene for introduktionen af almenviljens idé. Men denne formulering af bevægelsens endemål var dog også i sig selv en genistreg ført med tidens pen: almenviljen er udtryk for et emotionelt, nærmest nationalistisk fællesskab formet efter den nationalstat, som grundfæstes omkring det 18. århundredes slutning med blandt andet den franske revolution, jf. Cobban (1964) s. 100, 104 og 108f. og Hoffmann & Fidler (1991) bla. s. xxxiv og lxxv.

Om patriotisme, se også fra Kants hånd: »Patriotisch ist nämlich die Denkungsart, da ein jeder im Staat (das Oberhaupt desselben nicht ausgenommen) das gemeine Wesen als den mütterlichen Schooß, oder das Land als den väterlichen Boden, aus und auf dem er selbst entsprungen, und welchen er auch so als ein theures Unterpfand hinterlassen muß, betrachtet, nur um die Rechte desselben durch Gesetze des gemeinsamen Willens zu schützen, nicht aber es seinem unbedingten Belieben zum Gebrauch zu unterwerfen sich für befugt hält«, Kant (1793) II. Om Rousseaus syn på sagen, se kap. IV, 5.

Den stadigt bredere fiksering af suverænitets subjektivitet fra Hobbes til Rousseau gennem stadigt flere individers (borgeres) deltagelse i staten ender – måske paradoksalt – med suverænitets frigørelse fra individernes sfære og opstigen til et trindhøjere, mere mystisk og sjæleligt niveau. Rousseau både afslutter en epoke, hvor suveræniteten har været individuelt orienteret, og begynder en ny, hvor suveræniteten orienteres mod det større og fælles – staten, jf. til eksempel Hegels anerkendelse i *Grundlinien* § 258. I denne bevægelse ligger suverænitetsbegrebets *kopernikanske vending*: som Kopernikus vendte verdens centrum fra jorden til solen, og som Kant i sin erkendelsesteori vendte opmærksomheden fra de erfa-

rede genstande til erfaringen i sig selv, får suverænitetetsbegrebet hos Rousseau mod på en omvending eller nyorientering fra individ(er) til stat.

Tidligere fikseredes et eller flere individer som suveræn og staten defineredes her ud fra (*L'État c'est moi*). »And in him consisteth the essence of the commonwealth; which, to define it, is one person, of whose acts a great multitude, by mutual covenants one with another, have made themselves every one the author, to the end he may use the strength and means of them all, as he shall think expedient, for their peace and common defence. And he that carrieth this person, is called sovereign, and said to have sovereign power; and every one besides, his subject«, *Leviathan* s. 177.

Også Bodins »*Les Six Livres de la République*« tjener til illustration af, at suveræn og stat (*republique*) er uadskillelige: »*Republique est un droit gouvernement de plusieurs mesnages, et de ce qui leur est commun, avis puissance souveraine*«, *La République* I s. 27 og i øvrigt kap. IV, 1, samh. Bartelson (1993) s. 127. Bodin sonderer i øvrigt skarpt mellem stat (*estat*) og styre (*gouvernement*), se *La République* fx II s. 34 og hertil kap. III, 3.

Se endvidere *Two Treatises* II § 133.

Definitionen af staten ved en individuel suveræn er forladt hos Rousseau: »*A l'instant, au lieu de la personne particulière de chaque contractant, cet acte d'association produit un corps moral et collectif composé d'autant de membres que l'assemblée a de voix, lequel reçoit de ce même acte son unité, son moi commun, sa vie et sa volonté. Cette personne publique qui se forme ainsi par l'union de toutes les autres prenait autrefois le nom de Cité, et prend maintenant celui de République ou de corps politique, lequel est appelé par ses membres État quand il est passif, Souverain quand il est actif*«, *Contrat Social* i, 6.

Suverænitetetsbegrebets bevægelse er nogenlunde synkroniseret med ændringer i statsbegrebet – hvilket har gjort det muligt i mere folkeretlige værker til stadighed at hævde staten som suverænitetens subjekt, samh. kap. IV, 2. De omtrent parallelle bevægelser i begreber om suverænitet og stat giver den kopernikanske vending en yderligere illustration i samfundspagtens vigende rolle. Allerede hos Rousseau var betydningen af samfundspagten som legitimation af samfundsordenen i borgernes viljer af minimal betydning, reduceret til et indledende ornamment, jf. *Contrat Social* i, 6 og kap. IV, 5. Herefter foreviges pagten i statens rustning, og »*Du Contrat Social*« koncentrerer om en analyse af almenviljen. Suverænitetens uoverdragelighed bliver herefter selv(ind)lysende, *Contrat Social* ii, 1 og i, 7. Tilsvarende kan det heller ikke hævdes, at samfundspagten spiller nogen stor, glørværdig rolle hos Kant, samh. Riley (1982) s. 131. Det er det kategoriske imperativ, som foreskriver samfundspagtens indgåelse, ligesom den videre ordning af samfundet hævdes at ligge under herfor – og dermed i sidste ende under for almenviljen, jf. afsnit 2. Samfundspagten falder endelig helt uden for Hegels system, samh. *Grundlinien* § 260 og i øvrigt afsnit 3.

Suverænitetetsbegrebets kopernikanske vending består i andre ord i, at synsvinklen ikke længere går fra individ til stat, men fra stat til individ. Vendingen fuldendes hos Hegel, hvor staten udnævnes til suverænitetens subjekt.

2. »Das allgemeine Princip aber, wornach ein Volk seine Rechte negativ, d. i. bloß zu beurtheilen hat, was von der höchsten Gesetzgebung als mit ihrem besten Willen nicht verordnet anzusehen sein möchte, ist in dem Satz enthalten: Was ein Volk über sich selbst nicht beschließen kann, das kann der Gesetzgeber auch nicht über das Volk beschließen«, Kant (1793) II Folgerung

Der foreligger ikke nogen samlet, tilbundsgående fremstilling af politisk teori fra Immanuel Kants hånd. Men det betyder ikke, at Kant ikke gjorde sig omfattende tanker herom; nogle af dem formuleret i mindre afhandlinger som »Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis« fra 1793, hvorfra ovenstående citat stammer. Bag citatet anes den nyfortolkning af Rousseaus almenvilje, som Kant gennemfører, og som resulterer i en yderligere forskydning af suveræniteten fra folket til staten.

I hovedsagen knytter de politisk-filosofiske tanker an til Kants morallære (etik), sådan som den fremstilles i »Grundlegung zur Metaphysik der Sitten« fra 1785 og »Kritik der praktischen Vernunft« fra 1788. Grundtanken er individets egenverdi; alle individers frihed til udstikkelse af egne moralske love, »Die Autonomie des Willens«. Udnyttelse af denne indre frihed foregår under fornuftens opsyn, hvilket i sidste ende munder ud i »der kategorische Imperativ« som al morals transcendentale grundsten: »handle so, als ob die Maxime deiner Handlung durch deinen Willen zum allgemeinen Naturgesetze werden sollte«, Kant (1785) zweiter Abschnitt. Imperativet er syntetisk a priori, et eksempel på »praktischer Grundsätze a priori«, hvorved forstås, at det er en mulig form for fornuftsvæsenets udfindelse af det moralske. Imperativet er moralens form og dermed rum for den absolutte og almenyldige etisk fordring eller pligt, et moralens krav om forsæt (Maxime). Det kategoriske imperativ kan for så vidt sidestilles med de vilkår for erfaring, som rum, tid og fx kausalitet gør det ud for hos Kant, saml. Høffding (1921) 3 s. 81. Der er dog den forskel, at den pligt, som det kategoriske imperativ foreskriver, kan siddes overhørig, mens der ingen sansning er foruden rum & tid.

Det kategoriske imperativ fikserer ikke i sig selv rammerne for, hvad der er »allgemeinen«, for, hvilke situationer denne »Naturgesetze« dækker ind ud over den aktuelle (konkrete). Som den almindelige lighedsgrundsætning: det lige skal behandles lige, er Kants kategoriske imperativ for så vidt formuleret analytisk tomt – det er foruden generaliseringens nøgle således at det, der er lige, nok skal behandles lige under en almindelig regel, men at forståelsen af, hvad der er lige, i princippet er vilkårlig. Imperativet knytter an til principper for fiksering af disse rammer og grupperer derved situationer, der alle i deres uendelige mangfoldighed som udgangspunkt er egenartede. Se for denne pointe *Ret og retfærdighed* s. 361 og *Retslæren* s. 240.

Pointen står sig imidlertid ikke godt i sammenhængen. Kant hævder moralens autonomi som den indre frihed. Det kategoriske imperativ virker i mennesket som fornuftsvæsen, fordringen er en indre lov eller vilje, ikke en ydre normativ faktor. Imperativet tilskrives mennesket som fornuftsvæsen (Das Ding an Sich) og ikke som naturvæsen. Det er transcendentalt – og almenyldigt; derfor kan det kategoriske imperativ ikke med mening skrives på anden vis end den formelle – som moralens form, »allein die Form der Maxime als allgemein gesetzgebend fordert«, Kant (1788) I, 2, 1. Den materielle udfyldning ligger i mennesket. Den kan kun i en afledt og særdeles tvivlsom forstand formuleres som norm i tilfælde, hvor det kategoriske imperativ måtte være

indgangsportal til konsensus. Se for den betragtning fx *Grundlinien* §§ 126 og 140 om »das Absolute behauptenden Subjektivität« samt § 333 og endvidere nedenfor om Kants egen modifikation.

Kant afleder af det kategoriske imperativ »Der praktische Imperativ«: »handle so, daß du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst«, Kant (1785) zweiter Abschnitt. Det kategoriske imperativs »allgemeinen Naturgesetze« fortolkes altså derhen, at ikke blot samme person i en tilsvarende situation, men også andre personer i en tilsvarende situation favnes, det hele stadig afgjort af fornuftsvæsenet selv. Denne fortolkning af det kategoriske imperativ er – for en formel betragtning – ikke helt urimelig: det giver ikke megen mening ved almindelighed at forestille sig samme person i samme situation, blot til en anden tid; almindelighed får snarere mening ved (tænkt) placering af en anden person i samme situation, og en sådan placering er vel netop udtryk for, at mennesker betragtes som mål og ikke som blot middel, samh. Paton (1967) s. 129f. og 165ff. Herved omgås om muligt imperativets (nu såkaldte) analytiske tomhed, fordi det primært er personen og ikke nødvendigvis også den unikke situation, som skiftes ud. Afledningen skal derfor ikke ses som uomgængeligt båret af den »ufuldkomne og unaturlige Begrundelse«, saml. Høffding (1921) 3 s. 85.

Med »der praktische Imperativ« tages (formelt) front mod fællesskab. Af det kategoriske imperativ flyder da en pligt til at bringe en krigerisk natutilstand til ophør og i stedet søge samfund og fællesskab – gennem samfundspagten. Denne – måske ikke helt tvangsfrie – kobling fra morallære til politisk teori kan også udtrykkes derhen, at den indre moralske frihed, som udøves i det kategoriske imperativs form, betinges af en ydre, ekstern frihed fra også natutilstandens ydre tvang, og at denne ydre frihed netop tilvejebringes ad retlig og politisk vej, samh. kap. IV, 3 om lignende tanker hos Hobbes. Se fx Kant (1797) § 46, samh. analogt kap. I, 2 om intern og ekstern suverænitet.

Kant forstod ved samfundspagten alene en hypotese, en fornuftens idé. Med pagten institueres en lovgivende magt (suverænitet), som tilkommer folket og dets almenvilje, men som varetages af en repræsentation – lovgiveren. I den sammenhæng siges pagten (almenviljen) at få praktisk betydning, »jeden Gesetzgeber zu verbinden, daß er seine Gesetze so gebe, als sie aus dem vereinigten Willen eines ganzen Volks haben entspringen können, und jeden Unterthan, so fern er Bürger sein will, so anzusehen, als ob er zu einem solchen Willen mit zusammen gestimmt habe. Denn das ist der Probestein der Rechtmäßigkeit eines jeden öffentlichen Gesetzes. Ist nämlich dieses so beschaffen, daß ein ganzes Volk unmöglich dazu seine Einstimmung geben könnte ..., so ist es nicht gerecht; ist es aber nur möglich, daß ein Volk dazu zusammen stimme, so ist es Pflicht, das Gesetz für gerecht zu halten: gesetzt auch, daß das Volk jetzt in einer solchen Lage, oder Stimmung seiner Denkungsart wäre, daß es, wenn es darum befragt würde, wahrscheinlich seine Beistimmung verweigern würde«, Kant (1793) II Folgerung.

Folkets suverænitet er således blevet reduceret til, hvad folket fornuftigvis kan indlade sig på. Folkesuveræniteten fortøner sig i sandsynlighedsregning på det hypotetiske samtykke og den formodede almenvilje. Herved omgår Kant det erkendelsesproblem, som omlejlrede Rousseaus »volonté générale«, jf. kap. IV, 5. Kant afskriver særviljen og lader fra ende til anden lovgiver lede af en i sig selv almen sandsynlighedskalkyle over almenviljen. I hvert fald dette er ikke tvangsfrit. Det kategoriske imperativ er rammen om menneskets udnyttelse af frihed til givelse af egne morallove. Heri ligger ikke megen sikkerhed for – heller ikke hypotetisk – almenvilje. Det gør der i og for sig heller ikke for en formel betragtning i »der praktische Imperativ«. Måltrettet respekt for andre mennesker er stadig blot en formel for udnyttelse af egen frihed. Kant må derfor videre antage, at den afledning fra det kategoriske imperativ, som rummes i »der praktischen Imperativ«, implicerer et værdifællesskab blandt mennesker, således at dette imperativ (med sikkerhed) bliver almenviljens form. Det er andet og mere end en blot formel afledning fra det kategoriske imperativ; det er et materielt postulat, som ikke kan begrundes i imperativets første, kategoriske formulering. Kant opløser Rousseaus erkendelsesproblem ved at give mennesket som fornuftsvæsen fuld indsigt i almenviljen på bekostning af dets særvilje i moralske spørgsmål. Tilsvarende Bar-telson (1993) s. 199.

I et eller andet omfang fornægter Kant ikke dette – ideal. Eksempelvis: »Übrigens bleibt die Idee einer reinen Verstandeswelt als eines Ganzen aller Intelligenzen, wozu wir selbst als vernünftige Wesen (obgleich andererseits zugleich Glieder der Sinnenwelt) gehören, immer eine brauchbare und erlaubte Idee zum Behufe eines vernünftigen Glaubens, wenn gleich alles Wissen an der Grenze derselben ein Ende hat, um durch das herrliche Ideal eines allgemeinen Reichs der Zwecke an sich selbst (vernünftiger Wesen), zu welchem wir nur alsdann als Glieder gehören können, wenn wir uns nach Maximen der Freiheit, als ob sie Gesetze der Natur wären, sorgfältig verhalten, ein lebhaftes Interesse an dem moralischen Gesetze in uns zu bewirken«, Kant (1785) dritter Abschnitt.

Se også Riley (1982) s. 146ff. for en imødekommende diskussion af den materielle afledning mellem imperativer. Værdifællesskabets implikation har naturligvis som konsekvens, at særligt det kategoriske imperativs analytiske tomhed for så vidt bliver en mere slående pointe, men samtidig er den analytiske tomhed blot konsekvens af et valg af den bredest mulige formulering af værdifællesskabet, som efter behag kan afvikles ved i stedet at vælge en mere konkret måde at beskrive værdierne på.

Som sagt ligger lovgivningsmagts og dermed retsnormers legitimation i deres moralske gyldighed funderet på borgernes hypotetiske samtykke. Retsnormens funktion er ikke dens indhold men det, at den gennem sikring af ydre frihed befordrer en moralens opblomstring ved øget rum for det kategoriske imperativs anvendelse – som livsførelsens rettesnor. Retten bæres således i det mindste umiddelbart af et selvstændigt motiv, samh. Riley (1982) s. 132. Se Kant (1795) Anhang, i. Uanset almenviljens hærværk på den moralske særvilje, så er og bliver frihed derfor – i det mindste – omdrejningspunkt for Kants politiske teori, jf. eksempelvis: »Eine Verfassung von der größten menschlichen Freiheit nach Gesetzen, welche machen, daß jedes Freiheit mit der andern ihrer zusammen bestehen kann, (nicht von der größten Glückseligkeit, denn diese wird schon von selbst

folgen) ist doch wenigstens eine nothwendige Idee, die man nicht bloß im ersten Entwürfe einer Staatsverfassung, sondern auch bei allen Gesetzen zum Grunde legen muß, und wobei man anfänglich von den gegenwärtigen Hindernissen abstrahiren muß, die vielleicht nicht sowohl aus der menschlichen Natur unvermeidlich entspringen mögen, als vielmehr aus der Vernachlässigung der ächten Ideen bei der Gesetzgebung«, Kant (1781) II, 2, 1. I den sammenhæng følger Kants bud på opløsning af det såkaldte frihedsparadoks, jf. herom kap. IV, 7: fordi lovgiver varetager almenviljens interesse, så er borgerne i realiteten medlovgivere, hvorfor lovene ikke er at betragte som frihedsindskrænkende tvang men som udslag af den fælles fornuft, jf. bla. Kant (1797) fx § 46 og § 55. Se også Reiss (1970) s. 26.

Alt i alt var folket også hos Kant suverænitets subjekt. Men den suverænitets købes dyrt. Den materielle afledningsfejl omkring det kategoriske imperativ er netop udtryk for et indgreb i menneskets frihed til egen moralsk normering. Dette er nødvendigt for opstillingen af et almengyldigt (objektivt) moralsystem. Men omformuleringen af det kategoriske imperativ og herigennem inkorporering af almenviljen i mennesker betyder, at menneskets individualitet devalueres – også sammenlignet med Rousseau, for hvem almenviljen blot var en delvilje, som kunne plejes ved lovgivers oplysning, se kap. IV, 5. Formelt er folket hos Kant suverænitets subjekt, men det alene fordi hvert individs egenart udhules og erstattes med almenvilje. Reelt er suveræniteten på vej væk fra individet; den bevares kun hos folket, fordi hvert enkelt menneskes vilje kobles på almenviljen. Suverænitetsbegrebets kopernikanske vending finder herved et klart udtryk hos Kant, se også ovenfor i afsnit 1.

Hvad endeligt angår mellemstatslige relationer, gennemførte Kant en nærmest ultimativ domistisk analogi ved at overføre samfundspagtens idé til forholdet mellem nationer og derved gøre deres forbrødring til ideal og løsning på den krigenes tilstand, der som udgangspunkt hersker mellem nationerne – i naturtilstand, samh. kap. IV, 8. Kant fandt vel ikke en verdensstat realistisk – endsige mulig, medmindre (national)staterne ophørte. Men han fandt en moralsk sammenslutning af nationer vendt mod krig som en i sidste ende nødvendig betingelse for menneskets indre, moralske frihed. Se i det hele »Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf« fra 1795 og i kortere form Kant (1797) § 54.

Herved opgiver Kant folkeretten på grund af dens inkongruens med suveræniteten: »Das Völkerrecht soll auf einen Föderalismus freier Staaten gegründet sein« og har som sådan »nicht die mindeste gesetzliche Kraft ... weil Staaten als solche nicht unter einem gemeinschaftlichen äußeren Zwange stehen«, Kant (1795) Zweiter Abschnitt. Mulighedernes rum er reduceret til moralen. Saml. tilsyneladende Walker (1988) s. 23.

3. »Diese beiden Bestimmungen, daß die besonderen Geschäfte und Gewalten des Staats weder für sich, noch in dem besonderen Willen von Individuen selbständig und fest sind, sondern in der Einheit des Staats als ihrem einfachen Selbst ihre letzte Wurzel haben, macht die Souveränität des Staats aus«, *Grundlinien* § 278

Med denne forståelse af »Souveränitet nach innen« tilendebringes suverænitetets begrebets kopernikanske vending i Georg Wilhelm Friedrich Hegels »Grundlinien der Philosophie des Rechts« fra 1821. Suverænitetens subjekt er nu entydigt staten, som herigennem er givet »Individualitet«, *Grundlinien* § 321. Individerne, enten alene eller i fællesskab, har forladt piedestalen i den forstand, at det nu er staten, der som et højeste, »sittliche« fællesskab imellem individerne er suverænen.

Hertil svarer en devaluering af »Volkssouveränitet« – »Man kann so auch von der Souveränität nach innen sagen, daß sie im Volke residire, wenn man nur überhaupt vom Ganzen spricht, ganz so wie vorhin (§ 277, 278) gezeigt ist, daß dem Staate Souveränität zukomme«, *Grundlinien* § 279.

Staten er barn af rationalitetens stadige higen efter nye højder med historien som refleksionsprincip, se også *Grundlinien* §§ 352ff. Ved en virkelig stat forstår Hegel »die Wirklichkeit der sittlichen Idee, – der sittliche Geist als der offenbare, sich selbst deutliche, substantielle Wille, der sich denkt und weiß und das, was er weiß und insofern er es weiß, vollführt. An der Sitte hat er seine unmittelbare, und an dem Selbstbewußtsein des Einzelnen, dem Wissen und Tätigkeit desselben seine vermittelte Existenz, sowie dieses durch die Gesinnung in ihm, als seinem Wesen, Zweck und Produkte seiner Tätigkeit, seine substantielle Freiheit hat«, *Grundlinien* § 257. Staten er det sædelige fællesskab mennesker imellem, en objektiv ånd (Geist) som syntese af spændingen mellem den individuelle viljes udtryk i »das abstrakte Recht« lig ejendomsrettens tese og vilkårlighedens subjektive samvittighed lig moralens antitese. Jf. særligt *Grundlinien* §§ 34, 104f. og 141 samt ovenfor i afsnit 2 med Hegels kritik af Kant.

I sin sædelighed (Sittlichkeit) er den virkelige stat at forstå som indbegrebet af rationel vilje – »Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig«, *Grundlinien* vorrede. I sin totalitet (– Totalität) er statsviljen da lig individets (rationelle) vilje. Anden vilje, dvs. subjektiv vilje, afvises bastant: »die Prinzipien, welche das, was Recht ist, auf die subjektiven Zwecke und Meinungen, auf das subjektive Gefühl und die partikuläre Überzeugung stellen, – Prinzipien, aus welchen die Zerstörung ebenso der inneren Sittlichkeit und des rechtschaffenen Gewissens, der Liebe und des Rechts unter den Privatpersonen, als die Zerstörung der öffentlichen Ordnung und der Staatsgesetze folgt«, *Grundlinien* vorrede. Tydeligere kan det vel ikke siges: individualiteten må opløses, dens relevans frasiges. Individerne har en »höchste Pflicht« til at være »Mitglieder des Staats«, *Grundlinien* § 258. Hos Hegel frasiges al aktiv vilje fra individets side, jf. Riley (1982) s. 193f. Samfundspagtens idé afvises – staten flyder med fornuften og ikke med vilkårlige viljeserklæringer, *Grundlinien* §§ 57, 75,

194 og 281. Særligt Rousseaus forsøg på at koble almenvilje med samfundspagt var derfor et fejlgreb, jf. *Grundlinien* § 258.

Af disse overvejelser over forholdet mellem individ og stat følger, at der intet uoverkommeligt erkendelsesproblem er for lovgivningsmagten (stænderne): »Zu wissen, was man will, und noch mehr was der an und für sich seiende Wille, die Vernunft, will, ist die Frucht tiefer Erkenntnis und Einsicht, welche eben nicht die Sache des Volks ist. – Die Gewährleistung, die für das allgemeine Beste und die öffentliche Freiheit in den Ständen liegt, findet sich bei einigem Nachdenken nicht in der besonderen Einsicht derselben ... sondern sie liegt teils wohl in einer Zutat von Einsicht der Abgeordneten, vornehmlich in das Treiben der den Augen der höheren Stellen ferner stehenden Beamten, und insbesondere in dringendere und speziellere Bedürfnisse und Mängel, die sie in konkreter Anschauung vor sich haben, teils aber in derjenigen Wirkung, welche die zu erwartende Zensur Vieler und zwar eine öffentliche Zensur mit sich führt, schon im voraus die beste Einsicht auf die Geschäfte und vorzulegenden Entwürfe zu verwenden und sie nur den reinsten Motiven gemäß einzurichten, – eine Nötigung, die ebenso für die Mitglieder der Stände selbst wirksam ist«, *Grundlinien* § 301 og videre §§ 315ff.: »die öffentliche Meinung«.

Til det ovenfor gengivne begreb om »die Souveränität nach innen« knytter sig begrebet om »Souveränität nach außen«. Disse suveränitetsbegreber er egentlig uadskillelige hos Hegel, samh. Bartelson (1993) s. 196 og 199; om det sidste suveränitetsbegreb hedder det således: »Das Volk als Staat ist der Geist in seiner substantiellen Vernünftigkeit und unmittelbaren Wirklichkeit, daher die absolute Macht auf Erden; ein Staat ist folglich gegen den anderen in souveräner Selbständigkeit«, *Grundlinien* § 331 og også §§ 322 og 329. I realiteten drives dette argument af et negativt af det såkaldte inkongruensproblem: der er ikke kongruens mellem statens absolutte, interne suveränitet og folkeretlig pligtsubjektivitet, hvorfor der af den fulde interne suveränitet (Souveränität nach innen) følger den fulde eksterne suveränitet (Souveränität nach außen). Se også ovenfor i slutningen af afsnit 2, hvor Kant betjener sig af samme udtalte præmis, og i øvrigt kap. VII. Af Hegels eksterne suveränitetsbegreb flyder, at staten alene kan forpligte sig selv, og eftersom der ikke er nogen realitet over en sådan forpligtelse, bliver folkeret alene »Das äußere Staatsrecht«, jf. *Grundlinien* særligt §§ 332ff. Se også *Einheit* s. 5.

4. Om undersætterne

Den kopernikanske vending finder også et udtryk i særligt tysk retsfilosofi. Friedrich Carl von Savignys historiske skole lod i princippet folkets bevidsthed gøre det ud for retsgyldighedens kilde. Denne skole blev afløst af en ideologisk retspositivisme, hvor den åndelige stat besjælede samfundet og var rettens ophav. Afløsningen svarer til videreudviklingen i suveränitetsbegrebet fra Rousseau og Kant til Hegel. Men mens statsbegrebet efterhånden tabte sin åndrigheid, så forblev suveräniteten fæstet til staten – en politisk-filosofisk og en folkeretlig udviklingslinje var løbet sammen, samh. kap. IV, 2, og staten forblev i det internret-

lige hierarkis top. Men det er ikke helt klart, hvordan den beskrivelsesramme, som hierarkiet tjener i, tager sig ud. Indeholder den andre beskrivelselementer end staten? Er staten over andre elementer – undersåtterne?

Hans Kelsen besvarede dette spørgsmål bekræftende: »In dem Bilde der Ueber- und Unterordnung, des 'Höheren' und 'Niederen' kommt die logische Relation des Allgemeinen zum Besonderen, in dem Begriff der Souveränität die Kategorie des Allgemeinen, des 'summum genus in logicis' zum Ausdruck. Dies wird noch im einzelnen zu zeigen sein. Hier sei nur noch ausdrücklich hervorgehoben, daß insbesondere auch das der 'herrschenden' Ordnung unterworfenen Subjekt, die – physische oder juristische – 'Person' des Rechtes sich letztlich als die Personifikation einer besonderen Norm und Ordnung darstellt, die im Verhältnis zur 'höheren', weil allgemeineren, umfassenden Ordnung den Charakter einer abgeleiteten Teilordnung hat«, *Das Problem* s. 8f. og passim. For Kelsen er de interne retlige retssubjekter underordnet staten (Gesamtordnung), fordi de af normerne bundne personer ikke er andet og mere end personifikation af normer (Teilordnung). Det sidste skal ikke bestrides – af sondringen mellem Sein og Sollen følger, at en fysisk person (Sein) ikke bør betragtes som del af nogen norm (Sollen) – og at tale, som om det er tilfældet, dét er en personifikation, samh. kap. II, 1. Det interessante ved Kelsens synspunkt er, at normer forstås som underordnet staten, dvs. systemet af normer, »die Rechtsordnung als Ganzes«, *Das Problem* s. 12. Delen er under helheden, »Teilordnung« under »Gesamtordnung«. Men hvordan kan helheden være over delen? Hvilken mening er der i at hævde, at en bogstabel er over den midterste bog?

Svaret er, at Kelsen i sin granskning af beskrivelsesrammen og andre elementer end staten forveksler to systematiseringsprincipper. Konklusionen lyder, at retssubjekterne er underordnet staten, retssystemet. Denne konklusion støtter sig til suverænitet og dermed til, at noget er over (højt), noget er under (lavt). Men den bærende argumentation for konklusionen går i et helt andet systematiseringsprincip, nemlig det, at noget er del, noget helhed. Der er hermed tale om en argumentation og nogle præmisser, fra hvilke Kelsens konklusion aldrig kan afledes. Med Rousseaus ord: »le Souverain connaît seulement le corps de la nation et ne distingue aucun de ceux qui la composent. Qu'est-ce donc proprement qu'un acte de souveraineté? Ce n'est pas une convention du supérieur avec l'inférieur, mais une convention du corps avec chacun de ses membres«, *Contrat Social* II, 4.

Det kan hævdes, at det modsatte fejlgreb ligger bag fejden mellem dualisme og monisme. Her burde diskussionen have udsyn til del-helhed, men i stedet går den i et over/underordningsforhold – ikke i, hvorvidt det ene system er del af det andet, men i, hvorvidt det ene system som system er over det andet. Se hertil kap. VII, 2.

Kelsens argumentation holder ikke – Kelsen har ikke udfundet korrekte præmisser for den konklusion, at staten ikke er det eneste beskrivelselement. Heraf følger dog ikke logisk, at denne konklusion så ikke kan være korrekt. Spørgsmålet er derfor ikke at forlade endnu.

Det umiddelbare problem er, at det ikke med mening kan hævdes, at det er personer, som i beskrivelsesrammen er under staten. For dette hierarki måtte henføres til Sollen – retsnormerne (staten) eksisterer ikke, jf. kap. II, 1, og en hypostasering af staten vil ej heller være lykkebringende, medmindre Sein og Sollen fusioneres fuldt ud og normers gyldighed identificeres med deres ubrydelige effektivitet. Og alligevel ville resultatet ikke blive anderledes – det ville stadig være helhedens hypostasering over deles personifikation. Kun Kelsens løsning står tilbage. Og når systematiseringsprincipperne holdes ude fra hinanden, er staten derfor nok suveræn, men samtidig også det eneste beskrivelseselement. Som sådan er suveræniteten derfor en kende triviell, om end det dog ikke er den rette karakteristik af den historiske bevægelse, som har ændret beskrivelsesrammen fra at huse personer – retsnormers personifikation – til alene at rumme staten. Denne kopernikanske bevægelse har været alt andet end triviell, se også kap. VI. Ændringen i beskrivelsesramme kan også forstås som en ændring i synsvinkel; fra at ligge inde i beskrivelsesrammen blandt normer til at henhøre uden for denne og derfor alene have blik for retssystemets ydre konturer – nemlig retssystemet selv.

I bund og grund er statens suverænitet i intern ret fra en internretlig synsvinkel en tautologi, samh. *Einheit* s. 15. Og en noget ubekvem størrelse: staten, retssystemet er suverænt – i staten, retssystemet. Hertil svarer, at statsbegrebet ej heller har nogen relevans i forfatningsretten, jf. Ross (1959) s. 8f. Det afvæbner ikke tautologien at omfortolke beskrivelsesrammen og at lade den favne også andre stater. For for den internretlige vinkel er disse andre stater ligegyldige for det selvstændige normsystem og dets suverænitet, jf. kap. VIII, 5. Tautologiens forsvinden forudsætter antagelse af større beskrivelsesrammer qua en naturretlig eller monistisk konstruktion, samh. kap. VII, 2, hvor staten udgør blot en del af et større (norm)system. Derfor kunne suverænitetsbegrebet gives dette indhold i naturretlig folkeretsteori hos eksempelvis Grotius – og også før: »In allen diesen Beispielen, die sich leicht vermehren ließen, bedeutet also 'Souveränität', daß nach Völkerrecht einem bestimmten 'Staate' auf einem bestimmten Gebiete grundsätzlich die ausschließliche Kompetenz zusteht«, *Einheit* s. 34, ligesom fx *Grundlinien* §§ 278 og 331 om viljesfrihed, »souveräner Selbständigkeit«. Se også kap. IV, 2 samt XVI, 2.

Ud over tautologiens sammenhæng kan det så – for en dualistisk betragtning – diskuteres, om det er tvangsfrit at anvende suverænitetsbegrebet i denne sammenhænge. I fald der overhovedet kan tales om et hierarki, så er det et hierarki uden spredning ud over flere trin. John Locke var i en analog situation afklaret: »For in that State of perfect Equality, where naturally there is *no superiority* or jurisdiction of one, over another, what any may do in Prosecution of that Law, every one must needs have a Right to do«, *Two Treatises* II § 7. Tilsvarende Sukiennicki (1927) s. 5. Ud fra dette synspunkt har det internretlige suverænitetsbegreb ingen berettigelse. Lockes synspunkt er en spejling af det træk mod udelelighedens idé, som suverænitetsbegrebets teori har ligget under for: lige så oplagt, det er at gøre brug af det hierarkiske systematiseringsprincip, når beskrivelseselementernes spredning ud over hierarkiets trin er stor og toppen snævert (udeleligt) befolket,

lige så lidet tiltalende er det at gøre brug af samme princip, hvor der slet ingen spredning er, jf. kap. IV, 6. Mere imødekommende var Rousseau: »Quoi qu'il en soit, on ne peut disconvenir qu'Adam n'ait été souverain du monde comme Robinson de son île, tant qu'il en fut le seul habitant; et ce qu'il y avait de commode dans cet empire était que le monarque assuré sur son trône n'avait à craindre ni rébellions ni guerres ni conspirateurs«, *Contrat Social* i, 2.

Der kan ikke her trækkes veksler på Rousseaus udsagn; det går jo ikke i eremitens suverænitet som blot eremit eller menneske betragtet, men placerer vedkommende i en større sammenhæng eller beskrivelsesramme – »du monde«, »de son île«. Som statsbegrebet har heller ikke et statsorienteret suverænitetsbegreb nogen synderlig internretlig relevans. I den forstand har suverænitetsbegrebet dog aldrig i sig selv haft nogen primært normativ funktion i intern ret, men altid rettere været led i en beskrivelse eller måske snarere karakteristik af normsystemet gennem suverænitetens fiksering. Og i det omfang, det stadig måtte forekomme opportunt at (an)vende et begreb om intern suverænitet, så er det klart, at statens suverænitet er – (såkaldt) absolut, i intern ret: her er staten fri for norms subjektivitet. Se også kap. VIII, 5.

KAPITEL VI

NYERE HISTORIE

1. Bag om den kopernikanske vending

Omdrejningspunktet for suverænitetsbegrebets kopernikanske vending var den videre udvikling, som europæiske stater gennemløb i det 17. og 18. århundrede – fra en »Leviathan« med eget kongerige til en almenvilje som nationalstatens sjæl. Først da ses en egentlig folkeret, som får sin første, praktisk anvendte håndbog i Emer (eller Emmerich) de Vattels »Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle« fra 1758; »Heureux si mon travail peut être de quelque utilité aux Gens en place, qui aiment le Genre-humain & qui respectent la Justice; s'il leur fournit des armes, pour défendre le bon Droit, & pour forcer au moins les injustes à garder quelque mesure, à se tenir dans les bornes de la décence!«, *Droit des Gens* IV, ix, § 127.

Overgangen fra stat til national-stat er udtryk for en bredtfavnende integration af staten i samfundet (nationen). En typisk definition af nationalstat lyder: »A nation-state is, in the first place, a state that is a fairly advanced, differentiated, comprehensive and autonomous political organisation disposing of armed forces and the taxing powers needed to support them, and some arrangement for making these responsive to a concept of public interest«, Modelski (1987) s. 144. Det kan vel ikke undre, at de første effektive glimt af nationalstaten anes i skiftende stormagters (verdensmagters) nærhed i århundrederne op til det 18. århundrede. Netop staten som stormagt forudsætter den yderligere styrkelse, som ligger i nationalstaten, allerede fordi krig efterhånden bliver et nationalt anliggende og i hvert fald i de sidste århundreder har været umulig at føre uden en eller anden grad af national konsensus, jf. Brown (1992) s. 27. Herefter går det mere eller mindre slag i slag: Portugal, Spanien, Frankrig, England, Rusland, Holland, Storbritanien, USA, Japan, Tyskland, se Modelski (1987) s. 147. I forlængelse heraf ligger det nært, dels at anlægge en isoleret forståelse af nationalstatens opblomstring i kraft af den gensidige kontakt med krig, dels at føre sammenhængen mellem krigslykke og nationalstat videre i et evolutions-perspektiv og forklare denne statsforms dominans i de sidste århundreder ved, at »They functioned better in global competitions and had a better survival rate in wars«, Modelski (1987) s. 150. Men denne forlængelse forklarer ikke med andet end miraklets (tilfældets) metaforer, hvorfor de første nationalstater dukker op, og hvorfor der alligevel går århundreder mellem det portugisisk-spanske herredømme i det 15. århundrede og nationalstatens almindelige udbredelse omkring det 19. århundredes begyndelse. Se også Tilly (1992) s. 1 med to forklaringsvariable i »coercion« og »capital«, hvoraf den første dog ækvivalerer statsbegrebet i sig selv.

Den kopernikanske vending kan sammenlignes med suverænitetsbegrebets sækularisering omkring Bodin, hvor sækulariseringen så er begrebets første og den kopernikanske vending begrebets anden bevægelse. I bund og grund er det så som så med de to bevægelser selvstændighed, idet de to bevægelser i hovedsagen flyder sammen. Den kopernikanske vending er resultat af en større og stadig sækulariseringsbevægelse, i hvilken også suverænitetsbegrebets (såkaldte) sækularisering omkring Bodin tager del. Forud for nationalstaten går andre typer af stater, som alle er af langt svagere statur, og som derfor på et eller andet niveau har søgt eller er blevet parret med et gudeligt supplement. Omkring Bodin udråbes den verdslige suveræn med sikker stemmeføring, men først gennem de efterfølgende århundreder når staten et sådant omfang og bliver så bredtfaavnende, at det gudelige supplement endegyldigt er blevet verdsligt dækket ind gennem afslutningen på den større sækulariseringsbevægelse, samh. *Grundlinien* § 270. Først som nationalstat kan staten stå alene, og er der nogen gud tilbage i politisk filosofi, så er det – staten, som hos Hegel. I en vis forstand er nationalstaten et trosfællesskab og sækulariseringen derfor en troens regionalisering. Illustrativ er den rolle, som Rousseau tiltænkte religionen, jf. kap. IV, 5, samt den relative naturrets cementering med Montesquieu, samh. kap. IV, 1. Båndet mellem person og nation (stat) formaliseres i det 19. århundrede i nationalitetsbegreber, jf. Jones (1956) s. 1. For så vidt er det konsekvent, når Hinsley først fikserer suverænitetsbegrebets endegyldige antagelse til slutningen af det 18. århundrede, jf. Hinsley (1967) s. 153 og Hinsley (1986) fx s. 204f., men igen – den ugudelige tilgang til suverænitetsbegrebet er fejlgrebet, jf. kap. III, 1.

Herefter kan nationalstaten – i den vestlige civilisation – ses som kristendommens (religionens) negativ og dens opgang læses i kristendommens nedgang. Den bagvedstyrende faktor er ikke alene krig og krigslykke. Der er tale om et langt bredere skift inden for alskens livsområder, som virker i en stadig synergi, og som kaster vilkårlighedens skygger over forsøg på udfindelse af årsagen. »A state exists chiefly in the hearts and minds of its people«, Strayer (1970) s. 5. En nærmere, adækvat årsagsfiksering er selvsagt ikke lige til, og måske i al væsentlighed hindret af den muligvis inadækvate antagelse af, at skiftet til nationalstat overhovedet nogenlunde er at fikse og derfor interessant at bakke op med årsager. Hvorom alting burde være, så ændres statens position mere eller mindre glidende, og det historiske skred projiceres ind i suverænitetsbegrebets bevægelse fra gud, til konge og videre til stat, saml. Walker (1988) s. 9f. og Bartelson (1993) s. 29 og 37 – »Mellan suveränitetsföreställningen och det faktiska oberoendet har således en ständig växelverkan ägt rum; suveränitetsföreställningen har gett staten stöd i dess kamp mot konkurrerande maktfaktorer, och statens allt mäktigare ställning har i sin tur befast föreställningen om dess suveränitet«, Jansson (1950) s. 291; se også *Decay* s. 44. Den kopernikanske bevægelse ender i nationalstaten, som gives et markant og makabert udtryk i den franske revolution, der også i sin katalog over frihedsrettigheder befordrede den endelige integration af stat i nation; »der Staat, als Geist eines Volkes«, *Grundlinien* § 274. Tilsvarende bør de spirende demokratier ses i dette lys. I forbindelse med den franske revolution blev folkets

(nationens) suverænitet er slagord, jf. Grewe (1984) s. 487ff., og den kopernikanske bevægelse finder endelig hvile i traktat-komplekset omkring napoleonskrigernes afslutning:

»L'empereur Napoléon renonce pour lui, ses successeurs et descendants ainsi que pour chacun des membres de sa famille, à tout droit de souveraineté et de domination, tant sur l'empire français et le royaume d'Italie que sur tout autre pays«; »L'île d'Elbe, adoptée par S. M. l'Empereur Napoléon pour le lieu de son séjour, formera, s'avie durant, une principauté séparée, qui sera possédée par lui en toute souveraineté et propriété«, Traité concernant l'abdication de Napoléon Ier, Paris, le 27 avril 1814, art. I og III.

»Le Royaume de France conserve l'intégrité de ses limites, telles qu'elles existoient à l'époque du 1 janvier 1792. Il recevra en outre une augmentation de territoire, comprise dans la ligne de démarcation fixée par l'article suivant«; »La Hollande, placée sous la souveraineté de la maison d'Orange, recevra un accroissement de territoire. Le titre et l'exercice de la souveraineté n'y pourront dans aucun cas appartenir à aucun Prince portant ou appelé à porter une couronne étrangère. Les Etats de l'Allemagne seront indépendants et unis par un lieu fédératif. La Suisse indépendante continuera de se gouverner par elle-même. L'Italie, hors des limites des pays qui reviendront à l'Autriche, sera composée d'Etats souverains«, Traité de paix entre la Prusse et la France du 30 mai 1814, art. II og VI.

I disse traktater fikses endnu engang magtbalancens princip, »un juste équilibre en Europe«, hvortil kom Wiener-traktatens fastlæggelse af næsten alle Europas grænser – ikke efter fordums idé om naturlige grænser, samh. kap. III, 3, men efter et nationalitetsprincip afpasset »historische und kulturelle, wirtschaftspolitische und strategische Gesichtspunkte«, Grewe (1984) s. 502 og 377f. På samme tid, i det 19. århundrede, manifesterer et begreb om territorialhøjhed sig endeligt, jf. Grewe (1984) s. 89ff. og 381. Så derfor: »Puisque la moindre usurpation sur le territoire d'autrui est une injustice; pour éviter d'y tomber, & pour éloigner tout sujet de discorde, toute occasion de querelle, on doit marquer avec clarté & précision les limites des Territoires«, *Droit des Gens* II, vii, § 92.

En stat kan som stat kun gennemgå det 19. århundredes industrialisering og samtidige specialisering, såfremt staten til stadighed bindes sammen af faktorer – som dem, nationalstaten huser i et folk med fælles kultur, selvforståelse og statsloyalitet, se også Strayer (1970) s. 9 om loyalitetsskift fra familie, lokalsamfund eller trossamfund til stat som »the final, most important, and most nebulous of our tests«. Denne loyalitet, dette trosfællesskab kan svinge mellem patriotisme og nationalisme. I Hegels filosofi er trækker entydigt mod nationalismen. Samtidig er det i dette 19. århundrede, at teorien om monisme med statsprimat slår igennem, dvs. den tanke, at staten er suveræn og selv herre over også sine folkeretlige forpligtelser. Tanken modificeres en kende frem mod århundredets slutning, men folkeretten er stadig på det tidspunkt stærkt decentraliseret, hvilket fx slår ud i en doktrin om (gamle) folkeretssubjekters anerkendelse af nye subjekter (stater), se Crawford (1976/7) s. 95f. Og naturligvis – når folket samles om det nationalromantiske bål og udsynger hjertets fædrelandssange, er der intet mærkværdigt, endsize paradoksalt i, at samme nationalstat for alt i verden søger at værne egen uafhængighed og suverænitet. Samh. Brown (1992) s. 26.

Det 19. århundredes sammenhæng mellem suverænitet og nationalisme genfindes i indeværende århundrede i ikke mindst Sovjetunionens forhold til suverænitetsbegrebet.

Et stykke op i 1920'erne var en forskrækkelig overraskelse for den marxistisk-leninistisk ideologi blevet en uomgængelig realitet for bolsjevikkerne: revolutionen gennembrød ikke lige med det samme Ruslands (Sovjetunionens) grænser. Domino-effekten udeblev. Den bebudede verdensrevolution skulle have begravet først nationalstaters suverænitet og siden staten selv sammen med det øvrige bourgeoisie. I stedet blev Sovjetunionen mellemkrigstidens eneste socialistiske samfund. Marx' og Engels skrifter gav ingen vejledning, heller ikke i det grundlag for internationale relationer, som den nye stat ad åre fik behov for. Op gennem 1920'erne fastholdt marxismen-leninismen afvisningen af suverænitetsbegrebet. Men samtidig kunne en opblødning spores. Og suverænitetsbegrebet blev endeligt accepteret i midten af 1930'erne, dvs. nogenlunde samtidig med USSR's optagelse i Folkeforbundet i 1934.

Ansættelse af suverænitetsbegrebet som endog et kardinalpunkt i det isolerede Sovjetunionens udenrigspolitik kan ikke mindst ses i sammenhæng med Sovjetunionens eget behov for at forsvare sin eksistensberettigelse mod den begærlige imperialisme; måske særligt mod den gryende aggressivitet i Tyskland og Japan. Men hertil kom, at suverænitet var egnet som både slagord for og invitation til andre undertrykte stater i navnlig Afrika og Asien til deltagelse i kampen mod imperialisme og for verdensrevolution. Samtidig bør det heller ikke overses, at Sovjetunionen fra tid til anden blev stillet over for nationalistiske krav fra forbundsstatens vældige flor af etniske grupperinger fordelt på mere end hundrede forskellige sprog, og at anerkendelse af de enkelte delstaters suverænitet i den sammenhæng har sigtet mod større stabilitet (senere fredelig sameksistens). At delstaternes selvstyre så altid reelt var stærkt begrænset, og at Stalin søgte dette forhold tildækket med sovjetisk nationalisme, var en anden sag. Det afgørende er, at Sovjetunionen med suverænitetsbegrebets ansættelse greb nationalismen, angreb imperialistiske rygter om nationalstatens bortgang og i øvrigt søgte at værne om egen magtfuldkommenhed ved afvisning af supranationale organisationer.

Suverænitetsbegrebets ansættelse i sovjetisk ideologi var som sagt ikke kun udtryk for et behov for beskyttelse af egen eksistens gennem interventionsforbud, men også for at give den videre verdensrevolution et slagord til at besmykke nye revolutionære skridt med. Ansættelsen var mest af alt implantering af den marxistisk-leninistiske kerne-ideologi i en ny, tvungen kontekst. Suverænitetsbegrebet blev til overflod også ideologisk lastet. Så selvom begrebets kaldenavn stadig var imperialistisk, så var målet dog at smide imperialismens begrebsindhold ud og erstatte det med egen lære. Ligesom begrebet demokrati (Jalta-mødet) fik også suverænitetsbegrebet forskelligt indhold i øst og i vest.

Den sovjetiske udlægning af suverænitetsbegrebet tog sig ud som et skisma mellem marxistisk-leninistisk teori og ret, mellem den internationale socialismes vertikale lydighedsdogmer og horisontal, gensidig statsrespekt, mellem hegonomiske ønsker og autonomiens slagord. Skismaet blottægges, når det mere eller mindre bastant fra sovjetisk side blev hævdet, at alene socialistiske stater kunne besidde ægte suverænitet. I imperialistiske stater var suverænitet blot et dække for klasseudbytning og naturlig aggression. Suverænitetsbegrebet blev bundet til det marxistisk-leninistiske ordforråd gennem symbiose-krav om uafhængighed og proletariats diktatur. En eksternt sondring gik således mellem afhængighed og uafhængighed forstået som statens underkastelse eller mangel på samme for den kapitalistiske verden. Alene de socialistiske stater var i sagens natur uafhængige, mens kun de mægtigste kapitalistiske stater kunne bryste sig af det samme. Hertil kom en intern sondring mellem bourgeoisiets og proletariats diktatur, hvor ægte suverænitet – folkets frihed for underkastelse – forudsætter det sidste. Ingen kapitalistisk stat kunne herefter være suveræn i ordets egentlige forstand; disse såkaldt suveræne stater måtte ligge under for uundgåelige revolutionære indgreb i deres (såkaldte) suverænitet, som var nødvendige for at dæmpe op for deres reaktionære aggressivitet – som i bund og grund også voldtog folkerettens globale principper. Kun de socialistiske stater var foruden undertrykkelse i både eksterne og interne forhold. Se hertil Jones (1990) s. 10f., 20ff. og 87ff. Det er i lyset af denne udformning af suverænitetsbegrebet, at det skal ses, at den oprindelige sovjetiske afvisning af staters suverænitet siden blev tabu.

Gennem det 19. århundrede skærpede de europæiske stormagter deres engagement på andre kontinenter. USA reagerede allerede i 1820'erne med den såkaldte »Monroe-doktrin«, vendt mod Storbritanniens intervention i amerikanske forhold, særligt det da afkoloniariserede Latinamerika. Samh. Folkeforbundspagtens art. 21. I 1830'erne søgte englænderne på New Zealand at overtale stammehøvdingen til at forene sig i »The United Tribes of New Zealand«, se Hinsley (1986) s. 206. I sidste halvdel af det 19. århundrede indledtes en kolonisering af Afrika. Og mens stormagterne i selve Europa omkring århundredeskiftet omgik hinanden uden krige, indtraf flere krige i de afrikanske kolonier. Disse fjerne krige kom til at tage sig ud som opvarmning til udbruddet af første verdenskrig i 1914. Nationalstater kom i krig, nationalismens krig: »It was as if ... the unconscious boredom of peace over so many unbroken years had stored up in the nations a terrific potential, which only waited for an accident to touch it off. Far from being innocents led to the slaughter, the peoples of Europe led their leaders. Ministers of Tsar, Kaiser, King, and President watched the press and streets during these demented days and fell victim to the hysteria as helplessly as any of the nameless multitudes about them. It was as if some historic fatality, expressing itself in a sort of elemental mass passion, for a moment had suspended all the normal processes of humanity«, Chambers mfl. (1950) s. 16. Allerede i det 19. århundrede var der givet en forsmag på, hvilke konsekvenser det har, når nationen – endeligt – går i krig. Netop fordi det er nationens krig, skulle det vise sig, at krigen ofte blev drevet til modstanderens endelige nederlag, jf. Brown (1992) s. 76.

2. *»In order to promote international co-operation and to achieve international peace and security by the acceptance of obligations not to resort to war, by the prescription of open, just and honorable relations between nations, by the firm establishment of the understandings of international law as the actual rule of conduct among governments, and by the maintenance of justice and a scrupulous respect for all treaty obligations in the dealings of organized peoples with one another, the High Contracting Parties agree to this Covenant of the League of Nations«, Præamblen til Folkeforbundspagten*

Første verdenskrig fandt sin (formelle) afslutning i Versailles-traktaten i 1919. Krigens rædsler motiverede til brud med nationalismen. Som led i dette forsøg på nybrud opstod Folkeforbundet samme år. Selvom folkeretten på det tidspunkt i mere end hundrede år havde haft udsyn til andre verdensdele end den europæiske og udvidet sine normspekter fra europæiske, kristne stater til civiliserede stater, var Folkeforbundet primært en europæisk organisation domineret af England og Frankrig. Om end Folkeforbundet blev oprettet på initiativ af præsident Wilson, blev USA aldrig medlem. Japan så sig nødsaget til at forlade forbundet efter angreb i Manchuriet i 1931, mens USSR blev et årvågent medlem i 1934.

I de første år af indeværende århundrede havde udvidelsen af staters suverænitet til også territorialfarvandet vundet endelig respekt, se om den hidsige diskussion O'Connell (1982) I bla. s. 64ff. Nu kom reaktionen mod nationalisme som en spredt neddysning af staternes suverænitet, samh. Hinsley (1986) s. 210. »Schränken der einzelstaatlichen Souveränität ergaben sich aus Sachzwängen, denen keine Nation entgehen konnte«, Grewe (1984) s. 685. Suverænitet over territorialfarvand fandt sig i 1930 en meget blød formulering, jf. O'Connell (1982) I s. 77, samh. s. 82f. Det er i mellemkrigstiden, at tesen om folkerettens primat over de interne retssystemer i form af monisme med folkeretsprimat slår igennem, se fx den bevægende afslutning i *Das Problem* s. 317ff. I samme sags tjeneste bemærkede Verdross sig: »Diese Erörterungen werden vielleicht zu einer Zeit müßig erscheinen, da die durch den Weltkrieg ausgelöste Kulturkatastrophe noch nicht gebannt ist, die zuerst die Welt in zwei feindliche Heerlager gespalten, dann aber auch Kräfte entbunden hat, die nicht nur innerhalb der Staaten auf eine radikale Erneuerung gerichtet sind, sondern auch auf eine revolutionäre Ummodlung der alten internationalen Ordnung hinzielen«, *Einheit* s. ix. En anden skelsættende begivenhed fjernt fra slagmarkerne er Briand-Kellogg pagten fra 1928, hvormed stater for første gang i historien gav afkald på krigsførelse. Se også Sukiennicki (1927) s. 128.

Folkeforbundet lagde sig i en vis grad på denne linie. I sig selv var forbundet ikke vendt direkte mod staters suverænitet, samh. eksempelvis art. 10: »The Members of the League undertake to respect and preserve as against external aggression the territorial integrity and existing political independence of all Members of the League«. Se også art. 15, stk. 8 og herom kap. XII, 1. Men formålet var dog undertrykkelse eller begrænsning af staternes suverænitet med eksterne midler. I andre ord et forsøg på at skabe en modvægt til de seneste århundreders entydige styrkelse af nationalstaterne. Se også Hinsley (1986) s. 211.

Folkeforbundet kunne ikke i 1930'erne leve op til idealerne. Det var magtesløst over for aggressioner fra Japan, Italien, Tyskland og USSR. I stedet befordrede den samtidige depression nationalismens genkomst. Efter 1939, hvor anden verdenskrig brød ud, mødtes Folkeforbundets organer ikke mere. I 1946 opløstes Folkeforbundet. Måske var det gået anderledes, hvis man i tide havde lyttet til Hinsley: »The message involved in the emergence of that doctrine [of sovereignty] ... was that the separate community and its sovereign state, which had the deepest roots in the past, would also have the deepest relevance long into the future, and the elimination of international disorder would only come, if it ever came, through an increase in the caution, the wisdom and the responsibility of the separate communities and states«, Hinsley (1986) s. 212.

3. »The purposes of the United Nations are: (1) To maintain international peace and security ...; (2) to develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, and to take other appropriate measures to strengthen universal peace; (3) to achieve international co-operation in solving international problems ...; (4) to be a centre for harmonizing the actions of nations in the attainment of the common ends«, FN Pagten art. 1

Af flere grunde skete der ikke samme nedtoning af suverænitetsbegrebet efter anden som efter første verdenskrig. Nationalstaten var ikke i samme omfang stækket, jf. Milward (1993) s. 4f. Ansvar for krigsudbruddet kunne fikseres temmeligt entydigt, og netop suverænitetsbegrebet kunne tjene til afstandtagen fra det tredje riges overherredømme, jf. Grewe (1984) s. 755 – en afstand, som havde ulmet i alle fem-seks år. Dertil kom, at afkoloniseringen med suverænitet som slagord tog fart efter anden verdenskrig – støttet af den ene supermagt, USA; se generalforsamlingens resolution 1514 (XV). Samtidig havde den anden supermagt, USSR, fortsat stærke interesser i at hævde suveræniteter som værn om sin fremgangsrigtige socialisme. Se også Brierly (1958) s. 355, Jones (1979) s. 15.

Efter anden verdenskrig var USSR's omgang med suverænitetsbegrebet i øvrigt mere konsekvent. I mellemkrigstiden blev øjeblikkets opportunistiske, realpolitiske balancegang knyttet til begrebet, således at USSR i hvert fald ikke udtrykkeligt havde nogen »'pure' doctrine of sovereignty« i mellemkrigstiden, jf. Jones (1990) s. 31. Men allerede fra midten af 1930'erne bliver tilgangen mindre svingende. Det bør også ses i sammenhæng med, at de røde kommandotråde ikke fandt deres vigtigste veje gennem de statslige kanaler. Frem for alt var – og blev efter anden verdenskrig – det internationale hierarki af kommunistiske partier afgørende. Ruslands kommunistiske parti var suverænitets ukrøede konge. Og gennem aflæggere af ikke mindst »touchstone-doktrinen« lydhedstvang fordredes broderpartiernes loyalitet, særligt af efterkrigstidens regerende partier i Østeuropa, samh. Jones (1990) s. 110f. Af den grund kunne Sovjetunionen også forholdsvis smertefrit tilgive delstaterne national selvbestemmelse. Denne ret ville nemlig være underordnet de regerende nationale kommunistpartiers lydhedspligt over for det russiske moderparti. Samme forhold gjorde sig gældende med hensyn til anerkendelse af delstaternes suverænitet. Jf. Jones (1990) s. 39ff. og 48ff. om 1944-amendments til den sovjetiske forfatning. Men den særlige, sovjetiske forståelse af suverænitetsbegrebet vendt mod imperialismen blev bevaret og fandt i 1968 sit udtryk i »Bresnjev-doktrinen«.

Sammenlignes FN Pagten med Folkeforbundspagten, eksempelvis allerede førstnævntes art. 1 med sidstnævntes præambel, kan det da også anes, at den moralske forargelse over suverænitetsbegrebet ikke i 1945 antog samme omfang som i 1919. På den anden side har Sikkerhedsrådet større (formelle) beføjelser, end noget organ under Folkeforbundet havde – uanset at veto retten blev et »Kompromiß zwischen Weltorganisation und Staatssouveränität«, Grewe (1984) s. 756. Men dette skal dels ses i sammenhæng med, at FN trods alt favnede langt flere stater end Folkeforbundet, og dels, at fx Briand-Kellogg pagtens forbud mod magtanvendelse nu blev inkorporeret i selve FN pagten, jf. art. 2, stk. 4.

Den kolde krig og bipolarisering verden over åbnede op for forskellige typer af samarbejde og i øvrigt en bredere forståelse for, at nationalstaterne ikke står ale-

ne, men – i et eller andet omfang – sammen. De europæiske fællesskaber og den heri indeholdte afgivelse af (såkaldt) suverænitet, samh. kap. VIII, 5, kan ses som eksempel herpå. Tilsvarende muligvis med beslutningsproceduren i NATO i tilfælde af varm krig. I alle tilfælde har omgangen med suverænitetsbegrebet også efter anden verdenskrig været mere behersket end i det 19. århundrede, hvor positivismen fejrede store triumfer. Således tages der i almindelighed afstand fra, at suverænitetsbegrebet skulle kunne gennembryde folkeretlige forpligtelser. Se også Lauterpacht (1970) 1 s. 443.

Afslutningen på den kolde krig i slutningen af 1980'erne og dermed på to supermagters aldrig helt fuldendte forsøg på refleksions-hegemoni over store dele af den ganske verden indkapslet i nervøsitets domino-teorier slog ud i et optimistisk nybrud og tro på den kolde krig som kun en midlertidig abnormitet. Men den nye verdensorden, Pax Americana, som fulgte også USSR's fald, har ladet vende på sig, jf. Brown (1992) s. 23f. I stedet er der i særligt de østligere dele af Europa igen blevet rum for nationalistiske strømninger og udløsning af de aggressioner, som i hvert fald blev dysset ned under den kolde krig. En modsætning til denne fragmentariske, sønderspiltende tendens rummes (stadig) i det supranationale EF/EU. Men også dette samarbejde har – igen – sine vanskeligheder. Også her anes de nationalistiske tendenser, som fuldendte den kopernikanske vending for flere hundrede år siden, og som stadig i dag hævder staten (nationen) som det højeste, som det suveræne – i takt med en stadig tættere integration af (vel-færds)stat i nation. Stridighederne i navnlig Europa går i retten til selvbestemmelse, selvstændighed, uafhængighed, dvs. i et eller andet omfang i retten til at tegne en egen stat. Det har i nyere tid oftest affødt splittelse, men genforeningen af Tyskland er båret af samme tendens. (National)Staten er stadig suverænitet; statsegoisme antages stadig at være enevældigt, realistisk omdrejningspunkt for tydning af verdenspolitik. Se også Milward mfl. (1993) s. 12, 19ff., 182, 190ff. og 201 og Scott (1994) s. 325, samh. *Decay* s. 113.

KAPITEL VII

INKONGRUENSPROBLEMET

1. »a formidable difficulty for international law«, Brierly (1963) s. 16

»Die diskursiven Tendenzen des Souveränitätsgedankens führten im französischen Zeitalter zu einer schweren Krise der völkerrechtlichen Grundkonzeption und des Bewußtseins von der Verbindlichkeit der völkerrechtlichen Ordnung. Ihren schärfsten und zugespitztesten Ausdruck fand diese Krise in der Theorie des Thomas Hobbes – jenes Staatsphilosophen also, der als der klassische Repräsentant des geschlossenen und durchgebildeten absolutistischen Machtstaates gilt. ... Aus diesen Voraussetzungen ergibt sich zugleich mit unabweisbarer Logik, daß es zwischen den Staaten eine Rechtsordnung im eigentlichen Sinne nicht geben kann«, Grewe (1984) s. 408f.

Grewe's vurdering er logisk i sin almindelighed – suverænitet (frihed) er per definition uforenelig med pligtsubjektivitet (tvang), jf. kap. I, 2 og IV, 7. Hævdelse af statens suverænitet er inkongruent med normer, som foreskriver statens pligtsubjektivitet. Suverænitet er inkongruent med folkeret – *inkongruensproblemet*, »Das Problem der Souveränität«, *Das Problem* s. 103 – »a radical inconsistency, said or felt to exist, in the conception of a state which is at once sovereign and subject to law«, Hart (1961) s. 215. Det var inkongruensproblemet, som fik Bodin og Hobbes til at løfte suverænen over lovenes arme, samh. kap. IV, 1 og 3. Og som (sagt) fik Hobbes og hans efterfølgere til at lade folkeretten favne af den naturret, som under alle omstændigheder gjaldt for suverænen, og som derfor ikke angreb, men tværtom (negativt) definerede suveræniteten, jf. kap. IV, 8.

På sin vis er det upræcist at hævde, at suverænitetsbegrebet er født uden mellemstatsligt udsyn, saml. Brierly (1958) s. 21 og 30ff., *Decay* s. 6 – fordi inkongruensproblemet i hvert fald historisk rettere falder sammen med naturrettens tilbagetog end med folkerettens fremtog, samh. kap. IV, 2 og XVI, 2. Da Vattel i midten af det 18. århundrede fremstillede folkeretten i sin håndbog som et system delvist sui generis i form af »Droit des Gens Volontaire«, kastes et princip om staternes suveræne lighed ud over inkongruensproblemet som forsøgende dække, jf. Hinsley (1986) s. 195; se kap. XVI, 3. Dette dække kunne imidlertid ikke bære til det positivistiske skred i retsvidenskaben i det 19. århundrede, samh. *Decay* s. 1. Inkongruensproblemet undgår herefter ikke moderne folkeret. »Enten må man gøre alvor af, at staten kun er bundet af sin egen vilje; men i så fald foreligger ingen virkelig forbundethed, ingen virkelig folkeret. Eller også må man gøre alvor af den folkeretlige forpligtelse; men i så fald er staten bundet ved andet end sin egen vilje og denne er da ikke 'absolut suveræn'«, *Lærebog* s. 44f. og tilsva-

rende fx *Structure* s. 211; »løsning af de truende globale problemer kræver et vidt udbygget internationalt samarbejde, der forudsætter nedtoning eller ligefrem opgivelse af den traditionelle suverænitetsdoktrin«, *Rigsfællesskabet* s. 295 og tilsvarende *Das Problem* s. 320, *Decay* s. 6 om »such international ills« samt Henkin (1989) s. 24f., Charney (1993) s. 529f.

Se også fra mere politisk orienteret litteratur Hinsley (1986) s. 13, Walker (1988) s. 22f. og Bartelson (1993) s. 14: »the concept seems to connote two contradictory ideas simultaneously«, hvorfra der – naturligvis – slutes til »the reification of sovereignty« og videre endnu til redning ved dekonstruktion, Bartelson (1993) s. 16.

I forrige århundrede fandt inkongruensproblemet hos eksempelvis (Kant og) Hegel sin løsen i folkerettens opgivelse, jf. kap. V, 2 og 3, hvilket mere eller mindre skjult går igen i også Jellineks »Selbstverpflichtungstheorie«, herom kap. XI, 2. Verdross refererer i sammenhængen til »der 'souveräne Staatswille' zum Zentraldogma der modernen Völkerrechtswissenschaft«, *Einheit* s. 6. Omvendt løses problemet i det 20. århundrede almindeligvis med »nedtoning eller ligefrem opgivelse« af suverænitetsbegrebet som blot fordums forrykte modefloskel, samh. Crawford (1979) s. 32 samt citatet umiddelbart ovenfor fra *Lærebog* s. 45. Brudet med Jellinek i 1899 i Triepels »Vereinbarungstheorie« er illustrativt, se hertil kap. XI, 2 samt Pennington (1993) s. 120f.

»One of the most striking features of modern political and juristic theory has been the many-sided attack which has taken place upon sovereignty. We have already seen how the conception of an absolute and irresponsible national sovereignty has thwarted any true organic growth of the League of Nations as an international administrative body. Such a conclusion, therefore, leads logically to a consideration of the necessity for the preservation of such a concept«, Keeton (1939) s. 140.

Den skarpe modstilling, suverænitet contra folkeret, genfindes i monisme med statsprimat contra monisme med folkeretsprimat, jf. afsnit 2 nedenfor. Ingen blødere middelvej antages: »It is not sufficient for us to answer that question by pointing out that we must choose between denying the existence of sovereign states or denying the obligatory character of international law. The dilemma is a true one, but there are many who would accept the second horn of it«, Brierly (1958) s. 43; »Or, il semble que tous les essais afin de concilier la notion d'un droit international avec la notion intacte de la souveraineté des Etats peuvent être assimilés à des tentatives de solution de la quadrature du cercle«, Sukiennicki (1927) s. 55. *Enten suverænitet eller folkeret!*

En genkomst af det normfjendtlige, fragmentariske udsyn fra forrige århundrede kan i et eller andet omfang spores i den kritiske, (post)moderne teoriretning inden for »folkeretten«. Samh. til eksempel Carty (1991) s. 73, 99ff. og allerede s. 67f. om »a mature anarchy in international relations«, der kalder på »scholarly work of legal translation«. I Cartys hidtidige hovedværk, »The Decay of International Law?« fra 1986, er »nationalism«, et andet ord for suverænitet, det centrale begreb, jf. allerede *Decay* s. 2, samh. s. 37 med antydninger af inkongruenspro-

blemet. »Sovereign autonomy« er et nogenlunde tilsvarende omdrejningspunkt for Kennedys forståelse af folkeretten i »International Legal Structures« fra 1987, en afhandling som siden har været stærkt medvirkende til skolens dannelse, jf. afsnit 3 nedenfor samt for en kritisk analyse, blandt andet kap. IX, 5 og XII, 3. Se også Kennedy (1980) s. 361 om »a fundamental confusion about the relationship between states and the nature of sovereignty«. Alt imens søger (også) en retning inden for politisk teori at dekonstruere sig ud af ruinen: »As I have tried to demonstrate, the incommensurability between the two concepts of sovereignty contrasted above is parasitic upon an essentially ontological tension«, Bartelson (1993) s. 39.

Afvisningen af suverænitetsbegrebet i indeværende århundrede har tilsyneladende afstedkommet et behov i de enkelte fagvidenskaber for at vaske hænder. Jurister hævder således, at suveræniteten egentlig er et politisk-filosofisk begreb, fx Brierly (1958) s. 20 og 30f., Waldock (1962) s. 156, Oppenheim (1992) s. 125. Og altimens anlægger politologer den omvendte synsvinkel, fx Hinsley (1986) s. 221 og Walker (1988) s. 6. Hertil svarer de to udviklingslinier, som kan findes i suverænitetsbegrebets historie, jf. kap. IV, 2. Men i et vist omfang er historien alene todelt på overfladen. Sandheden er, at ingen af standpunkterne fuldt ud kan holde tæt, allerede fordi suverænitetsbegrebets verdslige krybe er gjort af materiale fra en periode, hvor opdelingen mellem jura og politik-filosofi ikke var helt så skarp, og hvor der naturligvis også var gensidig inspiration. Saml. Ræstad (1936) s. 6, Bartelson (1993) s. 13 og 27. Se også Sukiennicki (1927) s. 228f.

Som indledning til den videre diskussion af inkongruensproblemet står et par supplerende betragtninger sig vel. Til suverænitetsbegrebet knyttes antagelsen om et omnipotent organ, hvorfra al kompetence til retsfastsættelse flyder, samh. *Das Problem* s. 50f., *Einheit* s. 31ff. Et organ, som er bærer af en materielt ubegrænset kompetence. En (folkeretlig) pligtenorm, der foreskriver en særlig anvendelse af denne materielle kompetence, er at betragte som en forholdsnorm. Argumentet bag inkongruensproblemet er derfor (analogt til det), at forholdsnormen materielt indskrænker udnyttelsen af en generel kompetencenorm, dvs. en lex specialis-udgang på (norm)modsigelse. Folkeretlig regulering indskrænker statens materielle kompetence til retsskabelse og berøver dermed staten status som omnipotent og som (absolut) suveræn.

Argumentet har sine forudsætninger.

Til illustration kan det fremhæves, at den danske grundlovs § 3 (nu) fortolkes således, at den indeholder en materielt ubegrænset hjemmel for lovgivningsmagten. Forfatningsretligt har lovgivningsmagten kompetence til givelse af en hvilken som helst lov, når blot den ikke strider mod andre bestemmelser i grundloven. Det er intet krav, at lovene er generelle, endsige at de alene regulerer frihed & ejendom. Intet i dansk forfatningsret hindrer lovhjemmel for dødsstraf. Alligevel vil dødsstraf kunne være moralsk forkastelig. Måske findes der endog moralske normer, som vender sig mod dødsstraf som almindelig regel. Men en sådan moralnorm indskrænker ikke lovgivningsmagtens kompetence – i retlig forstand.

Om grundlovens § 3, se fx Spiermann (1992) s. 505ff.

Pointen er, at forholdsnormen alene indskrænker kompetencenormen, for så vidt normerne tilhører samme normsystem. Det traditionelle argument om inkongruens mellem statslig suverænitet og folkeretlig regulering og i forlængelse heraf anfægtelse af suverænitetsbegrebets relevans i folkeretten forudsætter derfor enten, at der ved suverænitet forstås suverænitet i folkeretten, eller, at der nok forstås intern suverænitet, men at det så samtidig antages, at intern ret og folkeret tilhører samme normsystem. En sådan, sidste opfattelse kan kaldes »monistisk«.

Det skal allerede her bemærkes, at ekstern suverænitet ikke kan være et sådant folkerettens suverænitetsbegreb, som dualismen måtte fordrer. Ekstern suverænitet fortæller blot, at staten er suveræn uden for folkeretten – ikke i folkeretten, jf. Bleckmann (1982) s. 192 og 236ff., der sammenfatter en såkaldt »Souveränitätstheorie« i sætningen: »Die Staaten könnten damit alles tun, was sie wollen, wenn das Handeln vom Völkerrecht nur nicht verboten ist«. Samh. kap. IX, 2. Ekstern suverænitet og i forlængelse heraf betegnelser af denne som fx »vr. Souveränität« er netop udtryk for, at suverænitetsbegrebet tænkes reserveret til intern ret, se hertil Verdross & Simma (1984) s. 28f., Oppenheim (1992) s. 125 og endvidere *Structure* s. 197, note 17 med yderligere henvisninger, saml. eksempelvis Kooijmans (1964) s. 141. Det betyder i princippet, at Bartelsons dekonstruktionsforsøg fra starten er suspækt, samh. Bartelson (1993) allerede s. 26 om »the ontological incommensurability between external and internal sovereignty«; på den anden side driver Bartelson ikke retsvidenskab.

Om Alf Ross, se kap. I, 2 og 3.

2. Suverænitet mellem monisme og dualisme

Folkeretlig teori trækker på et eller andet niveau stadig en streg mellem monisme og dualisme. Monisme er opfattelsen af systematisk enhed mellem folkeret og intern ret, dualisme af selvstændighed for både det folkeretlige og det intern retlige normsystem. Se fx *Lærebog* s. 67. Monismen kan videre deles op i teorier, som giver folkeretten primat, og teorier, som giver intern ret (staten) primat. Det sidste kan kaldes pluralisme, idet flere selvstændige, internretlige systemer (kan) antages: dansk ret, svensk ret osv., saml. *Das Problem* særligt s. 152f. og 187ff. og herom nedenfor.

Til hver systemopfattelse antages almindeligvis at være knyttet implikationer til suverænitetsbegrebet. Monisme med statsprimat fører til folkerettens ophør som selvstændigt normsystem (blot »äußere Staatsrecht«) og kroner endvidere staterne med uindskrænket suverænitet, befrier dem fra pligtsubjektivitet. Omvendt fører monisme med folkeretsprimat til opløsning af de interne retssystemers selvstændighed og suverænitet. Dualismen værger om hvert retssystems selvstændighed og muliggør uindskrænket intern suverænitet. Inkongruensproblemet tvinger således monismen til forsagelse af selve problemets modstilling gennem opgivelse af enten folkeret eller suverænitet. Problemet er derimod kun relevant i dualismen for så vidt angår et folkerettens suverænitetbegreb – forskelligt fra intern og ekstern suverænitet. Samh. Bartelson (1993) s. 217, *Einheit* s. 15ff. og 31ff.

Om denne sammenhæng mellem systemopfattelse og suverænitæt kan henvises til de gentagne diskussioner i »Das Problem der Souveränität«. Hans Kelsen foretrak selv monisme med folkeretsprimat, jf. monografiens titel: »Das Problem der Souveränität«. Om de andre opfattelser har Kelsen (derfor) nogle delikate synspunkter. De er i hovedsagen grundlagt på »das Postulat der Einheit der Erkenntnis«, *Das Problem* allerede s. 105, jf. s. 98ff. Enhedserkendelsen kunne hos Kelsen også vekles til »Die Einheit der Ordnung«, som »ist das Grundaxiom aller normativen Erkenntnis«, *Das Problem* s. 111. Samh. *Einheit* bla. s. 47.

Hvad nu angår dualismen, bemærker Kelsen, at såvel intern ret som folkeret er »ret«. For den juridiske, den retlige erkendelse, for retssubjektets erkendelse, jf. *Das Problem* s. 14, tvinger enhedspostulatet derfor til dualismens opgivelse, *Das Problem* s. 121ff. Dette argument bærer de øvrige dualismefjendtlige udfald, *Das Problem* fx s. 131, 138, 145f. og 177. Tilsvarende levner det erkendelsesteoretiske postulat kun én stat suverænitæt ved antagelse af monisme med statsprimat. Kunne alle stater være ligestillede i deres suverænitæt som alle højeste systemer, ville enhed være brudt ned til flerhed og pluralisme – og erkendelsen ville vrangvende sig, se *Das Problem* s. 187ff. Saml. *Einheit* s. 129 og 169f. for en løsning via Stufenbau. I bund og grund matcher Kelsens erkendelsespostulat kun monisme med folkeretsprimat. For så vidt er det ikke uden ironi, at denne suverænitætsbegrebets erkendelsesteoretiske pendant netop tilsiger opgivelse af suverænitætsbegrebet i retsvidenskaben; se også kap. IV, 6. Og når postulatet nu ikke blot er et postulat, men også en elefant i både monistiske og dualistiske glashuse, er dets retsvidenskabelige eller retsfilosofiske valør måske en grundig overvejelse værd, saml. *Das Problem* s. 150.

Centralt for enhedserkendelsens gennemførelse for juristens (retssubjektets) åsyn er yderligere den semantiske kobling mellem intern ret og folkeret. Disse to retter må være én og samme – ellers er der intet hjem for enhedserkendelsens anvendelse i fejden mellem monisme og dualisme. Men hvorfor er intern ret og folkeret samme ret? Og hvorfor inkluderer denne ret ikke også naturret og middagsret? Disse spørgsmål kan kun besvares med – monisme med folkeretsprimat. For dualismen at se er koblingen mellem intern ret og folkeret en fejl. For monisme med statsprimat er det en koblingsfejl ikke at spalte intern ret i dansk ret, svensk ret osv., hvortil kommer, at Kelsen i denne sammenhæng pludselig suspenderer retssubjektet som enhedserkendelsens medium, samh. *Ret og retfærdighed* s. 43. Se også Raz (1979) s. 122ff., særligt s. 144. Alene for monisme med folkeretsprimat tager disse koblinger sig rette ud.

Også Verdross betjente sig af sådanne diskutabile koblinger. Dualismen reduceres til monisme med statsprimat, fordi folkeret skabes i staters samfund, og stater ene og alene er at forstå som interne retssystemer; folkeretten bunder altså i intern ret, jf. *Einheit* s. 52. Imidlertid overser Verdross, at stat i folkeretten ikke nødvendigvis er det samme som stat i intern ret, samh. *Einheit* s. 167 og tilsvarende i øvrigt *Decay* passim. For dualismen at se afføder denne overseelse en koblingsfejl; særligt om det folkeretlige statsbegreb, se kap. XII, 3. Om Verdross og monisme, se nedenfor.

Det er nu værd at bemærke sig, at Hans Kelsen fandt fiksering af (enheds)erkendelsens udgangspunkt og dermed valget mellem de to monistiske varianter, valget mellem folkeretsprimat og statsprimat, underlagt »Ethik–Politik«, *Das Problem* s. 317. Vilkårligheden blev altså delvist accepteret af Kelsen. Det kan Koskenniemi naturligvis ikke undlade at notere sig, *Structure* s. 28, note 90 og 192, note 1. Samtidig undlader Koskenniemi dog at mærke sig Kelsens forståelse af valgets betydning. I *Das Problem* s. 320, jf. s. 103 ses valget i et vist omfang som en pendant til den klassiske diskurs mellem positivisme og naturret, samh. kap. II, 1. Siden kom det klart frem, at retsvidenskaben »As a science ... remains totally indifferent towards both«, Kelsen (1969) s. 131. Saml. *Einheit* s. 76f. og 83ff., hvor Verdross er bragt på andre veje ad sit naturretlige stisystem.

Man kan nu forestille sig aktieselskaberne A og B. Begge selskaber har en række aktiver, heraf nogle aktiebeholdninger. Det ene selskab kan eje aktier i det andet. Det ene kan være moderselskab og det andet datterselskab, det ene helhed og det andet del. Det er ikke sikkert, at det forholder sig sådan. Men det er ikke uinteressant at finde ud af – for mange af de personer, som virker i og omkring selskaberne.

Kelsens synspunkt påstår en afgørende forskel på muligheder for relationer mellem selskaberne på den ene side og retssystemerne på den anden. Forskellen er dér: hverken folkeret eller intern ret gives mulighed for at eje aktier i det andet system – heller ikke i overført betydning. Monisme er (gjort til) tanken om, at »folkeretten og de forskellige nationale systemer *tilsammen* udgør en enhed, ét universelt retssystem«, *Lærebog* s. 67. Det er hverken folkeretten eller den interne ret, der tænkes som helhed. Alle systemerne er dele, kun summen af dem er helhed. Spørgsmålet går ikke i, hvorvidt det ene selskab er det andets moderselskab, men i, hvorvidt de forenes i et fælles tredje selskab på ulige vilkår. Monismen opløser ikke det ene system i det andet. Monismen forener dem til en helhed under det ene systems hegemoni. Dér vedbliver at være to forskellige systemer. Derfor – og kun derfor – er det korrekt, at fejden heller ikke er relevant for folkeretten som det ene system. Men derfor er det også ukorrekt at antage fejden relevant for retsfilosofien. Der er i bund og grund ingen fejde. Der er kun slet definerede luftspejlinger – som det skal uddybes nedenfor spejlinger i form af en gang dualismens tautologi og to gange monismens kontradiktion. Samh. *Lærebog* s. 72 om »det i virkeligheden retsfilosofiske spørgsmål«, Espersen (1970) s. 101 og Gulmann mfl. (1989) s. 97.

Sagt på anden vis, har fejden mellem monisme og dualisme ligget under for antagelse af to (typer af) retssystemer, folkeret og intern ret. Begge systemer er, som retssystemer, systemer af retsnormer. Det er trivielt – men fejdens fejlgreb er netop elementært. Et: spørgsmålet har ikke gået i, hvorvidt det ene systems retsnormer var indeholdt i det andet, som dermed ville have favnet alle retsnormer. »Is international law really law?«, er et spørgsmål, som på sin vis aldrig er blevet taget på ordene – uanset svaret ville (municipal) »law« være forskellig fra »international law«. Når Carty således noterer sig, at »International law is nothing more than the way that those who call themselves international lawyers look at international relations«, *Decay* s. 20f., så er det kritiske potentiale alene af retorisk kvalitet, eftersom »international lawyers« netop har greb om deres folkeretssystem og folkeretsnormer. To: fejden og spørgsmålet har ej heller gået i, hvorvidt det ene system var del af det andet. Spørgsmålet har været et tredje: hvorvidt kan det ene system kobles til det andet; hvorvidt baseres det ene blot på delegation fra det andet; hvorvidt afleder det ene system sin gyldighed af det andet? Se *Das Problem* særligt s. 104f., 152ff., 204ff. og 314ff. og Triepel (1899) s. 7: »Wenn wir nun von einem Verhältnisse zwischen Völker- und Landesrecht sprechen, so setzen wir etwas als gegeben voraus, was keineswegs ausser Streit steht, und was, wenn es nicht ausgefochten wird, doch leider nur zu oft unbeachtet bleibt: dass es ein Völkerrecht giebt, und dass dieses Recht etwas anderes ist als Landesrecht«.

Tilsvarende Verdross: »Es handelt sich also ... darum, welche Rechtsordnung als oberste, d. h. als souveräne Ordnung anzusprechen ist«, det handler om »das Grundproblem der Relation 'Völkerrecht – staatliches Recht'«, *Einheit* henholdsvis s. 11 og 46. Kelsen afviser dualisme med den begrundelse, at forskellige kilder for gyldighed ikke her kan tænkes: den fejdende monisme har gennem forsøg på fiksering af gyldighedens eneste kilde gjort brug af hierarkiets systematiseringsprincip – og det er da (rets)systemerne som selvstændige enheder, der er søgt systematiseret. Som enhedserkendelsens udgangspunkt taler Kelsen eksempelvis om »einen rein staatsrechtlichen Standpunkt« og »Standpunkt des Völkerrecht« og om »Standpunkte der Rechtsordnung eines bestimmten Staates«, *Das Problem* s. 149 og 193; »the international legal order is significant only as a part of a universal legal order which comprises also all the national legal orders«, Kelsen (1966) s. 553.

Monismen vælger, hvilket af to *selvstændige* normsystemer primaten skal tilsmile, mens det slet ikke står til diskussion, om ét af systemerne overhovedet har primat; der er tale om »a single hierarchic but unified legal system«, *Topics* s. 4. Når spørgsmålet er, hvorvidt A er over B eller B over A, så er et præliminært spørgsmål om A's og B's egenartethed eller selvstændighed konfirmeret. Og så er spørgsmålet om videre gyldighedsafledning – ikke mindst – retsvidenskabeligt uinteressant. I første række netop fordi det tilbagestående spørgsmål angår systemer som selvstændige enheder og ikke som systemer af normer. Det vil nemlig aldrig kunne være interessant, hvorvidt et system som sådant er gyldigt, men alene hvorvidt den enkelte norm er det, se fx *Ret og retfærdighed* s. 49 og herom *Retslæren* s. 202. Men fejden synes ikke desto mindre at forudsætte, at systemer og disses gyldighed er noget egenartet. Såfremt gyldigheden af et system af normer ikke var forskellig fra den kumulerede gyldighed af de enkelte normer, ville systemets egenartethed eller selvstændighed bortgå. Hvis systemets gyldighed blot forstås som gyldighed af alle normer i systemet, så ville systemet ikke være at betragte som selvstændigt, og det ville i bund og grund være de enkelte normer, som afledte deres gyldighed fra det primære retssystemets normer. Til illustration heraf forestillede Hans Kelsen sig, at gyldighedsstrømmen fra folkeretten til intern ret gjorde brug af det interne retssystemets grundnorm som koblingsled, se fx Kelsen (1960) s. 221ff. Men herved brød Kelsen netop med den (og sin) grundlæggende antagelse for hele fejden mellem monisme og dualisme: antagelsen af to forskellige typer af retssystemer kaldet folkeret og intern ret. – Medmindre Kelsen på dette punkt undlod at tage sin grundnormskonstruktion alvorligt, samh. kap. IV, 6 med også eksplicite formuleringer af grundnormen.

Men uanset hvad der nu måtte være at forstå ved et systems gyldighed, toner fejdens uinteresse i anden række rent flag ved en gentagelse af kritikken af gyldighedsafledning gennem Stufenbau, samh. kap. IV, 6. Udgangspunktet for fejden er en sontring mellem intern ret og folkeret, mellem to normsystemer. Men når det er udgangspunktet, kan det ikke være andet end underforstået, at det er to hver for sig gyldige systemer – hvad der så end måtte forstås herved –, således at videre spørgen om gyldighed er irrelevant.

I princippet er det derfor den grundlæggende antagelse af systemernes egenartethed, som er invaliderende. Også Verdross lå, som vist ovenfor, under for samme antagelse. Fejlgrebet består, uanset om talen falder på hans tidlige sympati for monisme med statsprimat eller på hans senere dragning mod en original form for monisme, nemlig monisme foruden valg af et bestemt systems primat og i stedet styret gennem en raffineret Stufenbau, jf. *Einheit* s. 129ff. I mangel af systemprimat blev det senere system baseret på, hvad der ligner pacta sunt servanda i grundnormens form, hvortil knyttes en folkerettens egenforståelse af sine (rets)subjekters identitet: »Da sie aber von dem Sturze dieser nicht mitbetroffen werden, müssen sie einen Rechtsgrund aufweisen, der über den Staatsverfassungen steht. Also muß es auch wenigstens einen einzigen Völkerrechtssatz geben, der sich über die Staatsverfassungen erhebt! Dieser ist der eben erwähnte Satz, der üblicherweise dahin formuliert wird, daß die von einem Staate abgeschlossenen Staatsverträge den 'Staat' auch im Falle einer revolutionären Verfassungsänderung weiterverpflichten und der der normativen Wendung entkleidet etwa lautet: Die auf Grund einer bestimmten Staatsverfassung abgeschlossenen Staatsverträge bleiben auch nach Setzung einer neuen revolutionären Verfassung grundsätzlich aufrecht«, *Einheit* s. 104f. Med Verdross' sympati for skolastikken blev denne antagelse af pacta sunt servanda sidenhen erstattet med »jus gentium« som omdrejningspunkt. Se også kap. IV, 6. Kritik af et sådant (såkaldt) monistisk system svarer til den tidligere kritik af naturretten, se kap. II, 1.

Eftersom fejden forudsætter de to (typer af) retssystemers selvstændighed, tager dualismen sig ud for en tautologi – og er som sådan tvungen. Det er måske ikke for meget sagt, at den omvendt kontradiktoriske monisme ikke er meget andet og mere end et juridisk dække for politiske slagord, sådan som de i dette og forrige århundrede nu måtte have vist sig opportune, se også kap. VI. Heri ligger så forklaringen på, at monisme almindeligvis ikke (kunne) tænkes at være foruden det ene systems primat. De senere års nedtoning af fejden – særligt søgt berettiget ved at forvise fejden til retsfilosofien – bør vist nok ses i lyset af en stadig større frigørelse af folkeretten til juridiske cirkler fjernere fra politikens bulder; en rendyrkelse af Sollen, se også kap. II, 1. Det er tankevækkende, at Walkers post-strukturalistiske felttog mod suverænitetsbegrebet går i ophævelse af den (såkaldt) metafysiske uforsonlighed, hvilket netop i en retlig oversættelse ikke synes at kunne forstås som andet end monismens genfødsel, se Walker (1988) s. 4 og 25ff., måske særligt s. 41.

Fejden mellem monisme og dualisme blev og bliver i al væsentlighed ført i folkeretlig teori. Omkring intern ret har fejden ikke imponeret. Fejden kan uden større besvær tage sig absurd ud i intern ret. Og det folkeretlige rum for samme absurditet skal i væsentlig grad ses som udslag af et mindre udviklet, mere løst, fleksibelt, politisk eller måske blot mere udsat normsystems kakofonier. Neddæmpning af disse lyde er en forbilledelig illustration af den udvikling og styrkelse, som det folkeretlige normsystem har oplevet i indeværende århundrede, og som har åbnet op for nedtoning af denne fejde blandt skinproblemer, se også kap. IX, 1.

Fejden mellem monisme og dualisme forfølges dog til tider over i spørgsmål om betingelser for folkeretlige normers gyldighed eller gælden i intern ret, fx fra dansk teori *Rigsfællesskabet* s. 480 og Gulmann mfl. (1989) s. 97. Forfølgelsen fra systemer til normer er ikke helt klar. Det skyldes ikke blot, at dualisme i bund og grund er utvivlsom. Men mere grundlæggende det, at der ikke i sagens natur gælder noget udtalt og uoverstigeligt princip om, at den internretlige retskildelære

ikke kan anerkende fx folkeret som en (umiddelbar) retskilde i intern ret og derved duplikere folkeretlige normer, samh. om dansk ret Stenderup Jensen (1990) s. 9f. Det vil måske være usædvanligt, men det er ikke umuligt – ligesom det heller ikke som sådan kan udelukkes, at retskilde- og metodelæren kunne lade Tournesols pendul gøre udsvinget. I det tilfælde retskildelæren tog sig sådan ud, behøves folkeretlige normer ikke at blive inkorporeret i intern ret, men ville finde umiddelbar anvendelse på samme vis som til eksempel lovregler og retssædvaner. Og alligevel er det ikke mere monisme end retstilstanden efter regelret inkorporering: retskildelæren er jo del af det internretlige system, de folkeretlige normer duplikeres blot for derved også, men ikke alene at blive internretlige. Dualismens skodder gennembrydes ikke – retssystemer bevarer deres selvstændighed. Herefter kan der kun være beklagelse tilbage til den misforståelse, som senest har fundet sig et voldsomt udtryk i L. Erades misforståede (livs)projekt om gennem adskillige særligt internretlige retsafgørelser generelt at blotlægge »Interactions between International and Municipal Law«, saml. Erades (1993). Og der kan heller ikke være meget til overs for slagord som »praktisk monisme«, der lader folkeret være en intern retskilde uanset udtrykkelig hjemmel, idet netop status som retskilde er den fornemmeste hjemmel, et retssystem kan tilbyde – helt i overensstemmelse med dualisme, samh. Espersen (1970) s. 155ff. Monismen forhindrer for øvrigt ikke, at folkeretlige normer ikke betragtes som retskilde i intern ret; men det, at der er to (typer af) retssystemer, hindrer som sagt monismen.

Dualisme forhindrer som nævnt ikke, at folkeretlige normer betragtes som retskilde i intern ret, samh. Bleckmann (1982) s. 193ff. Ofte ses dog et mindre rabiat harmoniseringstiltag henlagt ikke til retskildelæren, men til metode- og fortolkningslæren: fortolkningsregler, formodningsregler, instruktionsregler mv. Se fx Madsen (1986) s. 33ff., Gulmann mfl. (1989) s. 90ff. og Gulmann (1991) s. 247ff. Henrik Zahle vender sig mod reglerne, »fordi de er uegnede til at forklare – og styre – praksis«, Zahle (1989) 2 s. 101, saml. s. 94f. Det er en samlet konklusion over reglerne manglende adækvans. Men konklusionens præmisser er isolerede analyser af hver enkelt regel. Under disse analyser kritiseres den enkelte regel for at være ufyldstgørende på visse punkter – men vel at mærke på punkter, som andre regler typisk dækker ind. Zahles konklusion om samlet inadækvans støtter sig alene på disse isolerede analyser, som naturligvis måtte munde ud i, at ingen af reglerne alene er fuldkommen. Det er en ubehagelig fejlslutning, fordi alle reglerne set under ét dækker Zahles »analytiske delregler« og mere til, samh. Zahle (1989) 2 s. 101ff.

De ovenfor anførte synspunkter kan finde en gavmild illustration i Veijo Heiskanens disputats, »International Legal Topics« fra 1992. Heiskanens synspunkter kan skitseres med de nedenstående citater.

Den (tilsyneladende) afdæmpning af fejden mellem monisme og dualisme i nyere folkeretlig teori kalder Heiskanen »pragmatism«. Denne beskrives videre således: »Pragmatism rejects both theories as mistaken for two reasons. First, they are beside the point. In practice, the relevant issue is not the abstract relation between international and municipal law but rather the concrete issue of the applicability of international law within the municipal sphere. Second, the monist–dualist debate lacks technical specificity. While the term 'municipal law' may be adequate in international law, it remains obscure *within the municipal sphere*. There is no municipal law per se; one must distinguish between constitutional law, statutory law and common law. For the purpose of avoiding these mistakes, pragmatism introduces two pragmatic substitute doctrines: transformation and incorporation. The former substitutes dualism; the latter substitutes monism«, *Topics* s. 12.

Heiskanens dualistiske »transformation« svarer til de ovenfor beskrevne harmoniseringstiltag ved formodningsregel mv.: der antages »a presumption against the existence of ... conflicts ... by modifying statutory law so that it conforms with international law, the act of transformation removes the conflict and restores the harmony between international and municipal law«, *Topics* s. 12f. Styrken af formodningen mod konflikt udtrykkes således: »However, if it has been specifically determined that international law and statutory law do in fact conflict, the conflict must be

removed and the harmony between international and municipal law restored«, *Topics* s. 13. Som konsekvens heraf ser Heiskanen den ellers dualistiske »transformation« tage monismens form. Om den monistiske »incorporation«, altså inkorporering, hedder det: »Yet even if the doctrine of incorporation abandons the monistic theory that international law is 'superior' to municipal law, it insists that international law is 'part of the law of the land'«, *Topics* s. 14. Denne monisme med statsprimat begunstiger Heiskanen med et forrangsprincip, såfremt internretlige og folkeretlige regler modsiger hverandre: »statutory law prevails over international law only if there is clearly a conflict between them; if there is any doubt as to whether there is a conflict between statutory law and international law, statutory law must be so construed as not to conflict with international law«, *Topics* s. 16. Af tvivlsreglen flyder ifølge Heiskanen et dualismens skær.

Konklusivt hedder det derfor: »However, there is no such build-in disagreement between the doctrines of transformation and incorporation. Although the doctrine of transformation assumes that international law is generally inapplicable in matters regulated by statutory law, and the doctrine of incorporation assumes that international law is part of common law, these assumptions can be reconciled by limiting the applicability of the transformation doctrine to legislative practice and the applicability of the incorporation doctrine to judicial practice«, *Topics* s. 18.

Heiskanens videre synspunkt bliver i forlængelse heraf, at den pragmatiske doktrin ikke har sat sig ud over fejden mellem monisme og dualisme, men tværtimod absorberet den – transformeret eller inkorporeret den – i sin egen grundstruktur: den dualistiske »transformation« bevæger sig over i den monistiske »incorporation« og vice versa. Denne cirkel kører imidlertid af sporet: koblingen fra udviklingen i »transformation« frem mod monisme til monisme i »incorporation« er fejlgrebet. Monisme er (her) ikke blot monisme. I »incorporation« indeholdes – stadig ifølge Heiskanen – den monistiske variant med statsprimat, jf. *Topics* s. 14. Den moniske variant, som udvikles i »transformation«, giver modsat folkeret primat: »The act of transformation is precisely such an act of restoration: by modifying statutory law so that it conforms with international law, the act of transformation removes the conflict and restores the harmony between international and municipal law«, *Topics* s. 13. De monistiske træk er således ikke rammen om en tvangfri kobling, men derimod udstilling af total modsigelse.

Ses der bort fra etiketter, som foreskriver dualisme eller monisme, så er det i øvrigt vanskeligt at se forskel på »transformation« og »incorporation« – bortset fra den rent formelle forskelle mellem »judicial practice« og »legislative practice«, jf. *Topics* s. 18. Begge »doctrines« tager udgangspunkt i intern ret. Det er klart, hvad angår »incorporation«, som netop – ifølge Heiskanen – er ensbetydende med monisme med statsprimat. Og »transformation« virker »within the municipal sphere«, grundlagt i »constitutions« eller lignende, *Topics* s. 12. Se også en senere uklarhed hos Heiskanen, som tvangfrit forklares med, at betragtningsvinklen er den interne rets, ikke folkerettens: »The doctrines of transformation and incorporation are no longer treated as legal doctrines; they are attributed a novel function as applications of international law, or as instances analogous to facts«, *Topics* s. 19. Endvidere foreskriver begge »doctrines« en formodning for harmoni mellem folkeretlige og internretlige normer. Og dog – en mulig forskel ligger vist nok i, at den såkaldte formodningsregel i »transformation« ingen formodningsregel er, men derimod et direktiv, en pligtenorm – harmoni er her et »must«, der gives ingen forrangsregler, se *Topics* s. 13. Det skal vel ses i sam-

menhæng med de »modern constitutions«, der »provide for the application of international law within the municipal sphere«, *Topics* s. 12. Såfremt en forfatning afskriver formodningen og i stedet opstiller et direktiv, er det klart, at den såkaldte formodningsregel her er en anden end dén, som hævdes under »incorporation«. Er det ikke tilfældet, og er formodningsreglen også i »transformation« faktisk en formodningsregel, så er der ingen forskel på de to »doctrines«, »transformation« og »incorporation«. Det pudsige er derfor ikke, at Heiskanen i et vist omfang kan bevæge sig fra den ene til den anden. Det pudsige er, at »transformation« er dualisme og »incorporation« monisme. Som nævnt i et tidligere småtryk giver det slet ikke mening på denne vis at gøre brug af disse slagord i det internretlige normsystem – medmindre i hvert fald retskildelæren opgives. Det diskuteres Heiskanen ikke, hvorimod han ikke finder noget indhold i folkeretskildelæren. Om denne erfaring også kan strækkes til intern ret, siges dér intet om – heller ikke i »International Legal Structures«. Det kan næppe formodes, blandt andet Heiskanens senere argumentationsmønster taget i betragtning. Som normsystemer betragtet er grunden dog ikke åbenbar; og i fald den er grundløs, truer Heiskanen med at lokke sin argumentation ind i en cirkel: antagelse af den internretlige retskildelæres opgivelse fører til folkeretskildelærens ditto.

Endelig kommer naturligvis, at Heiskanens argumentation falder i det øjeblik, tæppet går ned for fejden mellem monisme og dualisme ved selve sontringens klapsalve. Som nævnt ovenfor er dualisme en tautologi, monisme en kontradiktion, fordi fejden ikke får taget sin begyndelse, førend to i sagens natur selvstændige (typer af) normsystemer antages, dvs. førend dualisme antages. Den lethed, hvormed Heiskanen oplever overgangen mellem monisme og dualisme inden for sine »doctrines«, er måske – alle de øvrige fejlgreb til trods – (også) en ypperlig illustration af min pointe i den sammenhæng. Disse overgange forudsætter jo bestandigt to selvstændige normsystemer, som hele tiden værner om egne normer. Hertil kommer naturligvis, at Heiskanens – delvist ubevidste – valg af udgangspunkt i intern ret modsat folkeret blot er et specialfald af dualismens tvang.

Som allerede antydnet er denne indlæsning af fejden mellem monisme og dualisme i »transformation« og »incorporation« doctrines imidlertid blot et springbræt for Heiskanens analyse af folkeretskildelæren: »Sources rhetoric plays a decisive role in the story of pragmatism. Yet it is only a part, although the most decisive part, of a series of attempts to answer the question of the relation of international and municipal law in a functional way«, *Topics* s. 40, jf. s. 38; »Indeed, because sources rhetoric is, precisely, a rhetorical attempt to deal with the problem of the relation of international and municipal law, it would be remarkable if justified international legal decisions could in fact be made«, *Topics* s. 98. Selve den forståelse af folkeretskildelæren, som findes hos Heiskanen, kan føres tilbage til David Kennedy og dennes »International Legal Structures«. Hovedtanken er, at folkeretskildelæren leverer to typer af argumenter, »the hard consent-based rhetoric and the soft practice-oriented rhetoric«, *Topics* s. 96, mellem hvilken der så finder en bestandig og indholdsfjendsk flaksen sted. Heiskanen havde noget besvær med at finde disse påståede argumentationsstrukturers ophav i fej-

den mellem monisme og dualisme, jf. *Topics* s. 97. Kennedy selv afstod fra at søge ophavets blotlæggelse, *Structures* s. 288. Hvad der således skulle have været Heiskanens væsentlige bidrag til denne nymodens teoriretning, er endt i et beklageligt valg af en fejden mellem monisme og dualismen, som i sit illusoriske væsen kan give snerten af fornemmelse for (gen)forening mellem argumentationsstrukturene og deres ophav, men som i sidste ende bag indholdsløshedens klæder ikke gemmer på andet end similiets fornemmelse for grin. Dette fejltrin afvæbner ikke de hævdede argumentationsstrukturer. Men det skaber heller ikke forventningens allerstørste gælde. Se for videre analyser, afsnit 3 nedenfor samt om Kennedy særligt kap. IX, 1 og 5, XII, 4 samt XV, 1.

Dette afsnit skal afsluttes med konstatering af, at med tvungen dualisme er inkongruensproblemets omfang fastlagt. Intern suverænitet og folkeretlig pligtsubjektivitet er ikke uforenelige. Problemet forudsætter et folkerettens suverænitetsbegreb. Problemet går altså i en folkeretlig variant af det umiddelbart dragende synspunkt, at staten som folkeretligt pligtsubjekt ikke kan være (absolut) suveræn. En prægnant og mere generel formulering gives dette syn hos Martti Koskenniemi, en anden finsk doktor.

3. »I have suggested that the discourse and scholarship of international law are in crises«, Kennedy (1980) s. 390

I sin bredt anlagte disputats, »From Apology to Utopia« med undertitlen: »The Structure of International Legal Argument« fra 1989, hævder Martti Koskenniemi folkerettens inkonsistens med det resultat, at folkeret reduceres til alene et formelt argumentationsmønster, der ikke favner løsninger på internationale konflikter, jf. *Structure* s. 48ff. Begrebsmodsætninger som fx »sovereignty« og »community«, jf. *Structure* s. 46 og 50, er variationer over denne inkonsistens, der til erhvert argument kan levere et modargument, mellem hvilke intet folkeretligt korrekthedsbegreb kan dømme. Se også Carty (1991) s. 75: »In my view, the strength of this conclusion, although it is not itself stated explicitly, is to expose the lack of an ontological basis to international legal argument. Its underlying nihilism will appear when soft and hard rhetorical arguments are pushed to their limits«.

Koskenniemi proklamerer indledningsvis at ville ophæve (dekonstruere) disse traditionelle, folkeretlige begrebsmodsætninger – dikotomier. Men samtidig kredser også hans analyse om et tilsvarende dualt begrebspar, der gives forskellige sproglige klædedragter: eksempelvis forskellen (uforeneligheden) mellem *political philosophy* (*moral theory*) og *sociology* eller mellem the *descending* og the *ascending* patterns of justification (eller legal arguments).

Det første par konstituerer to tankesfærer: »the normative principles of international politics« og »theories about the character of international life (descriptions of political behaviour)«; til disse knytter der sig henholdsvis »the normativity of law by creating distance between it and State behaviour, will and interest« og

»law's concreteness by distancing it from a natural morality«, og kortest: *utopia* og *apology*, *Structure* s. 1f. Det andet begrebspar: »descending« og »ascending« »legal arguments«, dækker over to argumentationsformer ved internationale konflikters løsning, som begge skulle bære folkeretten: argumenter udgående fra »a given normative code« som retfærdighed eller interessefællesskab og argumenter baseret på »State behaviour, will or interest«, jf. *Structure* s. 41. Dette begrebspar ækvivalerer det første – »political philosophy« (moral theory) og »sociology«.

Hertil kommer endnu et dualt begrebspar: sondringen mellem *theory* og *doctrine*, mellem preskription og deskription. Folkeretten er doktrinær; alene denne liberalistiske, positivistiske bortlodning af teori »grounds the specificity of the legal enterprise«, *Structure* s. xiv, jf. *Structures* s. 107; derfor bliver folkerettens lod håbløsheden, fordi doktrinen blot reproducerer teoriens stridigheder, og fordi – og det er det centrale – disse stridigheder ikke er retlige, men sociologiske eller politiske (moralske): »My argument is that the persisting disputes within the realms of theory and doctrine result from the fact that these disputes bear a close relationship to controversial topics encountered beyond specifically 'legal' discourses«, *Structure* s. xvi – »My argument is that these intellectual operations do not leave room for any specifically legal discourse. The two distinctions have not been – and, as I shall later argue, cannot be – simultaneously maintained. Lawyer's law is constantly lapsing either into what seems like factual description or political prescription«, *Structure* s. 1.

Koskenniemi påstand er altså, at begrebsparret »theory«/»doctrine« er en katalysator for de først omtalte begrebspar, fx »political philosophy«/»sociology«, samh. *Structures* s. 99ff., og vist nok i sidste ende nærmest blot endnu en sproglig klædedragt gjort af samme stof som de forrige. I alle tilfælde er min påstand er, at dette er frihåndstegning.

Det sidste (my) argument kan holdes op mod, hvad Koskenniemi kalder »two disappointing experiences« for den doktrinære folkeret, *Structure* s. xivf. Den første skuffelse går på, at samværet mellem stater snarere er politisk end folkeretligt styret – doktrinen er »the prison-house of irrelevance«, samh. *Decay* s. 21. I forlængelse heraf hedder det sig, at beviset for det modsatte, altså for folkerettens løsladelse (relevans), »would seem to involve precisely the sort of conceptual analysis which will emerge the indeterminate classic controversies about the 'nature' of law«, dvs. teoretiske analyser. Her overser Koskenniemi, at disse teoretiske analyser er forudsætningen for, at den første skuffelse overhovedet indtræder – hvordan skulle doktrinen kunne skuffes uden noget begreb om ret og ikke-ret og dermed uden mulighed for at vurdere såkaldt rets indflydelsen på staternes samvær, uden mulighed for at skelne relevans fra irrelevans? Se også kap. IX, 1. Den anden skuffelse går på, at »most doctrinal outcomes remain controversial«, saml. Kennedy (1980) s. 356. Men hvis det er tilfældet, hvis indholdet af folkeretlige normer er så udflydende, hvordan indtræffer så overhovedet den første skuffelse – folkeretten skulle jo så kunne favne alt (og intet)? Svaret på det sidste måtte være, at skuffelserne tilkommer »The modern international lawyer«, som må antages at have fundet sit doktrinære standpunkt, og som skuffes over andres benægtelse af samme. Men hvordan kan han være så afklaret, når Koskenniemi netop påstår, at folkeretten flakser rastløs omkring i et bipolariseret rum – kan han med en sådan afklaring overhovedet siges at være »lawyer«, er han ikke snarere politiker?

Se kap. IX, 2 for en næsten tilsvarende forskydning fra jurist til politiker i diskussionen omkring normhuller. På dette sted har Koskenniemi udfundet »two disappointing experiences« ved at anlægge de synsvinkler på folkeretten (doktrinen), som han ellers påstår, at folkeretten selv

anlægger på sit emne: den første skuffelse er sociologens »ascending argument«, den anden politikers »descending argument«. I hvert fald i dette tilfælde interpolerer Koskenniemi sine duale begrebspår i folkeretten ved negligering af sondringen mellem doktrin og teori. Det er naturligvis uacceptabelt (inkonsistent). Den opgave, som Koskenniemi har stillet sig, er jo netop den modsatte: at eftervise, at folkeretten som doktrin betjener sig af denne argumentatoriske dualisme og herigennem opnår inkonsistensen. Alligevel gentages fejlgrebet nærmest ordret ved vurderingen af det såkaldte »rule-approach«; se *Structure* s. 166. Hermed mislykkes Koskenniemis egentlige ærinde: beviset for, at inkonsistensen har leje i folkerettens moderne natur (struktur), samh. *Structure* s. 131, 157ff. og 187f.

Før Koskenniemis analyse af folkeretlige argumentationsmønstre i øvrigt skal omtales, kan yderligere et par bemærkninger knyttes til de duale begrebspår. I sit fundament følger begrebsparrerne hovedstrømningen i nyere retsfilosofi, fx Kelsens modstilling af Sollen og Sein – som Koskenniemi giver et udtryk i »policy-approach« og »rule-approach«, der igen kombineres til per natur modsætningsfyldte størrelser som »skepticism« og »idealism«, saml. *Structure* s. 154–186. Se også kap. II, 2. Tilsvarende almindelighed hviler over antagelsen af de duale begrebspår som udtømmende og uforenelige. Gængs er endvidere forståelsen af normer som hævet over retssubjekter; og hertil svarer en almindelig forståelse for, at normerne rettes nedad, mens normsystemet søges legitimeret opad, samh. kap. IV, 7. I den sammenhæng er princippet i sondringen mellem »ascending« og »descending arguments«, mellem positivisme og naturret, naturligvis også velkendt, se fx Brierly (1958) s. 3 og passim samt Kennedy (1980) s. 360 og 374, samh. s. 378ff. Men i viderebygningen viser Koskenniemis originalitet sig. For mens ret almindeligvis bindes til Sollen, men evt. til Sein, og i hvert fald kun den ene argumentationsretning forstås som normativt relevant, så binder Koskenniemi ikke (folke)retten til nogen af polerne eller én af retningerne for argumentation, men forløser den til evindelig vandring imellem poler og retninger – folkerettens inkonsistens, jf. første gang *Structure* s. 44f. Men måske er det i sig selv inkonsistent at hævde, at der overhovedet er plads til en sådan – om end inkonsistent – folkeret i dette stærkt markerede, dualistiske begrebsunivers. Og det er i den sammenhæng uklart, hvad der hos Koskenniemi begrunder hierarkiet med Sollen øverst og Sein nederst, og dermed kvalificerer argumenter som ikke alle »descending« men som enten »descending« eller »ascending«, samt – i tæt meningssammenhæng hermed – hvad der begrunder Koskenniemis valg af »political philosophy« (moral) som udgangspunkt på det dualistiske begrebsunivers, herom *Structure* allerede s. 48ff. og konklusivt s. 496ff. Samtidig skal det bemærkes, at det ikke lykkes Koskenniemi at gennemføre den proklamerede dekonstruktion af folkerettens (påståede) tvetydige, liberalistiske begrebsmorads, samh. *Structure* s. xviiff., men tværtimod at bevare de modstridende begrebspår med folkerettens destruktion til følge. Ved at stoppe op ved de duale begrebspår svigtes Foucault, ved at antage dem svigtes tillige Derrida.

Mest af alt er Koskenniemi (direkte) påvirket af David Kennedy, hvilket han da heller ikke lægger skjul på, jf. allerede *Structure* s. xxi, note 7 og passim. I »International Legal Structures« fra 1987 lægger Kennedy grundene til Koskenniemis duale begrebspår: »In sources argument, one

characteristically seeks to convince someone that a state which does not currently believe it to be in its interests to follow a given norm should do so anyway. Sources rhetoric provides two rhetorical or persuasive styles which we might call 'hard' and 'soft'. A 'hard' argument will seek to ground compliance in the 'consent' of the state to be bound. A 'soft' argument relies upon some extraconsensual notion of the good or the just«, *Structures* s. 29; »Just as sources argument worked by strategic deployment of the distinction between consensual and non-consensual obligations, so process doctrine works by deploying a distinction between what might be thought of as a 'subjective' and an 'objective' approach to the delimitation of sovereign authority. ... An objective approach to participation defines the entities in terms of the way they are treated or act in the system. A subjective approach relies upon their self-definition or true 'essence'. An objective approach to jurisdiction delimits interactions by elaborations of systemically validated principles, while a subjective approach does so on the basis of the actor's essence of assertions«, *Structures* s. 121. Som det skinner igennem i citater, er det næppe nogen reel forskel mellem disse begrebspar, samh. Kennedy (1980) s. 364f. om »binary and transformational structure«; den bærende modstilling er »sovereign autonomy« kontra »sovereign equality«, se også *Structures* s. 196ff., s. 199f. med modstillingen af »architecture« og »regulation« samt konklusivt s. 290.

For nærmere analyser af Kennedy henvises til kap. IX, 1 og 5, XII, 3 samt XV, 1.

Koskenniemis metodiske greb umuliggør imidlertid ikke nødvendigvis inkonsistensens brændemærkning af folkeretten. Langt hovedparten af Koskenniemis værk er lagt an på at eftervise tvetydigheden i folkeretlig argumentation. De betydelige analyser er for så vidt stadig interessante – men også her er der efter min mening svigt. Inkonsistensens brændemærke står kun mål med analysen i det omfang, at ikke blot »descending« og »ascending arguments« kan udfindes, men at også begge disse argumentationsmønstre er at betragte som folkeretlige. Suverænitetsbegrebet ses ofte hos Koskenniemi som bannerfører for »ascending arguments«. Men er suverænitet da et folkeretligt (doktrinært) begreb? Er definitionen af retskildebegrebet (sources) eller af de enkelte retskilder, fx retssædvanen, folkeret (doktrin) – og ikke metafolkeret, ikke folkeretsskildelære? Og er »World Order« et folkeretligt (doktrinært) begreb? Koskenniemis analyser står og falder med svar på slige spørgsmål. I det følgende gennemgås i første række Koskenniemis analyse af suverænitetsbegrebet.

Som allerede nævnt klædes »ascending arguments« (the pure fact approach) ofte hos Koskenniemi i suverænitetsbegrebets sprogdragt, *Structure* fx s. 27, 28, 34f., 45, 129, 193 og 217. Hertil svarer gentagne analogier mellem frihed og suverænitet, *Structure* s. 192, 200 og 262. Og ydermere svarer hertil en modstilling af suverænitet over for »descending arguments« (the legal approach), fx: »Ultimately, the very concept of sovereignty loses its normative significance under the legal approach. If a State cannot refer to its sovereignty to justify its action but has to find a rule of law which has given it the right, liberty or competence to act in a certain way, then to speak of 'sovereignty' at all is merely superfluous or, at best, a description of the norms whose normative force is in their being incorporated in some legal act, not in their being inherent in statehood«, *Structure* s. 198 og tilsvarende s. 217.

Men. Koskenniemis klarsyn glipper. Kort afvises såvel »the pure fact approach« og »the legal approach«, personificeret i henholdsvis den politisk-ideologiske Carl Schmitt og juristen, retsteoretikeren Hans Kelsen, hvilket leder frem

til følgende resumé: »But neither position can be fully accepted and yet not fully rejected, either. Though mutually exclusive, empiricism and conceptualism also rely on each other. Hence, *international sovereignty doctrine oscillates constantly between arguments such as Schmitt's and Kelsen's*«, *Structure* s. 195. Herefter er suveræniteten i nærværende – ikke nærmere definerede betydning – ikke længere forbeholdt det ikke-normative »pure fact approach«, men tillige kommet det normative »legal approach« til del. Suveræniteten er nu både »an ascending« og »an descending argument's« væbner.

I denne udbredning af suverænitetsbegrebet ligger en solid fejlfortolkning af Kelsen. Det hedder hos Koskenniemi, at »In Kelsen, the law is normative and 'sovereignty' merely a descriptive shorthand for the rights, liberties and competences which the law has allocated to the State«, *Structure* s. 195, og igen kort efter: »According to the Kelsenian view, 'sovereignty' is a systematic concept – not something external to but determined within the law«, *Structure* s. 196. I note 12 henviser Koskenniemi blandt andet til Kelsen (1966) s. 177ff. Her dukker ordet »sovereignty« dog ikke frem med det samme, og da det endeligt sker, hedder det: »If we assume that the state is legally subjected to international law, as a legal order superior to the national legal order, it cannot be sovereign, that is, the supreme legal authority«, Kelsen (1966) s. 190 og tilsvarende s. 247, 448, 581. Om inkongruensproblemet, se også *Das Problem* fx s. 38ff., 86 og 102f.: »Vom Standpunkt einer Theorie des Völkerrechtes erscheint somit *das Problem der Souveränität* geradezu identisch mit dem Problem des gegenseitigen Verhältnisses der beiden Normensysteme«. Kelsen antyder derefter en tilpasset forståelse af suveræniteten i citationstegn: »a 'sovereign' state, that is, a community subjected only to international law«, men ender med at råde »not to use the ambiguous term 'sovereignty' at all in relation to the state«, Kelsen (1966) henholdsvis s. 192 og s. 194. Kelsen afviser altså i uoverseelige vendinger, hvad Koskenniemi tillader sig at kalde »the Kelsenian view«, *Structure* s. 196.

Med udvidelsen af – vel at mærke – samme suverænitetsbegreb fra blot »ascending arguments« til også »descending arguments« opnår Koskenniemi flere ting. Dels optages dette suverænitetsbegreb i folkeretten, dels indlemmes det modsætningsfyldte begrebspar, »ascending«/»descending«, i folkeretten. Men dér savnes unægtelig en bedre begrundelse for denne udvidelse end misvisende henvisninger til Hans Kelsen. For mig at se ligger grunden til denne manglende begrundelse lige for – Koskenniemi styrer suverænt sin frihåndstegning.

Koskenniemis afgørende fejlgreb ligger i hans begrebsmonisme. Når det fx hedder, at »modern discourse about sovereignty shifts constantly between a pure fact and a legal approach«, *Structure* s. 234f., bunder det i al væsentlighed i troen på, at suveræniteten er ét og ikke to. Se nærmere kap. VIII, 3. Den tro findes allerede hos Kennedy: »As I have defined them, hard and soft sources are mutually exclusive categories«, *Structures* s. 30 og igen s. 31, 100, 126, samh. s. 53 og nedenfor i kap. IX, 5.

Grundet begrebsmonismen tager Koskenniemis øvrige analyser sig ud som den her gennemgåede. Således formår han kun ved at identificere folkeretskildelære og folkeret med hinanden at modstille også denne lære med (andre) »descending arguments«, således at retskildelæren hverken bliver »ascending« eller »descending« – »This approach seemed unworkable because of the abstract and ultimately subjective way that such rights were conceived. Moreover, it failed to explain

the phenomenon that sovereignty was associable with the most varied kinds or rights and obligations. When the moderns were compelled to admit that sovereignty had no natural content, they also had to recognize that it did not serve as a reliable starting-point for deductions about the law«, *Structure* s. 264. Igen definerer Koskenniemi inkonsistensen ind i sin analyse – her af »sources«, se *Structure* særligt s. 266f., hvor inkonsistensen mødes gennem fusion af Sein og Sollen.

Tilsyneladende rammer en nyfortolkning af et af Koskenniemis begrebspar hos Dencho Georgiev i et vist omfang tanker som de her udviklede. Det drejer sig om Koskenniemis modstilling af »normativity«, dvs. en distancering fra stat(svilje), og »concreteness«, en distancering fra urørlige normer som naturretens; se ovenfor. Georgiev skriver:

»Thus 'concreteness' would not merely imply in a very general sense that law has to be 'close' to state practice and be based on actual behaviour, will or interest instead of on mere opinion. It would rather mean that law has to come into existence in accordance with certain procedures which are recognized as necessary for the generation of law and which provide the criterion for the verifiability of the validity of legal rules and hence for the existence or non-existence of law. Thus law is a result of social behaviour but its existence coincides only with its validity and not with that social behaviour itself. Similarly, it is not very illuminating if the 'normativity' of law as a requirement for its objectivity is defined in a general way as 'independence' from the political will or the preferences of the subjects against which it is applied. Normativity should rather mean that once having come into existence legal rules remain valid and applicable not just until state practice, will or preferences have changed, but even until such time as the rules themselves have been changed in accordance with the necessary procedures«, Georgiev (1993) s. 3.

Samh. kap. VIII, 2.

Træfningen viser sig dog kun at have været netop tilsyneladende. Også Georgiev ender i uklar begrebsmonisme, som til forveksling ligner Koskenniemis. Han mener således at vide, at den af Koskenniemi udfundne inkonsistens er mulig – og aktuel: »Thus the concreteness of state practice can be seen as 'relying' on the normativity of opinio juris in order to avoid apologism while the normativity of the general principles of law relies on the concreteness of the act of their recognition in order to avoid utopianism. This reliance on the 'opposite' requirement – on normativity by state practice and on concreteness by the general principles – cannot, from the point of view of rule of law, be viewed as an unacceptable 'shift' or 'deferral', unless we make the unfounded assumption that sources have to be theoretically 'pure' and have to rely on only one of the two opposite requirements. Such theoretical purity is – by definition – incompatible with the rule of law, since 'pure' normativity as total distance from state behaviour would be utopian and the 'pure' concreteness of state will or behaviour would be apologetic;« »It could be argued that the generality of rules is a manifestation of their normativity while their determinacy is a function of their concreteness«, Georgiev (1993) henholdsvis s. 8 og 9. I disse vendinger viderefører Georgiev Koskenniemis begrebspar besjælet med skarpe modstillinger, således »apology« og »utopia« samt – »concreteness« og »normativity«. Altså en velkomst til begrebsmonismen ad bagvejen.

4. Inkongruensproblemet(s) endeligt

Inkongruensproblemet går i sin standardformulering ud på, at – såkaldt absolut – suverænitet (kompetencehøjhed) og pligtsubjektivitet er inkongruente størrelser: staten kan som folkeretligt pligtsubjekt ikke være – såkaldt absolut – suveræn, jf. afsnit 1. Problemet forudsætter, at suverænitetsbegrebet hører til samme normsystem som pligtenormerne. Dette normsystem er efter dualismens tvang folkeretten, jf. afsnit 2. Suveræniteten skulle være en folkeretlig norm. Denne antagelse er væsentlig for Koskenniemis felttog. Men som illustreret i afsnit 3, er dette felttog ganske dubiøst. For den almindelige hævde af inkongruensproblemet har antagelsen da også været den omvendte af Koskenniemis: såfremt (absolut) suverænitet virkede i folkeretten, ville der ingen folkeret være, og derfor kunne det ikke antages, at suverænitetsbegrebet som sådan var en norm, endsige havde relevans for disse normer. Folkeretlig teori holder sig da til, at suverænitet er et anliggende for intern ret, og fremfører eksempelvis blot en afledning i form af ekstern suverænitet, jf. kap. I, 2 – uanset at denne afledning netop ikke er folkeretlig, jf. afsnit 1 ovenfor.

Den almindelige udgang i indeværende århundrede på inkongruensproblemet i form af bortvisning af ethvert, negativt suverænitetsbegreb fra folkeretlige cirkler forekommer vel efterhånden snigende trivial, jf. kap. I, 1 med Henkin (1989) s. 24ff. Men i anden række er denne nonchalante opfattelse ubetyggende. Og i tredje række skærmer den af og til af for den egentlige relation mellem suverænitet og folkeret. Den anden række skal undersøges her, mens den tredje kommer til sin ret i næste kapitel.

Nuvel, inkongruensproblemet er en modstilling af statens suverænitet med dens folkeretlige pligtsubjektivitet. Problemets diskussion har i vidt omfang været historisk præget. Diskussion har vendt sig mod en såkaldt absolut suverænitet, hvorved tankerne søger fx Hegel – refererende til staten som »die absolute Macht auf Erden« udstyret med en »souveräner Selbständigkeit«, *Grundlinien* § 331. Hegels sjælelige statsteori er imidlertid forladt af en lang række andre grunde, som ikke knytter sig til hans suverænitetsbegreb som sådan, men snarere til dette begrebs præmisser; til eksempel kan nævnes Kelsens sontring mellem Sollen og Wollen, samh. kap. VIII, 5 og IX, 3. Det kan også formuleres derhen, at Hegels statsteori i høj grad var historisk betinget – ligesom akkompagnementet i form af den ideologiske retspositivisme, samh. kap. V, 4. Holdes denne historiske prægning af diskussionen ude, tager hele diskussionen omkring inkongruensproblemet sig temmelig mærkværdig ud.

Problemet går i en modstilling af suveræniteten med folkeretten. Men hvad er det for en suverænitet? Det at være øverst, det at være fri – kan et første svar lyde. Fri, også for krig? Nej, kun fri for normsobjektivitet – må det næste svar så lyde.

»Sovereignty in the relations between States signifies *independence*, independence in regard to a portion of the globe is the right to exercise therein, to the exclusion of any other State, the functions of a State«, *Island of Palmas* s. 829.

Dualismen bør imidlertid forbyde os at forstå denne norms subjektivitet som intern ret – hvilket også ville være noget nært paradoksalt:

»Völker als Staaten können wie einzelne Menschen beurtheilt werden, die sich in ihrem Naturzustande (d. i. in der Unabhängigkeit von äußern Gesetzen) schon durch ihr Nebeneinandersein lädiren, und deren jeder um seiner Sicherheit willen von dem andern sondern kann und soll, mit ihm in eine der bürgerlichen ähnliche Verfassung zu treten, wo jedem sein Recht gesichert werden kann. Dies wäre ein Völkerbund, der aber gleichwohl kein Völkerstaat sein müßte. Darin aber wäre ein Widerspruch: weil ein jeder Staat das Verhältniß eines Oberen (Gesetzgebenden) zu einem Unteren (Gehorchende, nämlich dem Volk) enthält, viele Völker aber in einem Staate nur ein Volk ausmachen würden, welches (da wir hier das Recht der Völker gegen einander zu erwägen haben, so sern sie so viel verschiedene Staaten ausmachen und nicht in einem Staat zusammenschmelzen sollen) der Voraussetzung widerspricht«, Kant (1795) 2, Zweiter Definitivartikel zum ewigen Frieden.

Se også Kelsen (1966) fx s. 191.

Tilbage står så norms subjektivitet i medfør af folkeretten. Max Hubers ovenfor refererede diktum fra *Island of Palmas Case* skal da også ses som udtryk for en folkeretlig norm – om end det måske ikke umiddelbart er til at se. Det er imidlertid ikke dén suverænitet, som her er interessant. Suveræniteten skulle netop være *absolut* (total) frihed for (folkeretlig) norms subjektivitet. Det er en suverænitet, som defineres i forhold til det, hvormed den er inkongruent. Det er ikke videre behændigt. For en suverænitet, som i sidste ende defineres (negativt) ved folkeret, kan ikke have megen interesse, såfremt folkeretten ikke antages – og det gør den ikke, når statens suverænitet er (såkaldt) absolut, dvs. staten er suveræn inden for, hvad der kunne have været folkerettens beskrivelsesramme, fri for enhver pligts subjektivitet i medfør af folkeretten. Denne forståelse af (absolut) suverænitet er – for en ahistorisk betragtning – nærmest absurd og i hvert fald ikke mindre omsonst, end hvis statens suverænitet tilkom den, fordi den er forskånet for snue eller uafhængig af planetens bevægelse.

Af samme grund er suverænitet et lidet anvendt begreb i retsvidenskabens beskrivelse af intern ret, fx i forfatningsretten, samh. kap. V, 4 og VIII, 5. Suverænitet i intern ret kan ses som alene hjælpeord til beskrivelse af det forhold, at det internretlige normsystem er uafhængig af andre internretlige systemer (ekstern suverænitet), ligesom det også i princippet er uafhængigt af det folkeretlige normsystem; og en sådan beskrivelse vil i øvrigt ofte være led ikke i forfatningsretlige men i folkeretlige værker.

Den tilnærmelsesvis absurditet bunder nu ikke i selve forståelsen af suverænitet som frihed for folkeretlig norms subjektivitet, men rettere i, at der hertil kobles noget »absolut«, hvortil svarer en forståelse af inkongruensproblemet som et valg mellem *enten* suverænitet *eller* folkeret. Analogt er der ikke noget galt i at forstå hvidt som sorts modsætning og sort som hvidts modsætning. Absurd bliver det først, når den natteblinde peger på en hvid sky og derefter konkluderer umuligheden af sort. Som det skal formuleres i kapitel VIII, 1, hidrører absurditeten fra en forståelse af inkongruensproblemet som valg af en beskrivelsesramme, der er absolut i den forstand, at dens negation er tom – tom sådan at dér (enten) ingen

suverænitet eller ingen folkeret anerkendes; et valg mellem indholdsmæssige modsætninger, suverænitet og folkeret, til udfyldning af et omfangsmæssigt ubegrænset (absolut) rum. I opposition hertil står den begrebsdualistiske opløsning af inkongruensproblemet efter formelen: enten & eller, hvor såvel suverænitet som folkeret kan finde plads af begrænset omfang.

Forestillingen om (såkaldt) absolut suverænitet kan ikke stå til troende. Inkongruens mellem en sådan suverænitet og folkeretlig regulering er derfor ikke i sig selv af nævneværdig interesse. Udfordringen i inkongruensproblemet ligger ikke gemt dér. Suverænitetsbegrebets bortvisning i inkongruensproblemets skygge er en yderligere, mindre trivialiseret overvejelse værd end dem, som suverænitetsbegrebet har måtte tage til takke med i det 20. århundredes folkeret, samh. kap. I, 1. Og uanset suverænitetsbegrebets nærmest definitorisk tvungne relativisering væk fra umiddelbare folkeretsnormer, hindrer det ikke en meget væsentlig relation mellem disse normer og staters (negative) suverænitet.

Samtidig vil en forståelse af denne relation munde ud i, at hævvelse af et suverænitetsbegreb i folkerettens nærhed ikke står og falder med dets udfindelse i folkeretlige normer. Analysen af folkeretlige normer frigøres følgelig fra det historisk betingede pres for at finde blot et eller andet værdigt rum til kultuordet suverænitet blandt disse normer – sådan som det skete i voldgiftsdomme afsagt af Max Huber. Og dén frigørelse kan vise sig at være overordentlig værdifuld, fordi den bør afskære de bagholdsangreb på folkeretlig argumentation, som et absolut suverænitetsbegreb reflekteret ind fra intern ret til stadighed fører; se om denne »reflex« særligt kap. XII, 3 og XI, 3.

KAPITEL VIII

SUVERÆNITET OG FOLKERET

1. Frihed og suverænitet

Som sådan kan en beskrivelsesramme ikke negeres. Ved en rammes negation forstås – forstår jeg – en ramme, som rummer alle de beskrivelseselementer, der ikke indeholdes i rammen selv. Negationens forudsætning er derfor en fiksering af den samlede mængde beskrivelseselementer, som tænkes delt mellem beskrivelsesrammen og denne rammes negation. Eneste vilkår for denne fiksering er, at beskrivelsesrammens elementer skal udgøre en del af den samlede mængde. Herudover hersker vilkårligheden.

Folkeretten er en samling af (rets)normer. Disse normer kan være del af en større mængde af retsnormer, og negationen af folkeretten kan da være intern ret, se kap. I, 2. Men folkeretten – folkerettens (tilsigtede) retsvirkninger, adfærdsregulering – kan også negeres materielt, således at den negerede beskrivelsesramme indeholder alle de adfærdsmuligheder, som ikke er reguleret af den ene eller anden folkeretlige norm. Det er denne sidste negation af folkeretten, som er relevant i relation til inkongruensproblemet, der jo netop hævder inkongruens mellem folkeretlige normer og statens materielle omnipotens. Det suverænitetsbegreb, som blev beskrevet i kapitel VII, hører netop hjemme i den beskrivelsesramme, som er en sådan *materiel* negation af folkeretten – andet vil være en tautologi. I den forstand er dette suverænitetsbegreb negativt. Og det er absolut, af ubegrænset omfang, når denne beskrivelsesramme er altfavnende, rummer den samlede mængde beskrivelseselementer og derfor modsvares af tomheden i den negerede beskrivelsesramme – i folkeretten. Som anført i kapitel VII, 4 er dette nærmest absurd, når suverænitet samtidig defineres i opposition til netop folkeretten. Tomheden kan ikke med mening antages – og når omfanget af staters negative suverænitet herefter begrænses samtidig med, at folkeretten notorisk ikke regulerer ethvert forhold og enhver adfærdsmulighed, samh. kap. IX, 2, kan inkongruensproblemet ikke længere forstås som et (absolut) valg af, hvilken af to beskrivelsesrammer der skal runge hulhedens sørgemarch. Der er rum og ramme for både folkeret og (negativ) suverænitet – efter endelig opløsning af inkongruensproblemet på samme vis som frihedens paradoks, se om det sidste kap. IV, 7.

Denne analogi til frihedsparadokset knytter an til det uomtvistelige synspunkt, at suverænitet er frihed for stater: »im Grunde die 'Freiheit' oder 'Unabhängigkeit' des Staates identisch ist mit seiner 'Souveränität'«; »Das sozusagen a priori gültige Prinzip der Souveränität (analog der angeborenen Freiheit der Menschen) bedeutet, daß der Staat eine freie Persönlichkeit sei«; »Wo Zwang ist, da kann – so sollte man meinen – zugleich keine Freiheit sein« – »Das gleiche Problem ergibt sich bei dem Versuche des individualistischen Naturrechts, den Staat – d. h. die einzelstaatliche

Rechtsordnung – auf der Souveränität – hier 'Freiheit' – der Individuen aufzurichten«, *Das Problem* henholdsvis s. 62, 273 og 302 med note 1.

I bund og grund er det et specialfald af den domistiske analogi, samh. kap. IV, 8, at erfaringerne fra diskussionen af frihedens (såkaldte) paradoks og herunder overvejelserne omkring samfundspagten kan bruges, blot nu på et andet plan. Det skal dog understreges, at det interessante ikke er den legitimation af stat (folkeret), som er samfundspagtens kerne. Det interessante er den normalt så underspilte begrebsdualisme omkring frihedsbegrebet, som her skal søges gennemført omkring suverænitetsbegrebet – omkring suverænitetsbegreber.

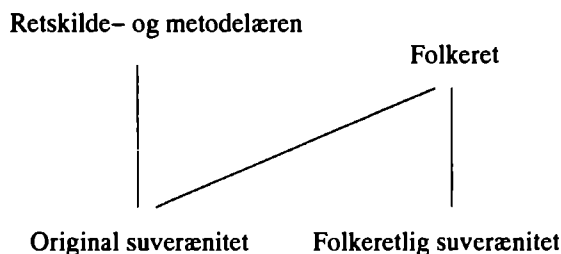
Dette har som konsekvens, at opgivelsen af samfundspagtens idé i forrige århundrede i al væsentlighed er uden interesse for en diskussion af suverænitetsbegrebet. Saml. eksempelvis Brierly (1958) s. 19 og 36 og *Structure* s. 69ff.

2. Enten & Eller

Martti Koskenniemi har grundlagt sin disputats på en koblingsfejl. Han antager to og kun to typer af argumenter, »ascending« og »descending (legal) arguments«, dvs. argumenter, som begrunder normer i staters »behaviour, will or interest« og rettes opad, over for argumenter, som ikke begrunder normer i normsubjekters adfærd og derfor rettes nedad, samh. *Structure* s. 41. Og Koskenniemi antager videre, at der til disse to typer af argumenter knytter sig to og kun to poler, således at ethvert »descending argument« har oprindelse i én og samme pol og er orienteret mod én anden og samme pol; og omvendt at ethvert »ascending argument« knytter den modsatte forbindelse mellem de to poler. Mens den første antagelse vel er ubestridelig, så er den anden koblingsfejlende; se eksempelvis *Structure* s. 193 og i øvrigt kap. VII, 3 samt nedenfor i afsnit 3.

I stedet for må der sondres mellem to begreber om suverænitet. Dels et normativt begreb, som kan kaldes *original suverænitet*. Herved forstås det suverænitetsbegreb, som optræder i inkongruensproblemet, og som ovenfor er kaldt negativt i den forstand, at det dækker over frihed for folkeretlig regulering, frihed for pligtsubjektivitet eller måske mere præcist: frihed for viljesuoverensstemmende pligter. Dels et fremstillingsbegreb, som kan kaldes *folkeretlig suverænitet* – afledt af eller skabt i folkeretten. Denne suverænitet er positiv i den forstand, at den ikke står i opposition til folkeretten, men at det netop er via folkeretten, staten opnår sin frihed for ikke-retlige tvangsfaktorer. I princippet kan enhver rettighedssubjektivitet dækkes ind af begrebet om folkeretlig suverænitet, hvorfor det er en forudsætning for dette (fremstillings)begrebs nytte, at det indsnævres, se hertil kap. XII.

På dette sted kan opløsningen af inkongruensproblemet skitseres i stil med, hvad der tidligere er tegnet omkring frihedsparadoksens opløsning, jf. kap. IV, 7:



I et historisk tilbageblik kan de i bund og grund politiske fejder mellem de to monistiske varianter, mellem statsprimat og folkeretsprimat, forstås som en forskel i fokusering på dele af helheden. Monisme med statsprimat fokuserede alene på en relation mellem original suverænitet og folkeret, mens monisme med folkeretsprimat alene drejede om relationen mellem folkeret og folkeretlig – eller ingen – suverænitet. Begrebsdualismen opløser også inkongruensproblemet i dets måske første skikkelse, hos Hugo Grotius; se herom i kap. IX, 3.

Overseelse af sontringen mellem positiv og negativ suverænitet er naturligvis et fejlgreb. I forbindelse med diskussion om, hvorvidt stater har pligt til at give egne statsborgere ophold, fremføres følgende argumentation af P. Weis:

»The ... duty of admission and of non-expulsion of nationals ... is generally accepted as an inherent duty of States resulting from the conception of nationality. It is based on the territorial supremacy of States. If States were to expel their nationals to the territory of other States without the consent of those States or were to refuse readmission, thus forcing States to retain on their soil aliens whom they have the right to expel under international law, such action would constitute a violation of the territorial supremacy of these States. It would cast a burden on them which, according to international law, they are not bound to undertake, and which, if persistently exercised, would necessarily lead to a disruption of orderly, peaceful relations between States within the community of nations. ... the reason for this rule is simply the exclusiveness of territorial supremacy«, Weis (1979) s. 47.

Omdrejningspunktet for argumentationen angives at være, at ingen stat er forpligtet til at huse personer, som ikke er statens statsborgere, se også Weis (1979) s. 45f. Denne frihed huses i begrebet »territorial supremacy«. Friheden kan kun realiseres, såfremt det også er muligt at slippe af med ikke-statsborgere. Det er det samme som at sige, at denne stats frihed forudsætter, at ikke også alle andre stater er frie i sammenhængen. Denne frihed forudsætter i andre ord en anden stats pligt til at modtage personerne. Weis forstår således i sin argumentation at udvikle statens negative frihed til statens krav på at kunne udnytte denne frihed,

krav på at en anden stat skal tage mod personerne. Argumentationen bliver på den vis en interessant forveksling af negativ og positiv frihed (suverænitet). Udgangspunktet er stateres negative frihed – »the admission of aliens is in the discretion of each State«, Weis (1979) s. 45. Stater er ikke bundet af folkeretlige normer til at give ikke-statsborgere ophold – »except where a State is bound by treaty to accord such admission«, Weis (1979) s. 45. Denne negative suverænitet udvikles imidlertid umærkeligt til en positiv. Weis omformulerer den negative suverænitet til et krav om, at folkeretten garanterer den, garanterer det frie valg for staten med hensyn til ikke-statsborgeres ophold eller ej. Dette er positiv suverænitet, suverænitet i folkeretten. Forvekslingen gentages senere: »In the case of denationalisation, the doctrine of the survival of the duty of readmission after the loss of nationality follows, in fact, from the principle of territorial supremacy: this supremacy might be infringed by such unilateral action in so far as that action would deprive other States of the possibility of enforcing their recognised right to expel aliens supposing that no third State, acting in pursuance of its legitimate discretion, was prepared to receive them«, Weis (1979) s. 54.

Dette argumentatoriske fejlgreb betyder naturligvis ikke, at der ikke kan antages en norm, ifølge hvilken stater har pligt til at tage egne statsborgere i deres form. En sådan pligt, der er almindeligt antaget, er i øvrigt et normativt udtryk for, at territoriet indtager en mere central stilling end befolkningen i folkeretlig suverænitet og i et begreb om staten som *Sein*. Se videre kap. XII, 3.

I de følgende kapitler gennemføres begrebsdualismen i analyser af suverænitetsbegrebet. I kapitlerne IX–XI analyseres således sammenhængen mellem original suverænitet og retskilde- og metodelæren. Netop fordi traditionens begrebsmonisme under retskilde- og metodelæren er ambrosia for inkongruensproblemet, betinges en adækvat og tvangfri beskrivelse af den begrebsdualistiske tilgang. Den folkeretlige suverænitet analyseres i kapitlerne XII–XV. Inden disse analyser sættes begrebsdualismen i relief ved en konfrontation med nyere teorier om suverænitetsbegrebet i folkeretten samt EFD's forrangsprincip.

3. Konfrontation: nyere teori

Koskenniemi's fejlgreb omkring analysen af suverænitetsbegrebet kan nu endeligt blotlægges i sin helhed. I denne analyse arbejdes med to tilgange (approaches) til suverænitetsbegrebet: ifølge »the legal approach« bestemmes suverænitet »within the law«, mens suverænitet ifølge »the pure fact approach« er »a normative fact with which the law must accommodate itself«, *Structure* henholdsvis s. 196 og 199. Sondringen mellem disse tilgange svarer i bund og grund til opdelingen ovenfor i folkeretlig og original suverænitet. Den afgørende forskel er så blot, at mens den sidste opdeling er begrebsdualistisk, har Koskenniemi ikke sat sig ud over en begrebsmonistisk forståelse af suverænitetsbegrebet, hvorfor hans sondring mel-

lem »legal approach« og »pure fact approach« går mellem tilgange til det samme suverænitetsbegreb.

Denne begrebsmonisme kaster Koskenniemis analyse af suverænitetsbegrebet ud i uuhjælpelige vanskeligheder. Således skal der ifølge Koskenniemi vælges mellem de to tilgange, hvilket til at begynde med »is not at all an easy task«, *Structure* s. 200, men som dog hurtigt bliver helt umuligt, se *Structure* allerede s. 205 og igen s. 206: »a choice between these two positions cannot be made«. Til eksempel hedder det videre omkring »any consensual obligation«: »From one perspective undertaking obligations seems a limitation of the State's 'sole right of decision' and in this sense its independence and sovereignty. From another perspective, the capacity to enter into such binding arrangements seems one without which a State could hardly be said to be truly sovereign at all. By arguing in this way, however, no solution can be found. The very problem-setting seems as frustrating as little boy's dispute about whether God Almighty can create a stone so big He Himself cannot lift up«, *Structure* s. 210f. Det frugtesløse i Koskenniemis tilgang til dette spørgsmål (problem) er netop en manglende sontring mellem to suverænitetsbegreber – et uden for og et i folkeretten. Ingen af disse suverænitetbegreber er absolutte i den forstand, at de(t) er af ubegrænset omfang og der- ved optræder i en beskrivelsesramme, hvis negation er tom, jf. afsnit 1 ovenfor. Netop påtagelsen af en folkeretlig forpligtelse implicerer en overgang fra den ene beskrivelsesramme til den anden for det pågældende beskrivelseselement – afgrænset ved den nye norms materielle omfang. Så snart troen på det absolutte i den negative suverænitet opgives, forsvinder Koskenniemis problem (spørgsmål).

For fuldkommenhedens skyld: hvad angår de små drenges leg med gud, består fejlen ikke i den ganske almindelige forestilling, at gud skulle være (absolut) suveræn, men i, at gud som beskrivelselement duplikeres og konfronteres med sig selv, uanset at gud i sin suverænitet netop kun er én (original en). Se også kap. XI, 2 om *Case of the S. S. Wimbledon*.

Fejlgrebet illustreres muligvis bedst med Koskenniemis forkastelse af begges tilganges enerådighed.

»The legal approach« svarende til begrebet om positiv eller folkeretlig suverænitet tillægges i hvert fald fire »unacceptable consequences«, *Structure* s. 217ff. For det første tømmes suverænitetetsbegrebet for egen »normative meaning« – positiv suverænitet er jo blot afledt af folkeretlige normer. Det er ifølge Koskenniemi et problem, fordi et almindeligt, (meta)normativt værn mod andre staters anklage mod staten for folkeretsbrud nu savnes; »In the absence of a 'natural' private realm, any act can plausibly be said to violate another State's rights if only that State so thinks«, fordi »any claim about my freedom, right, competence etc. will automatically involve a claim about others' obligations«. Men herved forudsætter Koskenniemi netop, at hævvelse af »my freedom«, dvs. af egen suverænitet, har et selvstændigt normativt indhold, som i sig selv konstituerer en pligt for kravets adressat; i andre ord forudsættes det diamentralt modsatte af et positivt suverænitetbegreb. For det andet – og i tæt meningssammenhæng med det første – vil staterne ikke have »a natural realm of liberty« men »will always have to

show a specific rule of international law entitling it to act or at least the absence of a prohibiting rule«. Men igen – det kan kun være et kritikpunkt ved forudsat forkastelse af netop begrebet om positiv suverænitet.

For det tredje, »and here is the paradox, the most important rules of general application seem to be precisely the rules laying down the right of self-determination, non-intervention, independence or exclusive jurisdiction. It is virtually impossible to imagine an international law in which such concepts would be reduced to non-normative abstractions«. Se tilsvarende *Gulf of Maine* s. 299. Men det sidste er jo heller ikke tilfældet, allerede fordi disse regler netop i vidt omfang er huse for folkeretlige normer og kernen i den positive suverænitet, samh. kap. XII. Og at overveje, hvorvidt reglerne kan borttænkes og folkeretten kan tænkes foruden dem, er netop at sætte sig ud over den folkeret, hvorved begrebet om positiv suverænitet defineres. For den positive suverænitet er det derfor heller ikke interessant, hvorvidt sådanne folkeretlige normer til eksempel har deres ophav i staternes egne mere eller mindre indirekte viljesytringer. For det fjerde kan Koskenniemi se et erkendelsesproblem omkring fortolkningslæren: »According to the legal approach, only individual rules have normative force. But fixing the sense of rule-formulations requires interpretation which connects them to the system in which they appear. Now the problem is that it is precisely the nature of the system which is disputed in the opposition of the legal and the pure fact approaches to sovereignty. We can construct the sense of individual rules only if we alr[e]ady know whether the freedom of the State is prior to the normative order or vice-versa«. Igen forkert – allerede fordi vi slet ikke kan snakke om noget begreb om positiv suverænitet, såfremt vi ikke kender de folkeretlige normer, hvorfra det afledes, og dermed også er inde i det folkeretlige system og med det inde i dets retskilde- og metodelære, herunder dets fortolkningslære. I det hele taget at lade fortolkningslæren forsøge sig bag et erkendelsesproblem er nonsens, fordi det tillige vil lamme erkendelsen (beskrivelsen) af enhver retsnorm og dermed lade retsvidenskaben lide vuggedøden.

Mod »the pure fact approach« er kritikken mere målrettet. For denne tilgang er problemet ifølge Koskenniemi ganske enkelt og udtømmende: »The problem with such doctrines is, however, that they do not provide grounds for decision in cases which involve a conflict of liberties«, *Structure* s. 222. Men herved forudsættes det, at der må være normative principper egnet til løsning af den pågældende konflikt. Og det er netop sådanne normer, som den negative suverænitet hævder, at staten er fri for. Se også kap. IX, 2.

Koskenniemis kritik af hver af tilgangene med den anden tilgang er en slående illustration af, at hans begrebsmonistiske antagelse af kun ét suverænitetsbegreb i bedste fald er inadækvat. Som sådan er det ikke i første række tilgangene, som viser sig inkonsistente. Det er derimod Koskenniemis omgang med dem, og hans stadige dragning mod den modsatte tilgang; i andre ord Koskenniemis brud på sin egen antagelse om, at den ene tilgang i et og alt udelukker den anden.

Koskenniemi er her trukket frem, fordi »From apology to utopia« indeholder det måske mest gennemførte udsyn til suverænitet med begrebsmonismens øjne i

nyere tid. Derfor bliver Koskenniemis fejlgreb så rene og klare, at de nærmest opfordrer til begrebsdualisme. I dette lys er der ikke behov for megen yderligere konfrontation. I kapitel VII, 1 er inkongruensproblemets hidtidige betydning kort skitseret – og med det dermed også den almindelige, udtalte tilegnelse af begrebsmonismen, samh. kap. VII, 4.

I moderne folkeretlige teori er det almindeligt at afvise den negative suverænitæt, se hertil kap. IX, hvorimod et begreb om positiv suverænitæt er gængs, jf. Lauterpacht (1933) s. 96, *Einheit* s. 47, Akehurst (1987) s. 16, Oppenheim (1992) s. 125. Til eksempel fremfører Ian Brownlie tre »corollaries of the sovereignty and equality of states ...: (1) a jurisdiction, prima facie exclusive, over a territory and the permanent population living there; (2) a duty of non-intervention in the area of exclusive jurisdiction of other states; and (3) the dependence of obligations arising from customary law and treaties on the consent of the obligor«, Brownlie (1990) s. 287. Alle tre konsekvenser antages af Brownlie af være »defined by law« og som sådanne elementer i positiv suverænitæt – også den tredje. Men de »special applications«, som tilskrives den tredje konsekvens, herunder retsplejens frivillighed og staternes frihed til at stå uden for internationale organisationer, se Brownlie (1990) s. 287f., illustrerer, at den tredje konsekvens ikke som de to andre konsekvenser i sig selv er en folkeretlig norm, men derimod et princip, hvorfra folkeretlige normer flyder. I andre ord er den tredje konsekvens væsentlig mere dybtrækkende end positiv suverænitæt i almindelighed, og bør derfor gives en nærmere analyse – som vil vise sig i stedet at pege på den negative suverænitæt som sin kilde, se navnlig kap. IX; metodelæren ligger under for samme besjæling, jf. kap. X og XI.

Meget lig Brownlie antages »The principle of legal sovereignty« at være »an abstraction from a number of relevant rules« hos Schwarzenberger & Brown (1976) s. 52, samh. s. 33f. I tilgift hertil skitserer forfatterne en sondring mellem positiv og negativ suverænitæt:

»When, as in the case of new rules of international customary law or mutual treaty obligations, each party concerned accepts limitations of its own jurisdiction so as to obtain corresponding concessions from others, the reciprocal character of the situation tends to obscure the real nature of the change which has occurred. Any new rule which is added to the body of international law changes the previously existing equilibrium between the rules governing the principle of sovereignty and the other principles of international law in favour of the latter. Moreover, *negative* sovereignty so limited does not vanish. Potential or actual jurisdiction is transferred to the potential or actual beneficiaries of these rules and transformed into *positive* sovereignty. In other words, each subject of international law concerned acquires additional rights under compulsory or optional rules of international law to command any of the other subjects in the same nexus to behave in accordance with the rule invoked«, Schwarzenberger & Brown (1976) s. 53.

Denne sondring mellem negativ og positiv suverænitet er en anden end den, som der slås til lyd for i afsnit 2 ovenfor. Sondringen ligger her fuldt ud i folkeretten; Schwarzenberger har således tidligere refereret til »the rules governing the principle of sovereignty«, »the rules underlying sovereignty«, Schwarzenberger (1969) s. 162. Negativ suverænitet er herefter »non-recognition of any superior authority«, Schwarzenberger (1969) s. 167, hvilket så i retlig sammenhæng oversættes til »Potential or actual jurisdiction«, jf. citatet ovenfor. Positiv suverænitet er tidligere sammenfattet af Schwarzenberger som »omnipotence«, Schwarzenberger (1969) s. 165, hvilket som nævnt i citatet i retlige sammenhænge er lig »beneficiaries of ... rules« – »In every such case, one subject of international law acquires the right to command another subject to behave in accordance with the rule invoked«, Schwarzenberger (1969) s. 175. Negativ suverænitet er således frihed for at ligge under for nogen, positiv suverænitet ret til at ligge over nogen.

Disse begreber ligner varianter over en mønts rotation – rettighedssubjektivitet i medfør af folkeretlige normer giver både ret til noget og dermed frihed for andet (såkaldt negativ suverænitet), ligesom der også i tilfælde af andres normbrud sædvanligvis indrømmes adgang til påtale (såkaldt positiv suverænitet). Sådan er det imidlertid ikke (her). Schwarzenberger (og Brown) opdeler nemlig positiv og negativ suverænitet materielt:

»territorial and personal jurisdiction ... are not forms of positive sovereignty, for they indicate independence from one another and mutually recognised areas of supremacy over objects of international law. Both are illustrations of negative sovereignty. ... It would be precipitate to assume that international law does not know of positive sovereignty. It operates through the medium of the compulsory and optional rules of international law which limit the scope of those governing territorial and personal sovereignty. ... Whenever a new rule of customary law grows up, the existence of a general principle of law recognised by civilised nations is proved or a treaty obligation has been created, the field of negative sovereignty shrinks in favour of that of positive sovereignty«, Schwarzenberger (1969) s. 174f.

Under forudsætning af normers »reciprocal character« kommer Schwarzenberger således til, at normer, som medgiver staten (eksklusiv) jurisdiktion, er at betegne som negativ suverænitet, mens folkeretlige normer i øvrigt, eller rettere: rettighedssubjektivitet i medfør af sådanne, er at forstå som positiv suverænitet. Opdelingen i negativ og positiv suverænitet er således en gruppering af rettighedssubjektivitet i henhold til folkeretlige normer ud fra indholdet af disse normer. Betydningen af den bredtfavnende positive suverænitet kan ikke være stor – slet ikke i analytisk forstand, samh. kap. XII, 2. Mest af alt synes begrebet introduceret med det ene formål at påvise, at begrænsning af negativ suverænitet ved (anden) pligtsubjektivitet ikke er af det onde, men at suveræniteten (rettighedssubjektiviteten) blot »is transferred to the ... beneficiaries of these rules«, jf. det ind-

ledningsvis citat – medmindre normerne ikke er gensidige eller reciprokke, samh. Schwarzenberger (1969) s. 177.

Den negative suverænitet er en udvidelse i forhold til Brownlies første »corollary«, »a jurisdiction, prima facie exclusive, over a territory and the permanent population living there«, Brownlie (1990) s. 287. Mens Schwarzenberger (og Brown) således mest af alt er interesseret i, hvilke personer staten har jurisdiktion over, nemlig personer på statens territorium samt statens statsborgere uden for territoriet, begrænser Brownlie sig til territoriet, om end det er lidt uklart, hvad tilføjelsen: »and the permanent population living there« signalerer. I alle tilfælde kan det næppe afvises, at Brownlie og Schwarzenberger ikke er enige om fiksering af denne form for suverænitet – som i henhold til nærværende afhandlings terminologi vil være at betegne som positiv eller folkeretlig, jf. afsnit 2 ovenfor. Lidt skarpere kan dette udtrykkes som en mere eller mindre grundlæggende vilkårlighed i dette (såkaldte) suverænitetsbegreb. Samtidig kan der spørges, hvad der overhovedet begrunder at tale om suverænitet i den sammenhæng – andet end tradition. Herom nærmere i kap. XII, 3. Det afgørende er her at bemærke sig, at også Schwarzenberger og Brown begrænser »legal sovereignty« til suverænitet i folkeretten. Herpå ændrer det i og for sig ikke, at samme forfattere også gør brug af et begreb om »political sovereignty«, hvilket vel nok er relevant for beskrivelse af en virkelighed, men ikke har meget at gøre i folkeretten, samh. Schwarzenberger (1969) s. 168ff. og Schwarzenberger & Brown (1976) s. 53.

Sluttelig skal det nævnes, at Anthony Carty – om end modvilligt – må bekende sig til en eller anden form for begrebsdualisme, når det hedder: »I would insist that each society should have to claim a right of cultural self-determination. Indeed it should be imposed on it, ironical and *apparently inconsistent* as this demand may sound«, Carty (1991) s. 69, saml. bla. s. 75 citeret ovenfor i kap. VII, 3. Det er dog åbenbart, at Carty ikke har forståelse for begrebsdualismens herlighed. & – begrebsmonisme er da også netop en grundsten for hele dette post-modernistiske trend, også for Carty. Martti Koskenniemi konkluderer blandt andet suverænitetsbegrebets unødvendighed, *Structure* s. 486, mens David Kennedy svæver omkring suverænitets begrebsmonistiske udgang på inkongruensproblemet og komisk nok formår at genopfinde folkeretten og levere den på det 20. århundredes – til stadighed – begrebsmonistiske tallerken, se hertil kap. IX, 5.

4. Konfrontation: EU-rettens forrang for intern ret

»Skønt EØF-Traktaten også er indgået i form af en international aftale, udgør den ikke desto mindre det forfatningsmæssige grundlag for et retsfællesskab. I fast retspraksis har Domstolen henvist til, at der ved EF's traktater er indført en ny retsorden, i forhold til hvilken medlemsstaterne på stadigt større områder har begrænset deres nationale beføjelser, og hvis retssubjekter ikke blot er staterne, men også disses borgere (jf. blandt andet dom af 5. februar 1965, Van

Gend en Loos, sag 26/62, Sml. 1954–64, s. 375). De væsentligste kendetegn ved den herved skabte fællesskabsretsorden er først og fremmest dens forrang i forhold til medlemsstaternes retssystemer samt den direkte virkning af en række bestemmelser, der gælder for medlemsstaternes borgere og for staterne selv«, EFT (1992) C 110 s. 11 pr. 21.

Med disse ord fremhævede EFD i *Domstolens udtalelse af 14. december 1991* om EØS-aftalen EF-rettens (EU-rettens) forskelle fra folkeret i almindelighed og banede derved vejen for EØS-aftalens underkendelse. Af de to principper: forrang og direkte virkning, er dog kun forrangen for EU-retlige normer et særegent princip, hvorimod princippet om direkte virkning længe har været en mulighed i folkeretten, jf. PCIJ Series B no. 15 s. 17f. og hertil Lauterpacht (1958) s. 173 ff., Brownlie (1990) s. 555, Oppenheim (1992) s. 17 – og princippet om direkte virkning og med det borgernes mulighed for retssubjektivitet i folkeretten forhindrede da heller ikke EFD fra ved princippet lancering i EF-retten (EU-retten) i den i præmissen nævnte dom, *N.V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend en Loos mod Den nederlandske Finansforvaltning*, samtidig at karakterisere EF-retten som »et nyt folkeretligt system«, *van Gend & Loos* s. 379.

Det særegne princip om EF-rettens (EU-rettens) forrang for intern ret blev første gang udtalt af EFD i 1964 i sagen *Flaminio Costa mod ENEL*. Forrangsprincippet er siden gentaget i serier af domme, blandt hvilke højdepunkterne er *Det italienske finansministerium mod S.p.a. Simmenthal*, hvor EFD udelukkede, »at nye nationale love ... gyldigt kan udstedes, i det omfang de måtte være i strid med fællesskabsretten«, Saml. (1978) s. 643 pr. 17, *The Queen mod Secretary of State for Transport ex parte: Factortame Ltd m.fl.*, ifølge hvilken dom »en national retsinstans, som i en sag vedrørende fællesskabsretten finder, at det eneste, der er til hinder for, at den træffer foreløbige forholdsregler, er en national retsregel, skal tilsidesætte denne regel«, Saml. (1990) I s. 2474 pr. 23, samt *Domstolens udtalelse af 14. december 1991*, EFT (1992) C 110 s. 11 pr. 21, citeret som indledning til dette afsnit.

Udgangspunktet for en forståelse af forrangsprincippet har dog til stadighed været de konkluderende præmisser i *Flaminio Costa mod ENEL*, hvori EFD gjorde gældende: »af alt dette fremgår, at den af traktaten affødte ret, der hidrører fra en autonom retskilde, på grund af sin selvstændige natur retsligt må gå forud for en hvilken som helst national bestemmelse, idet den ellers ville miste sin fællesskabskarakter, og idet selve retsgrundlaget for Fællesskabet ellers ville blive bragt i fare; staternes overførelse af rettigheder og forpligtelser i henhold til traktatens bestemmelser fra deres nationale retsorden til fordel for Fællesskabets retsorden medfører således en endelig begrænsning af deres suverænitet, imod hvilken en senere ensidig retsakt, der er uforenelig med fællesskabsbegrebet, ikke kan gøres gældende«, *Costa/ENEL* s. 536.

I andre ord tjener forrangsprincippet som begrundelse for, at EF-retlige (EU-retlige) normer er bindende – »medlemsstaterne [kan] ikke ... gøre en senere ensidig foranstaltning gældende imod en retsorden, som de har accepteret på gensi-

dig basis«, *Costa/ENEL* s. 535. Princippet om EU-rettens forrang blev EFD's trylleord for løsning af inkongruensproblemet til EU-rettens (folkerettens) fordel, idet EU-rettens forrang for intern ret er lig en afretning af medlemsstaternes suverænitet på EU-rettens slibesten: hvor EU-retlige normer gælder direkte, er medlemsstaternes suverænitet endeligt begrænset ved EU-rettens forrang, fordi en alternativ antagelse af suverænitet er lig umulighed eller i hvert fald svækkelse af den EU-retlige regulering, samh. kap. VII, 1 og IX, 1.

EU-rettens forrangsprincip svarer af princip til monisme med folkeretsprimat, idet synspunktet også her er, at et retssystem eller en retsorden er over en anden. Hertil svarer endvidere, at EFD som monisterne kobler EF-retten (EU-retten) og intern ret sammen til ét stort normsystem gennem, hvad der kan kaldes en supranational fejlslutning. Eksempelvis udtalte EFD i *Orsolina Leonesio mod Den italienske Republiks ministerium for land- og skovbrug*: »for at fællesskabsforordningerne kan have samme bindende virkning over for borgerne i alle medlemsstater, indgår de som et led i det nationale retssystem, som skal muliggøre den umiddelbare virkning, der foreskrives i artikel 189, således at private kan påberåbe sig forordningerne uden at støde mod nationalretlige bestemmelser eller sædvaner«, Saml. 1972 s. 82 pr. 22; herved (fejl)sluttede EFD fra et folkeretligt krav om, at »det nationale retssystem ... skal muliggøre den umiddelbare virkning«, til en internretlig efterlevelse: »fællesskabsforordningerne ... indgår«. Og ligesom en sådan sammenkobling af normsystemer gør monismen til en kontradiktion, jf. kap. VII, 2, begrundes den tilsvarende forrangsprincipet umulighed – sammenkoblingen er i det sidste tilfælde en supranational fejlslutning.

Et tilsvarende eksempel på den supranationale fejlslutning er et kategorisk krav om, at intern ret – uanset indholdet af internretlige normer – er at tolke i overensstemmelse med EF-retten (EU-retten), samh. *Marleasing SA mod Comercial Internacional de Alimentación SA*, Saml. (1990) I s. 4159 pr. 9, hvorimod fejlslutningen undgås, når fortolkningsreglen blot formuleres som et EF-retligt (EU-retligt) krav, hvis oversiddelse er et brud på EF-retten (EU-retten), herfor *von Colson og Kamann mod Land Nordrhein-Westfalen*, Saml. (1984) s. 1891 pr. 26 og *Paola Faccini Dori mod Recreb Srl*, Saml. (1994) I s. 3325 pr. 26.

I overensstemmelse med forrangsprincipets umulighed rummer (anden) folkeret da heller ikke et tilsvarende princip – men forstår tværtom ved forrang i det højeste det, at intern ret ikke er en del af folkeretten, se fx PCIJ Series B no. 15 s. 26f., hvilket er noget ganske andet end, at folkeretten dikterer intern ret. Det er værd at bemærke, at EFD da også oprindeligt i *Jean-E. Humblet mod Den belgiske Stat* undsage et princip svarende til det senere forrangsprincip, jf. Sammling (1960) s. 1185.

En anden ting er så, at det altid vil være en kilde til utilfredshed, at juraen ikke formår at løse modsigelsesproblemer på tværs af normsystemer. I *Flaminio Costa mod ENEL* advarede generaladvokaten mod »en fuldstændig uløselig konflikt mellem de to retsordener ... [som] ville ryste selve grundlaget for traktaten« – uanset at retsordenerne altså var to, se *Costa/ENEL* s. 546. Det er imidlertid en grundlæggende betragtning, at løsninger på modsigelse mellem normer gives i

metodelæren, som netop er knyttet til et specifikt normsystem, jf. kap. XI, 1. Og det ændrer ikke herpå, at forrangsprincippet måtte kunne udfylde en politisk rolle i det EF (EU), der er et af de største folkeretlige eksperimenter i historien.

Retligt er forrangsprincippet en umulighed; folkeretten kan ikke forhindre skabelsen af modsigende normer i intern ret. Og når EFD's forrangsprincip som slagord oplyser, at staters suverænitet ikke blot må vige i skabelsen af modsigende folkeretlige normer, men i det hele bør holdes ude for EU-retten (folkeretten), så er suveræniteten blot intern, se hertil særligt kap. I og V, 4 samt nedenfor i afsnit 5.

På baggrund af forrangsprincippets (retlige) umulighed bør også begrebet om supranationalitet overvejes, idet supranationalitet – uanset begrebets udtalte uklarhed i teorien – står i et eller andet nært forhold til hævdelser af EU-retlige normers forrang for intern ret, samh. Gulmann & Hægel-Sørensen (1993) s. 21, Rasmussen (1994) s. 101; se også Wyatt & Dashwood (1993) s. 55f. Efter min vurdering kan der ikke gives nogen juridisk begrundelse for at fremhæve EU-retten – ved et ord som »supranationalitet« – som et særegent retssystem. Når Verdross udnævnte EF-retten (EU-retten) til et eksempel på »das Interne Staatsgemeinschaftsrecht«, Verdross (1964) s. 4f., en tredje type retssystemer mellem intern ret og folkeret, beror det netop på en overvurdering af betydningen af individers folkeretssubjektivitet; saml. *Lærebog* s. 27ff. Allerede i midten af 1960'erne bortgik »supranationalitet« som politisk slagord i traktaterne bag EU. Der er ingen grund til at bevare ordet i omegnen af juridisk argumentation – ved retsnormer, som blot er en del folkerettens specielle del, og som for indeværende kaldes: EU-ret.

5. Ekskurs: intern suverænitet

I indeværende århundrede har der været et væsentligt træk væk fra antagelse af (negativ) suverænitet i folkeretten. Suverænitet er blevet reserveret til det interne retssystem – som intern suverænitet, det at være fri for norms subjektivitet i *dette* normsystem, samh. kap. V, 4. Heraf kan et begreb om ekstern suverænitet godskrives staten, (kun) med inkongruensproblemets forbehold for folkeret – og dermed med forbehold for indhold og mening, for en ahistorisk betragtning. Som sagt: suverænitet var alene et internretligt anliggende, idet det så hele tiden var underforstået, at der ved suverænitet var at forstå negativ suverænitet – frihed for norms subjektivitet. At forstå staten som suveræn i intern men ikke i ekstern henseende er tvangsfrit under dualismens tvang. Men det betyder så meget desto mere, at koblingen mellem suverænitet i intern ret og folkeret kan og bør opgives. I den sammenhæng kan ekstern suverænitet erstattes med suverænitetsbegreber i folkeretten, som er andet og mere end blot en afledning af den interne suverænitet. Herom i de følgende kapitler.

I nærværende afsnit gøres en ekskurs til den interne suverænitet og de overvejelser, som i nyere tid har været knyttet hertil. Ordet »ekskurs« er et *fremmedord*, mest af alt valgt ud fra den principielle betragtning, at et begreb om intern suverænitet netop er fremmed for folkeretten og følgelig ikke bør søges reflekteret ind i samme, samh. særligt kap. XII, 3 og XVI. Det må dog være klart, at suveræni-

tetsbegreber i intern ret og folkeret har samme rødder. Det internretlige suverænitetsbegreb står disse rødder nærmest, eftersom folkeretten oprindelig tog del i naturretten og således ikke i den del af retssystemet, hvor suveræniteten blev defineret. Jf. kap. IV, 2 og 8 samt XVI, 2.

Slægtskabet mellem suverænitet og intern ret kommer klart frem i John Austins forelæsninger, som i 1832 blev samlet i »The Province of Jurisprudence Determined etc.« og senere i en ny udgave, »Lectures on Jurisprudence« fra 1863. Hvor den positive rets definition hos eksempelvis Jean Bodin lød: »la loy n'est autre chose que le commandement du souverain, usant de sa puissance«, *La République* I s. 221, hedder det sig tilsvarende hos Austin, at »laws and rules, properly so called, are a species of commands«, i hvilken sammenhæng »A command is distinguished from other significations of desire ... by the power and the purpose of the party commanding to inflict an evil or pain in case the desire be disregarded«, Austin (1832) s. 13f. Positiv ret individualiseres herefter igen ved suverænen: »Every positive law, or every law strictly so called, is set by a sovereign person, or a sovereign body of persons, to a member or members of the independent political society wherein that person or body is sovereign or supreme«, Austin (1832) s. 9. Om end Austin gør det ud for et højere trin af elegance og raffinement end Bodin, så er (positiv) ret hos begge suverædens magtbud – sådan som det har været »in every age since the beginning of the history of legal thought«, Kelly (1992) s. 314. Mellem Bodin og Austin ligger ikke mindst Jeremy Bentham. Der er mange ligheder mellem Bentham og Austin, og en af de væsentligste årsager til Austins berømmelse er givet, at Benthams retsfilosofiske hovedværk, »Of Laws in General«, først blev endeligt offentliggjort i 1945. Nogle forskelle gør sig dog gældende. Austin fulgte Hobbes og tillod ikke retlige begrænsninger af suverænitet, »It is true universally, that as being the sovereign of the community wherein it is sovereign, a sovereign government cannot be bound legally«, Austin (1832) s. 358. Modsat rummer Benthams teori mulighed for slige begrænsninger; »cases in which the sovereign shall not make any law, acts which he shall neither command nor prohibit, laws already subsisting which he shall not alter, may be settled in a variety of ways ...«, Bentham (1970) s. 18, note a. Se i øvrigt Hart (1982) s. 220ff., særligt s. 225ff. og også Austin (1832) s. 212f.

For disse forfattere betød afvisningen af moral og natur fra retsvidenskabens gebet, »The matter of Jurisprudence is positive law«, Austin (1875) s. 5, at også folkeret fik ny title. Bentham var den første til at gøre brug af betegnelsen »International Law«, idet han i 1786–89 udgav »Principles of International Law«. Og Austin titulerede samme normsystem som »positive international morality«, eftersom disse normer ikke udsprang fra nogen suveræn, men er »rules set and enforced merely by the opinion of an indeterminate body of men«, se Austin (1875) bla. s. 6, 65, 74, 88 samt Austin (1932) s. 12, 127, 141f. og 200f.

Et abstraktionens (ny)brud med denne tradition for hævvelse af rettens kilde i en fysisk, faktisk person, i en suveræn, formuleres ved afslutningen på den kopernikanske bevægelse. Som anført i kap. V, 3 er staten suveræn hos Hegel – også internretligt. »Und sofern man als ein vorläufiges Ergebnis erkennt, daß es der

Staat ist, dem Souveränität zugesprochen wird, darf als fester Kern, als ruhender Pol in der Flucht wechselnder Erscheinungsformen der Souveränitätstheorie der Satz erfaßt werden, daß der Staat als ein an höchster Stelle Stehendes erkannt werden könne oder müsse«, *Das Problem* s. 5. Harts kritik af Austins »gun man« theory er eksemplarisk. Det kan i øvrigt bemærkes, at Hart ikke altid spurgte til, hvorvidt den interne suverænitet nu også var absolut – med udgangspunkt i Austins suveræn hedder det sig: »If he is sovereign he does not obey any other legislator and hence there can be no legal limits on his legislative power. The importance of the theory does not of course lie in these definitions and their simple necessary consequences which tell us nothing about the facts. It lies in the claim that in every society where there is law there is a sovereign with these attributes«, Hart (1961) s. 65. Den underliggende – og ifølge (også) dette citat Hart lidet kontroversielle – præmis er, at suverænen er suveræn i hele retssystemet og ikke i blot en del af dette, dvs. ikke blot i en mindre beskrivelsesramme. Præmissen har dog vist sig kontroversiel, også ifølge Hart. Den gængse indvending går på, at også suverænen personelt fikses via retsnormer, jf. Hart (1961) s. 74, ligesom også hans materielle kompetence er normativt bestemt. Og således kan han ikke være hele retssystemets herre, samh. fx *Das Problem* s. 8ff., særligt s. 16ff. samt s. 21 om den teologiske analogi. Se også kap. IV, 1 om Bodins leges imperii samt kap. IV, 3 om Hobbes' samfundspagt. Hos Kelsen fører indvendingen til Stufenbaus forvisning af normen om suverænitetens subjekt til et sted hinsides det ikke-hypotetiske: grundnormen bliver den øverste, ofte slørede norm. Og den erkendelige suverænitet rykker et trin op og besmykker i nærmest tautologisk ypperlighed staten, samh. kap. V, 4.

I princippet er denne kritiks berettigelse tvivlsom i det (delvise) omfang, den baserer sig på tanker om gyldighedsafledning mellem normer, se også kap. IV, 6. Men disse tanker er vel for det første ikke hele kritikens grund, og desforuden ligger både Bentham og Austin under for samme antagelse; således mente de med suverænen at have fundet kronen til rettens gyldighedsramme. De to forfattere forholdt sig forskelligt til suverænenes konstitution. Bentham havde med David Hume afvist samfundspagtens idé, og i stedet blev begrundelsen for suverænenes suverænitet skudt ud af den rettlige relevans-kreds; »Now by a sovereign I mean any person or assemblage of persons to whose will a whole political community are (no matter on what account) supposed to be in a disposition to pay obedience: and that in preference to the will of any other person«, Bentham (1970) s. 18 og s. 16: »... and obedience, by which the power of the sovereign, in point of fact, is constituted«. Sammenholdt med definitionen af law, jf. Bentham (1970) s. 1, kan således opdrives en cirkel. Se endvidere Hart (1982) s. 221. Austin raffinerede dette syn ved at hævde den vanlige adlydelse som grund for suverænenes magtposition: »The bulk of the given society are in a habit of obedience or submission to a determinate and common superior«, Austin (1932) s. 193f., Austin (1875) s. 82, samh. kap. IV, 4. Hermed afskærer Austin sig fra i sit tankesystem at sondre mellem »gun man« og suveræn, uanset at en manglende sondring forekommer absurd. I den forstand er blandt andet Harts kritik berettiget.

Men det betyder ikke, at kun staten nu er at betragte som suveræn – i egen, isolerede majestæt, jf. kap. V, 4. Det er i bund og grund blot et spørgsmål om valg af beskrivelsesramme, og vælges en eller anden variant af retssystemet som ramme, kan andre subjekter for suveræniteten til stadighed udfindes. De statslige magtorganer kan udgøre elementerne i en beskrivelsesramme, som herefter kan systematiseres – også hierarkisk. Og denne beskrivelsesramme kan måske være hele retssystemet, når statsorganerne så blot forstås som normers personifikation. Alt efter de nærmere kriterier for elementernes fiksering, kan fx lovgivningsmagten eller grundlovgivningsmagten anses for øverst og som sådan suveræn.

Hvad der er over og hvad der er under bestemmes i denne sammenhæng ud fra metodelærens forrangsregler, der til eksempel foreskriver, at grundlov går forud for lov og lov forud for bekendtgørelse. Samh. ovenfor i kap. IV, 6 og II, 1.

Derimod holder det ikke med Austin samtidig at forstå suveræniteten som kilde til retsnormers gyldighed. I en Stufenbau-konstruktion vil suverænen blot være (andre) normers personifikation og således ikke det samlende gyldighedspunkt; samh. kap. IV, 1 og 3. Og det er da også korrekt, at fri for normsaktivitet og dermed suveræn i denne forstand er intet retssubjekt og derfor alene staten – som normsystemet selv. Hvorom alting er, så er det derfor blevet staten som sådan, der er at betegne som suveræn i relation til intern ret, samh. kap. V, 4. Staten er øverst – men også alene, i den ene eller anden ramme; Austin ville derfor ikke have talt om suverænitet i dette tilfælde, da der ville ikke være nogen at befale noget til: »every law properly so called is set by a superior to an inferior or inferiors«, Austin (1832) s. 350 og også s. 24f.

Denne statens suverænitet er absolut i den forstand, at intet begrænser staten fra en internretlig synsvinkel; beskrivelsesrammens negation er tom, staten er herre over alt (internt), samh. kap. VII, 4. Det kan også udtrykkes derhen, at dualismen er tvungen, se kap. VII, 2: staten er et selvstændigt normsystem og er derfor ikke for dette system at se undergivet nogen anden faktor, noget andet element. Folkeretten har ingen betydning her, i intern ret – medmindre det netop er i kraft af internretlige normer. Fra en internretlig synsvinkel står folkeretten ikke over intern ret – dualisme, igen. Det betyder, at fra samme internretlige synsvinkel er der intet – ud over internretlige normer – til hinder for, at folkeretlige forpligtelser kan brydes. Eksempelvis forhindrer hverken Rom- eller Maastricht-traktaten, at Danmark melder sig ud af EU – fra et internretligt, dansk synspunkt. Dette vil være et folkeretsbrud, men når den danske tiltrædelseslov er ophævet, er der intet til hinder for en sådan udmeldelse i henhold til intern ret. EU-retten anerkender naturligvis ikke dette – men det er netop ikke et synspunkt med relevans for dansk ret, men derimod et EU-retligt eller folkeretligt synspunkt.

Tilsvarende gælder, at EFD's formulering af et forrangsprincip er foruden (retlig) mening – også i intern ret, samh. afsnit 4. En misforståelse heraf er adskillige præjudicielle søgsmåls udspring, særlig markant er *The Queen mod Secretary of State for Transport ex parte: Factortame Ltd m.fl.* I den sag var spørgsmålet, »om en national retsinstans, som i en sag vedrørende fællesskabsretten

finder, at det eneste, der er til hinder for, at den træffer foreløbige forholdsregler, er en national retsregel, skal tilsidesætte denne retsregel», Saml. (1990) I s. 2433 pr. 17. EFD var ikke i tvivl og kunne konkludere: »Følgelig må det forelagte spørgsmål besvares med, at *fællesskabsretten* skal fortolkes således, at en national retsinstans, som i en sag vedrørende fællesskabsretten finder, at det eneste, der er til hinder for, at den træffer foreløbige forholdsregler, er en national retsregel, skal tilsidesætte denne regel», Saml. (1990) I s. 2433 pr. 23. Hvad svar skulle EU-retten ellers give – som et selvstændigt retssystem.

House of Lords var – hvad angik engelsk ret – kommet til, at engelske domstole ikke havde kompetence til at tilsidesætte reglen. Og »House of Lords rejste derefter spørgsmålet om, hvorvidt engelske domstole på trods af denne nationale retsregel var beføjet til at træffe foreløbige forholdsregler over for Kronen i medfør af fællesskabsretten», Saml. (1990) I s. 2433 pr. 14. Men hele dette spørgsmål er misforstået, idet det bryder grænser ned mellem selvstændige retssystemer. Mangler engelske domstole kompetence til at træffe forholdsregler, så mangler denne kompetence, uanset hvilke modgående normer der måtte rummes i naturret, svensk ret eller EF-ret. At følge disse engelske regler ville så gøre det ud for et folkeretsbrud og et heraf flydende brud med EU-retten. Men disse er andre retssystemer. Herom var EFD afklaret for så vidt som EFD træf afgørelse ud fra alene normerne i sit system: EU-retten. Enhver anden tilgang er en retsvildfarelse og en gentagelse af det fejlgreb, som bærer også de monistiske konstruktioner, herom kap. VII, 2.

Tilbage kan så stå den danske grundlovs § 20: »Beføjelser, som efter denne grundlov tilkommer rigets myndigheder, kan ved lov i nærmere bestemt omfang overlades til mellemfolkelige myndigheder, der er oprettet ved gensidig overenskomst med andre stater til fremme af mellemfolkelig retsorden og samarbejde«. For en principiel betragtning er den suverænitetssafgivelse ikke at forstå som internretlig. Suverænitet i internretlig sammenhæng er ubegrænset, staten er fri for enhver normsubjektivitet, og alene internretlige normer kan hindre dansk brud med EU – set fra samme internretlige vinkel, jf. Zahle (1989) 3 s. 189, saml. s. 190. Suverænitetssafgivelsen skal derimod forstås med udsyn til folkeretten, efter – som Danmark ikke uden at begå folkeretsbrud kan tage den afgivede jurisdiktion (suverænitet) tilbage. Men er denne brug af ordet »suverænitet« som synonym til jurisdiktion (også) berettiget i folkeretten? Efter min mening er det ikke tilfældet, samh. kap. XII, 3. (Såkaldt) Suverænitetssafgivelse i henhold til grundlovens § 20 er anvendelse af et internretligt suverænitetsbegreb på folkerettens præmisser – såfremt Danmark ikke vil begå folkeretsbrud, hvilket dog dybest set ikke er forbudt i medfør af uforanderlig dansk ret, har Danmark afgivet suverænitet; se mere generelt for et sådant synspunkt Brownlie (1990) s. 78f.

Afslutningsvis kan spørges, hvorfor denne »suverænitetssafgivelse« ville være grundlovsstridig, såfremt § 20 ikke var blevet indsat i 1953. Den kompetenceoverdragende traktat er folkeretlig: den indgås efter folkerettens regler og inkorporeres på sædvanlig vis i intern ret. Det særegne ved dette er alene, at traktaten gør krav på umiddelbar gyldighed i staterne for (nogle af) de retsnormer, som udstikkes af den i henhold til traktaten kompetente myndighed, samh. EF-traktatens art. 189. Heri ligger, hvad der kan kaldes det internt statsfællesskabsretlige: en kompetencedelegation ud af staten (til intern retsskabelse), samh. Zahle (1989) 2 s. 143f. om dualismesynspunktet samt afsnit 4 ovenfor. Og det synes at have været det (tidligere) grundlovsstridige. Zahle nævner til karakteristik af den supranationale organisation i dansk forfatningsret også et nationalitetssynspunkt og et suverænitetssynspunkt som afgørende, jf. Zahle (1989) 2 s. 141, jf. s. 143 og 144f. Nationalitetssynspunktet, dvs. det synspunkt at national kompetence udøves nationalt, er imidler-

tid inkorporeret i dualismesynspunktet og således ikke selvstændigt. Suverænitetssynspunktet går på, at traktaten bevirker en begrænsning af national suverænitet. Som vist ovenfor er dette synspunkt ikke korrekt.

KAPITEL IX

SUVERÆNITET I FOLKERETSKILDELÆREN

1. »The prison-house of irrelevance«, *Structure* s. xv

Folkerettens juridiske struktur søges almindeligvis sammenlignet med den, som kendetegner de interne retssystemer i i hvert fald den vestlige verden – den tidligere civiliserede verden, om det sidste Grewe (1984) s. 520ff. En række åbenbare forskelle kan påpeges. Som udgangspunkt er folkeretten foruden institutioner, det være sig lovgivende, udøvende eller dømmende. Tilslutning til fx FN og ICJ er ikke obligatorisk. Modsat kan intern ret (staten) i sig selv betragtes som en institution, eller blot som rammen om andre institutioner – til eksempel lovgivning, forvaltning, dom og tvangshåndhævelse. Her gives retsubjekterne, individerne eller borgerne, ikke noget valg.

Efter opremsning af sådanne formelle forskelle mellem folkeret og intern ret har den folkeretlige teori set det som sin opgave at vurdere betydningen af forskellene – for folkeretten. Ikke mindst betydningen for det folkeretlige normsystems effektivitet. Vurderingen er typisk skeptisk, måske særligt men i al fald ikke alene hvad angår krigsretten. En prøve på skeptisk vurdering giver Anthony Carty allerede indledningsvis i »The Decay of International Law?«: »The state of nature signifies more than the absence of the marks of a world State, legislature, executive and judiciary. It means that there is no legal system which defines comprehensively the rights and duties of States towards on another«, *Decay* s. 1. Med stor slagkraft fremfører tillige Alf Ross – efter en forholdsvis afbalanceret indledning –, at læseren »ikke [kan] undgå at erkende, at folkeretten i mange henseender er en orden af langt svagere karakter med hensyn til dens evne til at dirigere menneskelig handling mod sociale formål«, *Lærebog* s. 59. At undlade at betragte »folkerettens anarkiske karakter« i form af mangel på magtmonopolisering som en ulykke »er en naiv miskendelse af lovene for et samfunds opbygning« og fordi »De alvorligste konflikter i et samfund er ... konflikter om, hvad der bør være ret«, så er folkerettens »udpræget statiske karakter« forvaltet gennem »Dogmet om staternes suverænitet og ligestilling«, herunder ret til ikke at samtykke i retsskabelse, »En af de største farer for freden«, ligesom folkeretten ligger under for »en primitiv forenkling« i og med, at den finder et større fundament end intern ret i (rets)sædvanen, se i det hele *Lærebog* s. 59ff., hvor der slutteligt knyttes et par bemærkninger til folkerettens asociale karakter og til subjekternes fåtallighed. Samme holdning ligger gemt bag etiketten »utopia« i Koskeniemi »From apology to utopia«, se herom kap. VII, 3. Andre eksempler er *Das Problem* fx s. 319f., Hart (1961) s. 215. Samh. Burley (1993) s. 205 og Oppenheim (1992) s. 11 og 13 samt Sørensen (1946) s. 25f., i øvrigt med en misforstå-

else af *prognoseteorien*. Se også Lauterpacht (1933) s. 403ff. I *Structures* s. 294 hedder det: »But the interminability of international law seems the subtle secret of its succes«. Holdningen er endvidere udbredt i politisk filosofi, herom fx Brown (1992) s. 57ff. og Nicholson (1989) bla. s. 2 og 26ff. med »The prisoners' dilemma«.

I princippet er den negative vurdering vilkårlig, allerede fordi det er iøjne-springende vanskeligt at gøre sig nogen mening om graden af et normsystems effektivitet – ikke blot over tid, men også i forhold til andre normsystemer. Men i øvrigt er vurderingens i almindelighed udtalte præmisser en studie værd. Et: det forudsættes, at institutioner fremmer normers effektivitet – som blomsten af ret-tens (statens) evolution gennem vor civilisation, glidende fra naturtilstand, sæd-vaneret funderet i retssubjekternes egen jord til lovregulering udstukket fra oven, samh. *Decay* s. 15. To: det forudsættes, at intern ret ville miste et væsentligt greb om effektiviteten ved institutioners opløsning. Institutionerne er i andre ord både tilstrækkelige og nødvendige betingelser for den interne rets – højere – effektivitet, jf. Ross' ovenfor citerede belæring om »et samfunds opbygning«. Muligheden for disse præmisser antagelse knytter an til spørgsmål, som har været diskuteret gennem århundreder. I et vist omfang kan svarene siges stadig at være godt gemt, og i dette omfang forekommer præmisserne mest af alt at være følelsesudladninger funderet på retssociologisk vilkårlighed. Også fordi der hertil kommer endnu en udtalt præmis – tre: det forudsættes, at de første to præmisser bevarer deres gyldighed i folkeretten, således at også institutioner her er effektivitetens nødven-dige betingelse, i andre ord forudsættes endnu en domistisk analogi. Først med denne analogi knytter en (så nu) forsmået folkeret an til den interne rets evolution. Alene heri kan den negative vurdering søge at skjule sin vilkårlighed – i vilkårlighed; intensiteten af folkeretlig regulering tages eksempelvis ikke i betragtning, ej heller de folkeretlige retssubjekters fåtallighed uanset at det også af den grund fx måtte være lettere at afsløre retsbrud i folkeretten end i intern ret; se også Verd-ross & Simma (1984) s. 51, Henkin (1989) s. 45. Samh. Hart (1961) s. 193: »Yet, expect in very small closely-knit societies, submission to the system of restraints would be folly if there were no organization for the coercion of those who would then try to obtain the advantages of the system without submitting to its obligati-ons«; afsnittet er i øvrigt i sine illustrationer noget modstridende, Hart (1961) fx s. 191 og 194.

Alt i alt er den negative vurderings grundlag særdeles speget. Heri indeholdes ikke noget værn mod Brierlys langt mere positive synspunkt: »Breaches occur of the so-called laws of war, but in time of peace any comparison between the regu-larity of the observance of international law and of internal law would probably be favourable to the former«, Brierly (1958) s. 54 og fx også s. 69.

Såfremt det kan accepteres, at effektivitetsvurderingens udfald i det store hele er vilkårligt set i forhold til retssubjekternes egentlige iagttagelse af normerne, er det videre spørgsmål, hvorfor stemningen i den folkeretlige tradition alligevel er orienteret mod en negativ vurdering af folkerettens funktion og effektivitet. Bri-erly gav også en forklaring herpå:

»The reason seems to lie in the survival, sometimes avowed, sometimes merely implicit, in modern legal science of the distinction between the political condition and the 'state of nature'. The dead hand of Hobbes is still heavy upon us. ... The conception of a state of nature, or the notion of any fundamental contrast in condition between international society and the society of a state under whatever terminology we describe it, has persisted, like the conception of sovereignty from which it is really inseparable, because it is a half-truth, because, in fine, power in the international sphere is still largely unregulated by law«, Brierly (1958) s. 55.

Denne udlægning, som knytter den negative vurdering af folkerettens effektivitet til original suverænitet, er dragende. Jeg er dog ikke overbevist om, at den negative vurdering tillige skal relateres til det klassiske syn på folkeretten som regulering af en staternes naturtilstand, herom kap. IV, 8. Perspektivet i det følgende er, at uanset den moderne opposition til (original) suverænitet med inkongruensproblemet som våben, ligger folkeretten under for antagelse af samme (originale) suverænitet i sin grundstruktur, hvilket under begrebsmonismens åg parrer den indledningsvis opposition til suverænitet med et mere afslutningsvis sortsyn på hele folkerettens effektivitet. For en begrebsmonistisk synsvinkel besjæles folkeretten ad denne vej med en grundlæggende inkonsistens, beskrevet i nedtrykte stemningsbilleder. Det er denne – mere eller mindre positivistiske – grundstruktur, som undersøges i de følgende afsnit.

Den begrebsmonistiske sammenblanding har i navnlig ældre teori båret et parallelt spørgsmål om, hvordan folkeretten overhovedet kunne være bindende – hvordan folkeretten overhovedet kunne være et normsystem, fx Sukiennicki (1927) s. 219, Rousseau (1944) I s. 363, Brierly (1963) s. 51f. og Nozari (1971) s. 102. Samh. Lauterpacht (1970) I s. 57f.: »It would seem, therefore, that to regard the will of States as the exclusive source of the validity of international law is to confuse the creation, by treaty or custom, of new law – for which, in general, the consent of States is required – with, in the wider sense, the establishment and the binding force of international law as a whole« og hertil også kap. IV, 6 samt kap. VIII, 4 om EU-rettens forrangsprincip. Det skal understreges, at dette ikke kan betragtes som en diskussion af, hvorvidt folkeretten (really) er ret eller – blot – moral, samh. Hart (1961) s. 211. For også moralske normer er bindende – som normer.

David Kennedy ligger tilsyneladende under for samme folkeretsskeptiske spørgsmålstegn – eller indlæser det i hvert fald i doktrinen. Til eksempel hedder det: »In a schematic and preliminary way, we can imagine the arguments which might be made on behalf of hard and soft sources in a world of autonomous states. Suppose that one sovereign (State 1) when invoking a norm against another (State 2) argues *that the norm invoked is authoritative and binding because ...*«, Structures s. 30. Dette argument er imidlertid slet ikke folkeretligt relevant, allerede fordi der med enhver norm følger en fiksering af normsubjekterne, hvorfor spørgsmålet om normers bindende kraft er passeret. Andet er absurd, jf. kap. XII, 3. Siden veksler Kennedy imidlertid sit synspunkt til arsurditetens ypperlighed – et grundlæggende erkendelsesproblem omkring retsnormer: »The reliance of sources discourse upon an independent process discourse is easiest to see. Procedural discourse seeks to answer questions like 'who participates in the international legal system?' Sources of law discourse depends upon an independent answer to this question. In order to canvas the consent of those to be bound by a norm, as required by a hard notion of the source of law, or to determine whose notions of justice counted, as required by a soft notion of the source of

law, we had to know upon whom the law whose source we sought was to be binding. If we could not identify the subjects and objects of international law independently of our sources discourse, hard and soft arguments *would become tautological, for they would be forced to define their own reference group*«, *Structures* s. 190. Saml. kap. XII, 3.

2. »*In these circumstances, all that can be required of a State is that it should not overstep the limits which international law places upon its jurisdiction; within these limits, its title to exercise jurisdiction rests in its sovereignty*«, *Lotus* s. 19

Disse bevingede ord kan føres tilbage til PCIJ's dom af 7. september 1927 i *The Case of the S. S. Lotus*. Det var den første sag for PCIJ, som alene drejede sig om sædvaneretlige spørgsmål – og PCIJ's dom blev »one of the landmarks of twentieth-century jurisprudence«, Henkin (1989) s. 278. Lotus var en fransk damper, som året forinden i åbent hav havde kollideret med en tyrkisk kulbåd, Boz-Kourt. Otte tyrkere omkom. Tyrkisk politi ønskede at retsforfølge også den vagthavende, franske officer på Lotus. Officeren, Monsieur Demons, blev senere dømt ved en tyrkisk domstol. Sagen for PCIJ blev herefter et spørgsmål om tyrkisk kriminal-jurisdiktion.

I dommen blev det – måske noget tvivlsomt, jf. YILC (1956) II s. 281 – lagt til grund, at spørgsmålet om jurisdiktion ikke var reguleret i folkeretten, jf. konklusivt *Lotus* s. 30f. Sagens udfald for PCIJ lå derfor i forlængelse af et mere principielt spørgsmål:

»The French Government contends that the Turkish Courts, in order to have jurisdiction, should be able to point to some title to jurisdiction recognized by international law in favour of Turkey. On the other hand, the Turkish Government takes the view that Article 15 allows Turkey jurisdiction whenever such jurisdiction does not come into conflict with a principle of international law«, *Lotus* s. 18.

Det franske synspunkt hævder, at national jurisdiktion – i et eller andet omfang – ligger under for et hjemmelskrav. Jurisdiktionen hviler på en delegation, som gennembrøder en ellers altomfattende, folkeretlig forbudsnorm mod staters udøvelse af jurisdiktion. Udgangspunktet skulle således være, at de tyrkiske domstole ikke havde jurisdiktion i sagen mod den fransk officer. Heroverfor står det tyrkiske synspunkt, hvorefter udgangspunktet er fri jurisdiktion, som folkeretten fragmentarisk indskrænker gennem forbud og påbud. Det er et suverænitets syn på sagen: udgangspunktet er staternes (originale) suverænitet, som legitimerer folkeretten. Men det er kun et udgangspunkt, se for en misforståelse Lauterpacht (1933) s. 95f., saml. s. 3.

Valget mellem synspunkterne er ikke fuldt ud vilkårligt. Nok ser et valg mellem de disjunktive størrelser, frihedens og ufrihedens udgangspunkt, måske ikke meget anderledes ud. Men fra en normativ vinkel er der en afgørende forskel.

(Negativ) Frihed er fravær af tvingende normer; ufrihed tilstedeværelse af de samme. Ingen folkeret, så ingen folkeretssubjektivitet, så ingen statslig normsubjektivitet, så (negativ) frihed. Uden normer er der ingen tvang – i medfør af sådanne normer; i sagens natur. Og dét, det er frihed – efter almindelig sprogbrug, jf. kap. IV, 7. Derfor fordrer det franske synspunkt ikke blot ufrihedens udgangspunkt, men med dét også en almindelig forbudsnorm mod udøvelse af jurisdiktion. Omvendt forudsætter det tyrkiske standpunkt, at en sådan norm ikke antages. Striden går derfor i antagelse af en sådan almindelig forbudsnorm.

Koskenniemi er åbenbart uenig heri. I *Structure* s. 28f. kritiseres Kelsen for et synspunkt svarende til det tyrkiske, se Kelsen (1966) s. 438f. Koskenniemi anfører: »This view – which echoes the famous dictum of the PCIJ in the Lotus Case – argues that a legal system contains a residual principle which provides for the freedom of the State unless determinate rules exist to restrict it«. Her må der spørges, hvad der forstås ved statens frihed. Forstås der – med Kelsen – (negativ) frihed for tvang i form af folkeretlig pligtsubjektivitet, så er denne frihed et negativ af den folkeretlige regulering og ikke et positiv, som finder sin hjemmel i folkeretlige normer; så er frihed blot en konstatering af, at folkeretten ikke regulerer det pågældende emne. Det overser Koskenniemi endnu en gang: »This version fails because it is devoid of criteria for preferring between conflicting freedoms«, for her forudsættes det netop, at folkeretten har til opgave at regulere det pågældende emne, den pågældende konflikt, men det vil så også sige, at ingen stat her er fri i ovennævnte betydning, samh. kap. VIII, 3. Koskenniemis kritik af Kelsen er netop baseret på antagelse af en almindelig forbudsnorm, som slår igennem i tilfælde af mangel på »determinate rules«. Det er det franske synspunkts kritik af det tyrkiske – gentaget i Koskenniemi (1994²) s. 149, saml. Fastenrath (1993) s. 338.

Se også *Structure* s. 222f. og 232 samt Lauterpacht (1958) s. 165f. og 366, Fastenrath (1991) s. 246 om »Der übersteiger Souveränitätslehre« og Verzijl (1968) I s. 276f. for en kontradiktion: »If it were true that the law of nations leaves the delimitation of the frontiers in this case to the exclusive jurisdiction of the state ... international law would make a meaningless statement« – om noget ikke-folkeretligt; nonsens. Også i Altamiras dissens i *The Case of the S. S. Lotus* findes en automatisk tilslutning til det franske synspunkt under den ufuldkomne forudsætning, at frihed – i hvert fald her – forudsætter folkeretlig hjemmel, et ufrihedens hjemmelskrav, *Lotus* s. 102f.

I sagen fulgte PCIJ det tyrkiske synspunkt – ud fra »the very nature and existing conditions of international law«. Fordi – »International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims«, *Lotus* s. 18. Antagelse af det tyrkiske standpunkt formuleres som blot et specialfald af forestillingen om staternes originale suverænitet af hvilken folkeretten udspringer – og legitimeres.

Som konsekvens af denne forestilling opfører analytisk retsteori almindeligvis en reduktion af alle normer til pligtenormen. I princippet er valget mellem pligtenormen og kravnormen i denne sammenhæng vilkårligt: begreberne er korrelativt bundne, således at der altid til en pligt svarer et krav – og omvendt. Ikke desto mindre er der fast tradition for at lade pligtenormen klæde sig i udgangspunktets stoffer; udsigelse af ord som »kravnorm« virker som en uskøn blanding af lyde. Så vidt jeg kan se, skal valget af pligtenormen ikke mindst ses som konsekvens af tvangsordnin-

gers grundlægning i den original friheds (suverænitets) krybe. Se også *Ret og retfærdighed* s. 196ff. og *Retslæren* s. 250ff.

Svend Gram Jensen har ment sig i stand til at berøve pligtenormen udgangspunktets klæder og i stedet give dem til ansvarsnormen, Gram Jensen (1993) s. 36f., 43f. og 50ff. På sin vis er dette blot en variation over vilkårligheden, men antagelse af så snæver en sammenhæng mellem pligt og ansvar er ikke ubetænkelig, se Eckhoff & Sundby (1991) s. 69f. Samh. *Corfu Channel Case* og herom Lauterpacht (1949) s. 54, 66 og 71. Navnkundig repræsentant for det modsatte standpunkt er John Austin: »A command is distinguished from other significations of desire ... by the power and the purpose of the party commanding to inflict an evil or pain in case the desire be disregarded«, Austin (1832) s. 14. Se også kap. XII, 3 for kritik.

Hvad nu angår det modsatte, franske synspunkt, kan nogle bemærkninger knyttes til den almindelige forbudsnorm. Denne norm kan ikke tvangsfrit tage sig ud som en folkeretlig norm. Om end dommen er afsagt i en anden, europæisk folkeretskultur end nutidens, så er en sådan forståelse i alle tilfælde uhensigtsmæssig. Det allerede fordi folkeretsbrud som en dagligdagens trivialitet alene ville kunne undgås, såfremt den almindelige forbudsnorm blev ramme om nogle vældig fleksible hjemmelsregler, der kunne indeholde de mangefarvede florer af normer, som divergerende interne retssystemer bidrager med, samh. *Lotus* s. 19. Den fleksibilitet ville i et eller andet omfang besjæle folkeretlige normer med et mindstemål af uklarhed, hvilket i sidste ende ville svække den samlede folkeret. Antagelsen af den almindelige forbudsnorm som folkeretlig har imidlertid også mere vidtrækkende konsekvenser, idet en sådan forståelse jages af regressens reproduktion af det her drøftede spørgsmål på en trindhøjere niveau. For det franske synspunkt måtte det jo stadig være lige uklart, hvorfor fravær af den almindelige, men folkeretlige forbudsnorm skulle føre til frihed. Dét, at forbudsnormen ikke uden besvær kan være folkeretlig, formuleres således i dommen: »Adopting, for the purposes of the argument, the standpoint of the latter of these two systems [det franske synspunkt], it must be recognized that, in the absence of a treaty provision, its correctness depends upon whether there is a custom having the force of law establishing it. The same is true as regards the applicability of this system – assuming it to have been recognized as sound – in the particular case. It follows that, even from this point of view, before ascertaining whether there may be a rule of international law expressly allowing Turkey to prosecute a foreigner for an offence committed by him outside Turkey, it is necessary to begin by establishing both that the system is well-founded and that it is applicable in the particular case. Now, in order to establish the first of these points, one must, as has just been seen, prove the existence of a principle of international law restricting the discretion of States as regards criminal jurisdiction«, *Lotus* s. 21. De fleste af dissenserne overså dette. For en misforståelse af argumentationen, se *Structures* s. 153, note 82.

Alle disse(nser) anlægger en præciserende eller indskrænkende forståelse af det franske synspunkt, idet den originale suverænitet fikseres stedligt til statens eget territorium, således at den almindelige forbudsnorm ikke i stedlig forstand er altomfattende, men indskrænker sig til at favne blot andre staters territorium. Denne præcisering er for nærværende diskussion uden betydning – så længe den ikke grundes på en folkeretlig norm. Er det sidste tilfældet, afviger de dissenterende

dommere præciseringer eller indskrænkninger af det franske synspunkt i hvert fald fra samme synspunkt. Det franske synspunkt står jo netop i opposition til et tyrkisk synspunkt hævde, at jurisdiktion er tilladt »whenever such ... does not come into conflict with a principle of international law«, *Lotus* s. 18.

Idet det tyrkiske synspunkt ikke primært er orienteret mod bevisbyrdens fordeling, kan det franske synspunkt kun med mening tage stand heroverfor, såfremt Frankrig var af den formening, at hjemmel til hævde af tyrkiske ufrihed kunne findes i andet og mere end »international law«. Var dette ikke Frankrigs mening, så er det klart, at jeg, de seks dommere, som ikke dissenterede i sagen, samt adskillige forfattere, som har kommenteret sagen, og vel også Tyrkiet har fejlfortolket det franske udsagn. Det ville dog ikke ændre på den egentlige konklusion i dette afsnit: at udgangspunktet tages i staters (originale) frihed, samh. nedenfor.

Til illustration af tankegangene hos dissenterende dommere i sagen haves reservationen over for det tyrkiske synspunkt i Weiss' dissens, formuleret i disse vendinger: »First of all, there is the principle of the sovereignty of States in criminal matters, not a universal, undefined, unlimited sovereignty such as Turkey adduced, but a sovereignty founded upon and limited by the territory over which the State exercises its dominion, that is to say, territorial sovereignty«, *Lotus* s. 49. Og videre tilslutter Weiss sig en præciseret form af det franske synspunkt med følgende normative, folkeretlige begrundelse: »Whenever it appears that all nations constituting the international community are in agreement as regards the acceptance or the application in their mutual relations of a specific rule of conduct, this rule becomes part of international law ... Among the foremost of these rules there is one which is paramount and which does not even require to be embodied in a treaty: that is the rule sanctioning the sovereignty of States. If States were not sovereign, no international law would be possible, since the purpose of this law precisely is to harmonize and reconcile the different sovereignties over which it exercises its sway. Turkey also admits, as I have just stated, the principle of the sovereignty of States, but she applies it beyond its due limits making its action to be felt in a field which is outside its proper scope. By virtue of sovereignty such as we understand it, every State has jurisdiction to sentence and punish the perpetrators of offences committed within its territory; indeed, this is a question of public security, and of public order, which a State cannot ignore without neglecting its duty as a State, and one which arises whatever the nationality of the delinquent may be«, *Lotus* s. 44. Med denne normative forståelse af det franske synspunkt knytter Weiss imidlertid an til det tyrkiske synspunkt, som han dog samtidig anfægter. Indledningsvis hedder det sig netop, at »the only source of international law is the consensus omnium«, *Lotus* s. 43f., hvilket er andre ord for antagelse af original suverænitæt som fundament i folkeretskildelæren, dvs. andre ord for det tyrkiske synspunkt. Herefter hævder Weiss, at folkeretlige normer foreskriver et princip om territorial jurisdiktion, men det kan aldrig komme i modstrid med det tyrkiske synspunkt, så længe denne norm forstås som en indskrænkning af udgangspunktets frihed (suverænitæt).

Moore følger Weiss ved at begrunde præciseringen af det franske synspunkt med »principles of international law«, *Lotus* s. 94, jf. s. 91ff., og tilsvarende Lord Finlay med henvisning til »general principles of international law«, *Lotus* s. 51.

Se kap. XII, 3 for en videre diskussion af brugen af et begreb om (positiv) suverænitet i denne forbindelse.

Overseelse af, at forbudsnormen ikke kan tilskrives folkeretten i relation til nærværende diskussion, er vist nok gennemført i teorien under hævvelse af, at PCIJ's valg af det tyrkiske standpunkt blot er et obiter diktum, se grundlæggende Williams (1929) s. 212ff., Lauterpacht (1958) s. 361 og Mann (1964) s. 35, mere tøvende Brierly (1958) s. 149. Denne hævvelse af diktummet som blot obiter diktum er en misforståelse. Efter fremsættelse af udsagnet går PCIJ's argumentation alene i, hvorvidt Tyrkiets frihed til udøvelse af jurisdiktion indskrænkes med betydning for den konkrete sag; det hedder sig klart: »The conclusion at which the Court has therefore arrived is that there is no rule of international law in regard to collision cases to the effect that criminal proceedings are exclusively within the jurisdiction of the State whose flag is flown«, *Lotus* s. 30.

Det ville måske nok have stillet disse forfattere bedre, såfremt diktummet i stedet var blevet udstillet som banalt, trivielt.

Hos den dissenterende, danske dommer Nyholm hedder det: »It is impossible to hold with the judgment that, over and above positive international law, there is a kind of international law which amounts to this: that the absence of a rule prohibiting an action suffices to render that action permissible, for not only is it *in most cases* inadmissible thus to deduce permission from the absence of a prohibition, but furthermore in the present case one is confronted with the territorial principle, which is definitely established, whilst the possible exceptions to it – and in particular the exception which would be required to give Turkey criminal jurisdiction in this case – are not«, *Lotus* s. 63. Heller ikke Nyholm antager en helt almindelig, generel forbudsnorm, men afviser alligevel det tyrkiske standpunkt »in most cases«. De nærmere principper for denne materielle differentiering nævnes ikke af Nyholm, men de synes dog ikke af denne dommer at forstås som folkeretlige, jf. også udsagnet om »absence of a rule prohibiting ...«. Nyholms fåmælted kan måske tolkes derhen, at hans mellemvej mellem det franske og det tyrkiske standpunkt er et sekundært argument, som blot var i lære hos den udslagsgivende folkeretlige norm, »the territorial principle«. I så fald flyder hans udsagn sammen med de ovenfor refererede dissenser, se også *Lotus* s. 62: »The jurisdiction claimed by Turkey is an extension of the fundamental principles of public international law which establish the territorial system«.

Således også klart Ian Brownlie, der anlægger den »empirically« tilgang ved granskning af to domme fra ICJ, se Brownlie (1990) s. 289. Tilgangen implicerer en diskussion af bevisbyrders fordeling, som søges induceret fra de to sager. *Asylum Case* relaterer sig da også særligt hertil, idet spørgsmålet gik i derogation af en – såkaldt – folkeretlig norm (territorialhøjhedens grund-sætning) og således ikke i manglende folkeretlig regulering, se *Asylum Case* s. 274f. I den anden dom, som Brownlie nævner, *Fisheries Case*, gik hovedspørgsmålet imidlertid snarere i Storbritanniens stiltiende accept af Norges dragnet af basislinier end i egentlige normer herfor, samh. *Fisheries Case* s. 139: »The Court notes that in respect of a situation which could only be strengthened with the passage of time, the United Kingdom Government refrained from formulating reservations. The notoriety of the facts, the general toleration of the international community, Great Britain's position in the North Sea, her own interest in the question, and her prolonged abstention would in any case warrant Norway's enforcement of her system against the United

Kingdom«, samh. Brownlie (1990) s. 184, note 25. Brug af denne dom i nærværende er derfor ikke oplagt. Se i øvrigt også Brownlie (1990) s. 378ff. samt afsnit 4 nedenfor.

Den mere eller mindre tvungne udlægning af dommene skal nu ses i sammenhæng med Brownlies (retlige) princip for materiel differentiering, idet det erindres, at *Asylum Case* relaterede sig til begivenheder inden for Perus territorium, om end på den columbianske ambassade, mens *Fisheries Case* gennembrød de norske grænser, dog uden at nå andre landes territorium. Brownlies princip har netop dette territoriale udsyn: »However, if a matter is prima facie within the reserved domain because of its nature and the issue presented in the normal case, then certain presumptions against any restriction on that domain may be created. Thus the imposition of customs tariffs is prima facie unrestricted by international law, whilst the introduction of forces into another state is not prima facie an internal matter for the sending state«, Brownlie (1990) s. 292, jf. s. 287.

Tilbage står så Loders dissens, ifølge hvilken det tyrkiske synspunkt – det, at »every door is open unless it is closed by treaty or by established custom« – var »at variance with the spirit of international law«, *Lotus* s. 34. Folkerettens ånd var – staternes suverænitet: »The fundamental consequence of their independence and sovereignty is that no municipal law ... can apply or have binding effect outside the national territory. This fundamental truth, which is not a custom but the direct and inevitable consequence of its premiss, is a logical principle of law, and is a postulate upon which the mutual independence of States rests. The criminal law of a State applies in the first place to all persons within its territory, whether nationals or foreigners, because the right of jurisdiction over its own territory is an attribute of its sovereignty«. Det var derfor »the logical consequence of the fundamental principle above enunciated«, at Tyrkiet ikke havde jurisdiktion over den franske officer på *Lotus* i anledning af skibskollisionen uden for tyrkisk territorium. Se *Lotus* s. 35 og igen s. 38. I andre ord grunder Loder sin præciserede udgave af det franske synspunkt på ikke-folkeretlige normer – eller for den sags skyld metodelære – men på »a logical principle of law«, »a postulate upon which the mutual independence of States rests«.

Et tvingende spørgsmål om den nærmere karakter af den præmis, hvorfra Loders logiske slutning flyder, rejser sig; et spørgsmål om postulatets natur. Holdt i almindelige vendinger skal det indvendes, at Loders udfindelse af det franske synspunkt i et normativt princip som ikke er folkeretligt, men som dog besjæler folkeretten i hver en krog, ikke kan antages i det omfang, det folkeretlige normsystem er at forstå som et selvstændigt normsystem. Det giver ingen mening at lade folkeretten ligge under for normer, som ikke er folkeretlige, såfremt folkeretten skal opfattes som selvstændigt normsystem – hvilket folkeretten ubestrideligt er. Denne afvisning er i princippet blot et specialfald af dualismens tvang, herom kap. VII, 2 og også kap. II, 1. Loders synspunkt er herefter at afvise.

Et enkelt forbehold må dog tages: Loders synspunkt kan måske forstås derhen, at selvom den territoriale begrænsning af en stats jurisdiktion ikke er nogen folkeretlig norm, så kan den dog godt være et folkeretligt princip i den forstand, at den i sidste ende er et opkog af samfulde folkeretlige normer, som regulerer den territoriale udstrækning af jurisdiktion. Anvendelse af princippet i konkrete sammenhænge er således en konfrontation af delen (normen) med helheden (princippet), hvilket ikke bør forstås som en cirkularitet. Imidlertid ville en sådan forståelse ikke føre

til accept af Loders synspunkt, men blot henvise ham til samme skæbne som de øvrige dissenterende dommere ud fra det synspunkt, at den almindelige forbudsnorm ikke kan forstås som folkeretlig, uden at det tyrkiske synspunkt samtidig antages.

En nærmere og ikke uinteressant forståelse af Loders (uforbeholdne) synspunkt kan tage sin begyndelse i den betragtning, at antagelse af den almindelige forbudsnorm i folkeretten hindrer en tilsvarende antagelse i intern ret. Eller i andre ord: antagelse af en almindelig forbudsnorm i også intern ret ville være et folkeretsbrud, netop fordi den almindelige forbudsnorm i sin natur er altomfattende og derfor i strid med ethvert specifikt hjemmelskrav, i strid med et hvilket som helst begrænset rum for tilladelig internretlig regulering afstukket ved folkeretlige normer. Denne konstatering ville neutraliseres i det omfang, intern ret ikke var at betragte som et selvstændigt retssystem. Men som sagt – dualisme er tvungen, jf. kap. VII, 2. Alt i alt er der således tale om en metanorm reserveret folkeretten. Heri rummes et afgørende brud på den domstols analogi. Som det senere skal eftervises, har denne territoriale brydning af original suverænitet netop sit ophav i en reflex fra et internretligt suverænitetsbegreb, jf. kap. XII, 3 for en generel diskussion og i øvrigt kap. XVI. I øvrigt er i hvert fald holdningen hos 10 (11) af de 12 dommere i PCIJ, at denne metanorm ej heller kan indlemmes i den folkeretlige metodelære og således her afføde en egen, juridisk tradition; det ville måske også være at stramme metodelæren lige lovligt meget. Den udslagsgivende præmis synes dog at være – original suverænitet, jf. særligt *Lotus* s. 18. Mindst fire af de dissenterende dommere hævdede, ligesom hovedparten af teoriens senere kommentatorer, at tage afstand fra betoningen af original suverænitet som retskilde- og metodelærens udgangspunkt, men de gjorde det netop på grundlag af, hvad de betragtede som folkeretlige normer. Den almindelige opfattelse er, at territorialhøjhedens grundsætning er en folkeretlig norm, samh. kap. XII, 3. Netop det, at kritikken mod udgangspunktets originale suverænitet er ført i det folkeretlige normsystem, er måske den bedste illustration af, at denne suverænitet er det udtalte omdrejningspunkt for den folkeretlige argumentation. Se også Verdross & Simma (1984) s. 223 og 388.

Uanset hvilken udlægning eller grad af præcisering det franske synspunkt gives, fører dette afsnits overvejelser derfor alt i alt til en antagelse af det tyrkiske synspunkt. Det er dog klart, at heller ikke disse overvejelser er forudsætningsløse, hvilket jo i sig selv er noget nær en absurditet, givet forudsætningerne. Måske væsentligst af alt forudsætter overvejelserne en logisk dualisme: enten er et område normreguleret, eller også er det det ikke. Om sådan dualisme bemærker Ulrich Fastenrath:

»Geht man mit der zweiwertigen Logik davon aus, daß eine Aussage immer nur wahr oder falsch sein kann und definiert Wahrheit im logischen Sinne als Übereinstimmung von Aussage und Sachverhalt (ontologische Begründung der Logik), so gibt es in der Tat nur die Alternative zwischen wahren und falschen (geltenden und nicht geltenden) Rechtssätzen und – damit korrespondierend – rechtlich erlaubten und verbotenen Handlungen; ein Drittes ist – vom Logik-

system her – ausgeschlossen. Eine derartige Logik kann im Recht aber nur dann sinnvoll verwendet werden, wenn die Voraussetzungen auch gegeben sind, auf denen es basiert: (1) Es muß ein vorgegebenes Recht existieren, das (2) eine Regelung für jede denkbare Situation enthält. Das Problem besteht dann einzig und allein darin, diese vorgegebene Regelung zu finden«, Fastenrath (1991) s. 242f.

Tilsyneladende – rummer de ovenfor gjorte overvejelser angående valget mellem det tyrkiske og det franske standpunkt en kontradiktion, fordi Fastenraths anden præmis (for sådanne overvejelser) udelukker ethvert hul, gap, Lücken i normsystemet og derfor også ethvert valg mellem de to synspunkter i norm-fraværets skygge.

Fastenraths udfindelse af disse udtalte præmisser er imidlertid bestemt ikke tvangfri. Umiddelbart giver de to påståede præmisser alene mening, såfremt de ses som defineret i opposition til det tredje logiske spor. Oppositionen går på, at når en tredje logisk kategori af områder, hvorom retssystemet er »rechtlich neutral«, skal undgås, må det netop forudsættes, at de to første kategorier, »geltenden« og »nicht geltenden«, er udtømmende, at de to er ene om at regulere »jede denkbare Situation«. Heri ligger et implicit brud med den logiske dualisme; se også citatet nedenfor, hvoraf det fremgår, at tilladelse ikke så meget defineres i forhold til forbud som i forhold til det tredje spor. Middelbart rummes – i forlængelse af det umiddelbare – en vrangvending af sagen i Fastenraths syn på samme. Udgangspunktet tages i en modstilling mellem »rechtlich erlaubten und verbotenen Handlung«. Det er en modstilling i folkeretten. Modstilling mellem folkeret og ikke-folkeret ligger uden for – og fordrer under antagelse af udgangspunktets modstilling netop Fastenraths tredje logiske spor. Men netop heri ligger vrangvendingen. For de logisk-dualistiske overvejelser, som Fastenrath udsætter for sin kritik, og som favner de tidligere overvejelser i dette afsnit, tager netop ikke udgangspunkt i en modstilling i folkeretten, men i den modstilling mellem folkeret og ikke-folkeret, der konstituerer det tredje spor hos Fastenrath. Overvejelserne sonderer ikke mellem, hvad der hos Fastenrath måtte benævnes første og andet spor, men alene mellem disses sum og så det såkaldt tredje spor. Fastenrath sammenblander i andre ord to forskellige (dualistiske) modstillinger i sin iver efter at angribe begrebsdualismen: på den ene side modstilles tilladelse og forbud, på den anden side norm og ikke-norm. Heri ligger Fastenrath næppe langt fra de ovenfor diskuterede tilegnelser af det franske synspunkt; den sidste modstilling mellem norm og ikke-norm stemmer med ufrihed (normsubjektivitet) kontra (negativ) frihed, det franske synspunkt kontra det tyrkiske. Fastenraths forvirrede kritik, herunder angreb på det tyrkiske synspunkt med en todeling i det franske synspunkt, kan derfor ikke imødekommes – og derfor heller ikke det bagvedliggende, mondæne opgør med »Liberalismus«, Fastenrath (1991) s. 242 og videre s. 247f.

Sammenblanding af modstillingerne gentages siden hos Fastenrath i en passage, hvor også en begrebsmonistisk omgang med inkongruensproblemet anes:

»Ordnet man die Souveränität und die daraus fließende allgemeine Handlungsfreiheit dem Völkerrecht vor, so gehört sie dem Recht selbst nicht an. Als rechtlich gewährte Freiheit kann sie in das Völkerrecht nur einbezogen werden durch eine Norm, die die 'natürliche' Freiheit zugleich als rechtliche anerkennt. Mit anderen Worten: Die allgemeinen Handlungsfreiheit der Staaten ist nur dann eine völkerrechtlich gewährleistete Freiheit, wenn sich im Völkerrecht eine entsprechende Zuweisung von Handlungsfreiräumen findet. Es müßte also nachgewiesen werden entweder eine spezielle Norm, die die allgemeine Handlungsfreiheit gewährt, oder daß der völkerrechtliche Begriff der Souveränität so zu verstehen ist, daß er bei fehlender Verbotsnorm jegliche Handlungsweise erlaubt«, Fastenrath (1991) s. 245.

Allerede ved et indledningsvis krav om friheden som »rechtlich gewährte« kommer Fastenrath skævt ind på diskussionen. Det, som (bør) diskuteres, er frihed eller ufrihed i tilfælde af manglende, specielle folkeretlige normer. Det, som (bør) diskuteres, er derfor, hvorvidt en generel, folkeretlig forbudsnorm kan antages, idet (negativ) frihed eller suverænitet, dvs. det at være fri for norms subjektivitet, selvsagt ikke kan kræves normativt begrundet – i samme normsystem, heller ikke i en tilladelse.

Ved at stille krav om frihedens retlige afledelighed fordrer Fastenrath en begrundelse for normfrihed i det normsystem, som stiller det potentielle norms subjekt frit – i sin mangel på konkret regulering. Den fordring om begrundelse er i særdeleshed et fejlgreb – men i øvrigt har Fastenrath ikke lagt den dualistiske logik bag sig. Hele diskussionen op gennem dette århundrede af muligheden for huller i det folkeretlige normsystem står om den misforstående fordring om normativ begrundelse for normfrihed, der så skarpt udstilles hos Ulrich Fastenrath. Hos Anthony Carty hedder det sig nogenlunde tilsvarende:

»International lawyers may be more familiar with this problematic in the context of the discussion as to whether international law consists solely of rules to which States expressly consented. In this case States would be free to do whatever they had not tied themselves not to do. A question is how to characterise this freedom. Is it a legal vacuum or is it a legal freedom accorded to States by an international legal order? In the latter case the 'formalist' international lawyer may wash his hands of the defects in the system. However obvious may be the economic, social, political and other problems which are left unresolved because States fail to agree, the lawyer can do no more than state the limits of the existing law. But should the thesis be accepted that there are lacunae in international law, this can only mean that there is no international legal order, merely a series of conventions/treaties and customs covering a number of subjects which are not necessarily in any way related. In other words, the chief subjects of what is supposed to be international law are in a 'state of nature'«, *Decay* s. 10.

Carty accepterer således – hvilket nærmest er definatorisk tvungent – at stater er frie i mangel af folkeretlig pligtsubjektivitet, og anlægger på denne frihed en sondring mellem »legal freedom«, dvs. frihed med hjemmel i folkeretten, og »legal vacuum«, frihed uden hjemmel i folkeretten. Cartys valg af »freedom« som overbegreb for »legal freedom« og »legal vacuum« blotlægger, hvad Fastenrath misforstod: at friheden, »freedom«, for folkeretlig pligtsubjektivitet er den samme, uanset om den frihed er foreskrevet ved folkeretten (»legal freedom«) eller ej (»legal vacuum«).

Et »hul« i et normsystem er ikke andet end manglende regulering af et bestemt forhold ved det systems normer. For så vidt er det misvisende overhovedet at referere til et hul i normsystemet, idet konsekvensen af manglende regulering rettelig er, at forholdet (hullet) ligger *uden for* normsystemet. Hullet kommer først ind i normsystemet, såfremt systemet pustes op og optager forhold, for hvilke ingen normer findes – en oppustning af et normsystem, som i sagens natur er absurd; saml. Weil (1983) s. 414: »In regard to certain points, international law knows no norm at all, but a lacuna«, hvor det underforstås, at folkeret kan kende til noget, som dog ikke er normativt, ikke er folkeretligt. Fra først af er diskussionen af normhuller og den underliggende frygt for non liquet, som blandt andet ligger bag domstolsstatutens art. 38, stk. 1, litra c og d, uden (materiel) relevans for normsystem og normbeskrivelse – og som sådan absurd. Og den absurditet anes allerede, når det tages i betragtning, at intet normsystem regulerer alle forhold og til enhver tænkelig situation altid har et pligtsubjekt på rede hånd, hvorfor det kritiske potentiale i netop folkeretlige »normhuller« burde være mere end beskedent – set fra en juridisk synsvinkel. Carty fordrer i citatet ovenfor, at en »international legal order« skal være andet og mere end »merely a series of conventions/treaties and customs«, andet og mere end folkeretlige normer – hvorved Carty netop søger det absurde: at oppuste normsystemet og udvide det til at favne mere end normer. Til andet eksempel:

»It will be suggested as no more than a tentative hypothesis that in the course of the nineteenth century leading jurists 'turned away' from major political, territorial issues at the same time as they came to claim that international law was – in a sense to be more fully explained – a complete system of law. The particular sense in which they turned away was that they began to treat certain basic issues as by their nature non-juridical, i.e. not merely unregulated in fact but outside the province of law as such«, Decay s. 50.

Carty ser en forskel for »leading jurists« i (blot) at anvende »international law« sammenlignet med inddragelse af også »major political, territorial issues«, om end disse er »unregulated in fact«. Men – skulle også uregulerede, politiske aspekter (direkte) inddrages, ville der ikke længere være tale om »jurists«, retsansvendere, men om kloner af forskellige dele jurist og politiker, samh. Decay s. 129. Den tid, som Carty sigter tilbage til, hvor også (rent) politiske aspekter lejlighedsvis måtte kunne finde plads i folkeretten, var netop en tid, hvor folkeretten

ikke var en fuldt ud selvstændig disciplin, og hvor folkeretsjuristen derfor i mindre grad var forskellig fra politikerens, samh. kap. VII, 1.

Det er trivielt, at intet normsystem er allestedsnærværende, og det er banalt, at det lader visse »economic, social, political and other problems« uløste og i stikken, men hvordan hindrer det normative løsninger på andre problemer i sammen at gøre det ud for et normsystem? I bund og grund kan den særegne, folkeretlige diskussion over »normhuller« næppe forstås på anden baggrund end den periodevis dystre stemning, som er skitseret ovenfor i afsnit 1; saml. *Structure* s. 222 og hertil kap. VIII, 3.

For så vidt angår *The Case of the S. S. Lotus*, står konklusionen ikke til at ændre: det tyrkiske synspunkt bør antages – original suveræniteten.

3. *Opinio juris et necessitatis*

Traktater er en retskilde i folkeretten, saml. Fitzmaurice (1958) s. 154 og 157ff., O'Connell (1970) s. 21 for en i princippet vilkårlig anfægtelse. Tillige styrer traktater – i hvert fald formelt – megen beskrivelse af folkeretskildelæren. Domstolstatuttens art. 38 er det almindelige udgangspunkt for denne læres beskrivelse, se for kritik *Decay* s. 14, mens beskrivelse af principper som *pacta sunt servanda* og særligt *jus cogens* ofte søger et orienteringspunkt i traktatretskonventionen, henholdsvis art. 26 og 53. Om denne tilgang til *jus cogens*, se fx Danilenko (1991) s. 56f. og i øvrigt s. 47 om art. 38 som »the basic norm about the sources«. Omgangen med traktater i folkeretten har imidlertid også en anden side. Modsat en anden væsentlig retskilde, retssædvanen, defineres »traktat« ofte ikke, samh. Espersen (1970) s. 26f. og også s. 29ff. med – ganske symptomatisk – et i hovedsagen fritstående citat fra traktatretskonventionens art. 2; se hertil afsnit 6. Og – hvilket ikke er mindre interessant – der spørges i sammenhæng med retskildelæren ofte til traktatens gyldighedsgrund; hvorfor er traktater gyldige? Spørgsmålet kan måske ses som udslag af netop traktaters store betydning i folkeretten, eller det kan forstås som blot en historisk reminiscens fra en mistro mod traktater i tidligere, sædvanebaseret folkeret, se hertil *Decay* s. 15f., samh. s. 28ff. I intet tilfælde undgås en kontrast svarende til den, som udstilles hos Brierly, når det på den ene side anføres omkring anvendelsen af domstolstatuttens art. 38 som folkeretskildelærens fundament, at »No doubt it is still possible to argue that the Court is only permitted to do this because the states themselves have consented in the treaty to such a course being followed. But this is playing with words«, samh. Sørensen (1946) s. 28ff., og på den anden side gøres gældende, at »a contract or a treaty is capable of having this juridical effect only because there exists an underlying general rule of law to the effect *pacta sunt servanda*«, Brierly (1958) henholdsvis s. 18 og s. 10.

For det synspunkt, at traktaters gyldighed er betinget af en sædvanenorm (*pacta sunt servanda*), se også Sørensen (1946) s. 15ff., Hart (1961) s. 219f., Kelsen (1966) s. 445ff., Nozari (1971) s. 31ff., 80 og 102, Bleckmann (1982) s. 182, Janis (1988) s. 11, Oppenheim (1992) s. 31 og 1206f., Charney (1993) s. 534, Wolfke (1993) s. 101 og 144 og Conforti (1993) s. 115 samt *Structure* s. 271f. og 280. Se endvidere *Lærebog* s. 58, *Structures* s. 25, note 25, Virally (1968) s. 128 og Parry (1968) s. 207 samt Lauterpacht (1970) 1 s. 58. Om Hans Kelsen i øvrigt, kap. IV, 6. Synspunktet lader Hobbes' kreering af samfundspagten med inkonsistens, men er dog i kraft af langt dybere viljes- og sprogteoretiske brist hos Hobbes ikke ene herom; se kap. IV, 3.

For en alternativ forståelse af *pacta sunt servanda* som en folkeretlige retsgrundsætning, se Fitzmaurice (1958) s. 158, O'Connell (1970) s. 13 samt Verdross & Simma (1984) s. 365 og 392.

Kontrasten hos fx Brierly nedtones i et vist omfang, når det tages i betragtning, at gyldighedsspørgsmål ligger uden for retskildelæren, tilsvarende Sørensen (1946) s. 13, saml. *Structure* s. 267ff., 281 og 290. Mere interessant er det dog, at kontrasten opløses i og med, at den normative forståelse af *pacta sunt servanda* ikke er udpræget elegant. Betingelserne for en retssædvanes dannelse angives traditionelt som dels objektive, materielle gående på, at sædvanen skal have sat sig igennem og fundet et vist ydre udtryk, dels subjektive, psykologiske i den forstand, at de ydre udtryk skal være båret af en særlig, retlig overbevisning – *opinio juris*. Den ydre adfærd ved dannelsen af *pacta sunt servanda* som retssædvane må i princippet have været traktatsefterlevelse – båret af den *opinio juris*, som netop er at betragte som kernen i retssædvanen, jf. *Lærebog* s. 102, Baxter (1970) s. 44, modsat *Structures* s. 81. Forstås *pacta sunt servanda* som gyldighedsgivende norm, er der ikke megen mening i efterfølgende at centralisere denne allerede gyldighedsgivende *opinio* i en retssædvane, samh. Thirlway (1972) s. 38f. I princippet måtte selve skabelsen af *pacta sunt servanda* som retssædvane bero på traktater båret af *opinio juris*, og i stedet for at centralisere denne oplevelse er det mere konsekvent ved traktat i folkeretten at forstå en aftale båret af *opinio juris* – »rules expressly recognized by the contesting States«, domstolsstatutens art. 38; samh. udlægningen af *pacta sunt servanda* i McNair (1961) s. 493f. Det stiller naturligvis følgende udsagn i et noget tvetydigt skær: »It is evident that treaty being on accord of will of the contracting parties, its binding force cannot derive from the instrument itself. Therefore, as it is in private law contracts, there should be a general principle or a *higher* law standing above the will of the parties. This principle, *pacta sunt servanda*, no matter which reasons for its existence be advanced, is a recognized rule of customary international law«, Nozari (1971) s. 35; »To say that the rule *pacta sunt servanda* is itself founded on consent is to argue in a circle«, Brierly (1963) s. 53. Måske er det i dette lys, det skal ses, når *pacta sunt servanda* ofte i stedet søger en naturretlig begrundelse, fx Hart (1961) s. 192f. om »The minimum content of natural law«. Se også Henkin (1989) s. 47 samt kap. XI, 2. For en mere tvangfri forståelse, se Reuter (1989) s. 23: »A treaty is an expression of concurring wills attributable to two or more subjects of international law and intended to have legal effects under the rules of international law«.

I traktatretskonventionens art. 26 hedder det sig under overskriften »*Pacta sunt servanda*«: »Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be

performed by them in good faith«. For mig at se er formuleringen snigende tautologisk, tilsvarende Parry (1968) s. 177. Hvordan skulle en »treaty in force« til eksempel kunne undgå at være »binding«? I det hele taget bør pacta sunt servanda slet ikke gøres til forklarende trylleord for traktaters gyldighed, hvilket også på mange måder mere end minder om den tautologiske Stufenbau, se kap. IV, 6. Tværtimod er princippet en central del af folkerettens metodelære, se nærmere kap. XI. Hermed ophæves den ejendommelighed omkring traktaters status i folkeretten, som fremføres hos Parry (1968) s. 207: »Though in essence contracts under the law, deriving their binding force from the customary rule pacta sunt servanda, because their stipulations are obligatory upon the parties and thus have the force of law, they tend to be regarded as themselves law«.

Hvorom alting er, så er det afgørende her at mærke sig, at folkeretskildelæren under alle omstændigheder forankres i staters opinio juris, samh. den modsætningsføgende Kennedy i *Structures* s. 33ff. Hertil kræves ganske vist – for så vidt angår (rets)sædvanen –, at opfattelsen skal have givet sig et vist ydre udtryk og måske fundet en vis udbredelse, samh. Akehurst (1974/5) s. 16. Men disse krav bør ikke nødvendigvis opfattes som andet og mere end dels, at tilfældige samspil mellem viljer ikke fører nogen forpligtelse med sig, jf. Thirlway (1972) s. 56, og dels at det ydre udtryk i bevismæssige sammenhænge ofte vil være et væsentligt indicium for – opinio juris; »the qualities of continuity and generality, requisite in order that an international practice may give rise to a custom, reflect the present of this consent«, Virally (1968) s. 135; nogenlunde tilsvarende D'Amato (1971) s. 56ff., samh. s. 87ff. samt Wolfke (1993) s. 44, 51 og 58ff. Om det for en historisk betragtning forholdsvis lempelige beviskrav, se fx følgende skitsering at kravet rækkende til »that the rule invoked by it is in accordance with a constant and uniform usage practised by the States in question, and that this usage is the expression of a right appertaining to the State granting asylum and a duty incumbent on the territorial State«, *Asylum Case* s. 276 som også citeret i ICJ Reports (1952) s. 200 – et krav, som i ingen af sagerne fandtes opfyldt. Se også Max Sørensens dissens i *North Sea* s. 244f. samt (*Para*)*Military* s. 98.

Almindelige principper, forstået som analogier fra interne retssystemer af en universel juridisk traditions specialfald, samh. domstolsstatutten art. 38, stk. 1, litra c, er ingen undtagelse fra folkeretskildelærens forankring i opinio juris, jf. eksempelvis Cheng (1953) s. 9 og 12, Henkin (1989) s. 61f., Conforti (1993) s. 65 og Georgiev (1993) s. 8. Samh. Lauterpacht (1933) s. 66f. og 421, Lauterpacht (1970) 1 s. 57 og 94ff., Janis (1988) s. 46f. og 48, Brownlie (1990) s. 15 og 393, Charney (1993) s. 535f., Wolfke (1993) s. 108 samt Fastenrath (1993) s. 326. I sammenhængen kan erindres følgende principielle udtalelse fra PCIJ: »From the standpoint of International Law and of the Court which is its organ, municipal laws are merely facts which express the will and constitute the activities of States, in the same manner as do legal decisions or administrative measures«, PCIJ Series A No. 7 s. 19.

Ej heller jus cogens fornægter opinio juris – allerede fordi jus cogens naturligvis slet ingen retskilde er, se Danilenko (1991) s. 48f. og i øvrigt nedenfor i kap. XI, 3.

Opinio juris kan – i overensstemmelse med traditionen – tolkes psykologisk og forstås som et krav om forsæt hos retssubjekterne til normskabelse; »the convicti-

on that these actions are, according to international law, obligatory or right«, Oppenheim (1992) s. 27, »an intellectual conviction«, O'Connell (1970) s. 15; samh. afsnit 6 nedenfor. En række standardindvendinger mod opinio juris er også – standard, tradition; og indvendingerne har blandt meget andet haft den konsekvens, at visse udsagn om suverænitæt efterhånden forlod forelæsningssalen; til eksempel et udsagn som: »Kendetegnet paa en suveræn Stat er som sagt, at den alene kan bindes ved *egen Villie* og med eget Samtykke«, Heilesen (1917) s. 82.

En første indvending mod opinio juris går netop i, at selve idéen om en vilje er en fiktion. Staten eksisterer ikke. Derfor kan det heller ikke have mening at tillægge staten vilje, fx *Einheit* s. 2, 8 og 37. Anthony Carty finder »the crisis of method« i sin konstatering af først umuligheden af statspsykologi og dermed retssædvanekonstruktionens subjektive side og dernæst utilstrækkeligheden af alene statspraksis, altså konstruktionens objektive side, *Decay* s. 2ff. og endvidere s. 9, 21, 26 og 36ff.

På sin vis rammer en sådan indvending ikke blot den subjektive side (opinio juris), men også retsskabets objektive side: en stat eksisterer ikke, hvorfor den heller ikke kan handle, endsige ratificere traktater. Er retssædvanekonstruktionens subjektive side en umulighed, er den objektive side ikke blot utilstrækkelig, men ligefuldt umulig, samh. *Decay* s. 26, Fastenrath (1993) s. 325. I det omfang det kan antages, at staten handler gennem kompetente mennesker, samh. traktatsretskonventionens art. 7, er det ikke principelt udelukket at lade samme antagelse række til den (såkaldt) psykologiske forståelse af denne handlens motivation. Og en sådan antagelse er åbenbart nødvendig. Tilsvarende Verdross & Simma (1984) s. 355: »Die Organe, die, für den Staat handeln und VR anwenden, sind Menschen. Nur um ihr Rechtsbewußtsein und um jenes der Experten, die ihnen in Völkerrechtsfragen zur Seite stehen, geht es«. I øvrigt bør det ikke være nødvendigt at antage mere psykologi omkring opinio juris og retssædvaner, end der antages omkring traktater og disses indgåelse og fortolkning, samh. afsnit 6 nedenfor. O'Connell er muligvis enig heri, når der refereres til »a common conscience«, O'Connell (1970) s. 16; samh. igen afsnit 6.

Det er endvidere klart, at der kan knytte sig en mængde bevisproblemer til opinio juris. En indvending kan søges baseret herpå, samh. Kelsen (1966) s. 450f., Lauterpacht (1958) s. 380, D'Amato (1971) s. 34ff., 50 og 73, Kennedy (1980) s. 386f., Fastenrath (1991) s. 55, *Decay* s. 3 og 35, *Structures* s. 56, 81f. og 100, *Structure* s. 286ff. og 304 og *Topics* s. 100: »The story of sources rhetoric seems the very embodiment of this built-in irony: the harder the source, the weaker the evidence; the stronger the evidence, the softer the source«. I Max Sørensens dissens i *North Sea* s. 246 hed det sig: »I do not find it necessary to go into the question of the opinio juris. This is a problem of legal doctrine which may cause great difficulties in international adjudication. In view of the manner in which international relations are conducted, there may be numerous cases in which it is practically impossible for one government to produce conclusive evidence of the motives which have prompted the action and policy of other governments«; i Tanakas dissens: »Next, so far as ... opinio juris sive necessitatis is concerned, it is extre-

mely difficult to get evidence of its existence in concrete cases. ... There is no other way than to ascertain the existence of opinio juris from the fact of the external existence of a certain custom and its necessity felt in the international community, rather than to seek evidence as to the subjective motives for each example of State practice, which is something which is impossible of achievement«, *North Sea* s. 176.

Bevismæssigt besvær kan dog ikke bære nogen indvending mod opinio juris. I sig selv kan retssædvanen forstås som ikke andet og mere end netop et sådant bevis, jf. domstolsstatuttens art. 38 om »as evidence of a general practice accepted as law« samt markant Wolfke (1993) s. 47, 52ff., 96f. og 161ff. Saml. Kelsen (1966) s. 441ff., som straks maner naturretens spøgelse frem. Se også afsnit 4 nedenfor. Men afgørende er det, at et sådant formelt, retsteknisk hensyn aldrig kan tillægges nævneværdig relevans – allerede fordi indvendingens praktiske relevans i væsentlig grad afhænger af de krav, som måtte stilles til bevisets styrke, og af bevisbyrdens placering. Samh. *Lærebog* s. 103f. samt Verdross & Simma (1984) s. 355. Se også afsnit 5 nedenfor.

For en særlig variant af samme indvending i dansk forfatningsret, se særligt Sørensen (1973) s. 24 og Zahle (1989) 1 s. 58 og hertil Ross (1980) s. 42 med note 8.

Mere interessant er den indvending, som går på, at intet retssystem kan grundlægges på subjekternes vilje. Denne indvending skal ikke mindst ses som en reaktion mod den nærmest grænseløse forherligelse af voluntarismen, som dennes tilhængere øste af, »Une personne ne cesse point d'être libre & indépendante, lorsqu'elle est obligée à remplir des engagements qu'elle a bien voulu prendre«, *Droit des Gens* I, i, § 10. Indvendingen formuleres skarpt af Hans Kelsen: »Eine Norm, ein Sollen, dessen Geltung von dem subjektiven Wollen desjenigen abhängt, dessen Verhalten es beinhaltet, wäre keine Norm mehr. In dem Satze: du sollst, wenn und was du willst, ist mit dem Gegensatze von Sein und Sollen das Wesen der Norm überhaupt aufgehoben«, *Das Problem* s. 207 – og i en lidt mere finurlig udtryksform: »Ich kann wollen sollen, aber ich kann nicht sollen sollen, was logisch ebenso unsinnig wäre wie: wollen wollen«, Kelsen (1911) I. I andre ord kan viljen ikke forpligte udi fremtiden, fordi vilje altid kan ændres og den såkaldte forpligtelse dermed ligeså. Herved åbnes op for en konfrontation af viljen med viljen selv, hvor de to viljer blot er adskilte over tid. Giver den ældre vilje forrang, så indskrænkes virkningerne af den senere vilje. Og omvendt indskrænkes den ældre med den senere forrang, samh. Fastenrath (1991) s. 54: »Wenn allein der Wille ein Sollen begründet, so bedeutet das, daß der Wille sich selbst bindet. Eine solche Bindung kann aber nur so lange bestehen, wie der Wille dazu vorhanden ist«. I ingen af tilfældene kan sammenhængen mellem vilje (opinio juris) og normskabelse derfor tilsyneladende opretholdes. Se også Lauterpacht (1933) bla. s. 3 og 420ff., Lauterpacht (1970) 1 s. 57. Men – dette er i bund og grund blot en gentagelse af inkongruensproblemet bundet op på den antagelse, at forbindelsen mellem vilje og norm aldrig kappes. Hver gang viljen (opinio juris)

ændres, ændres derfor også normen. Hermed overkobles den begrebsdualistiske sondring, som netop med normskabelsen som jerntæppe adskiller normskabelse (*opinio juris*) fra normanvendelse (folkeret). Se kap. VII og VIII for en omtale af denne begrebsmonistiske koblingsfejl. Se også kap. XI, 2 om blandt andet *Case of the S. S. Wimbledon*.

I forlængelse af denne tredje indvending ligger det synspunkt, at *opinio juris* bliver et umuligt kriterium under en stats protest: »Only if a consensus is then identifiable will people be persuaded. *Opinio juris*, even though the International Court continues to pay lip service to it, has degenerated into mere coincidence of policy. Where there is no coincidence, where claim is met by protest and protest by rejection, the old legal techniques are unavailable. It can no longer always be supposed that governments act in accordance with their views of what the law is: very often they act deliberately in violation of what they know the law is, simply to enforce the changes to which they aspire. State practice has thus become less the embodiment of old rules than the vehicle for producing new ones quickly«, O'Connell (1982) I s. 30f. og videre s. 33ff. Men – det relevante tidspunkt for normstiftelsen er ikke nødvendigvis nu. Det kan udmærket have været tidligere. Og det er heller ikke nødvendigvis det samme tidspunkt for alle stater; end ikke globale sædvaner kan kræve sig befordret af samtidens konsensus. En protesterende stat bringer sig ikke ved sin protest ud af tidligere *opinio juris*. Om formodninger for *opinio juris*, se afsnit 4.

En variant af indvendingen findes også i blandt andet *Structures* s. 60, hvor det hedder: »Although the Court argues that the binding nature of unilateral declarations can be grounded in the intent of the declarant, reliance upon the subjective intentions of the declarant opens up the possibility that France should be allowed to change its mind. Commentators seem to recognize this point when they suggest that if the declaration were binding, it must not have been truly unilateral. Intent alone cannot support the idea of obligation«. Kernen i »unilateral declarations« er selv sagt, at de er ensidige. Det gælder også, såfremt de er at betragte som normstiftende – hvad vel at mærke angår pligtsubjektivitet. Rettighedssubjekterne er andre (stater) – ellers ville der ingen norm være. Og efter den gængse tradition omkring *pacta sunt servanda* er det disse subjekter, som skal give afkald på deres ret, førend forpligtelsen i medfør af den ensidige erklæring forsvinder. Også denne variant af indvendingen rammes derfor af den ovenstående tilbagevisning – uanset hvad der forstås ved »purely unilateral obligations« i *Structures* s. 60. Se også *Structure* s. 303ff. samt i øvrigt kap. XVI, 3.

I tilbagevisningen af den tredje indvending ligger samtidig opløsningen af inkongruensproblemet hos Hugo Grotius, se herom kap. IV, 2. *Jus gentium* skabes ved viljers møde og flyder som sådan af original suverænitæt. Men i samme øjeblik som normen er skabt og inkongruensen står for døren, opløses det foranstående inkongruensproblem, fordi normen som norm tilhører *jus gentium* som beskrivelsesramme og derfor til enhver tid står i konkurrence med nye viljesinitiativer i denne beskrivelsesrammes negation, i rammen med original suverænitæt. Løsningen af denne konkurrence er frigjort fra den normskabende vilje og henlagt til principper i metodelæren. Rummer denne et princip om, at løfter skal holdes (*pacta sunt servanda*), betyder det, at den første norm bevares og den senere vilje ikke bliver effektivt normskabende. Se om metodelæren, kap. XI.

Hermed er en væsentlig indvending afvist. Tilbage står imidlertid en sidste indvending, som har vundet endnu større udbredelse. Her tænkes på hjemmelskravet, det spørgsmål om gyldighedens kilde, som også ligger bag den ovenfor omtalte antagelse af *pacta sunt servanda* som folkeretlig sædvanenorm. Se

særligt Kelsen (1966) s. 446ff., som spidder den videre opfattelse af *pacta sunt servanda* som folkerettens grundnorm – en opfattelse han selv tidligere havde bifaldt, jf. kap. IV, 6, samh. Wolfke (1993) s. 167f. Spørgsmålet kan formuleres som: hvorfor flyder gyldigheden fra *opinio juris*? Hvad er begrundelsen herfor?

Et sådant spørgsmål tvinger nærmest ethvert forsøg på besvarelse ud ad regressens spor, se fx *Structure* s. 271. Og dette spor leder så til den evige mislykke, her for *opinio juris*. For en undvigemanøvre via en hermeneutisk cirkel (spiral) kredsende tilbage i den juridiske tradition, se Stuer Lauridsen (1992) bla. s. 85. Denne – ikke utiltalende – udgang på problemet er imidlertid ikke det principielt eneste alternativ til regressen. Det er nemlig slet ikke fejlgrebet, som blotlægges med regressen. Fejlgrebet ligger derimod i selve spørgsmålet. I første række er spørgsmålet retsvidenskabeligt uinteressant, fordi det interessante er beskrivelse og ikke opfindelse eller legitimering af retskildelæren. Og spørgsmålet forudsætter vel, at *opinio juris* er en etableret del af folkeretskildelæren, jf. også Kelsens konstruktion af den *hypotetiske* grundnorm, som netop kan ses som frugten af den erkendelse, at spørgsmålet ikke kan lede frem til en opgivelse af den etablerede retsvidenskab. Dertil kommer i anden række, at spørgsmålet hviler på den stufenbauske tautologi, herom kap. IV, 6. Der spørges jo netop, hvordan folkeretskildelæren og *opinio juris* kan være gyldig, og ikke, om den er det; der spørges til kilden for den »gyldighed«, som er uomtvistelig. Og når der spørges til alene gyldighedsgrunden for noget, så antages det samtidig, at dette noget er gyldigt, hvorfor et suspekt svar på spørgsmålet om gyldighedsgrunden ikke med mening kan føre til den konklusion, at dette noget alligevel ikke er gyldigt. Spørgsmålet er derfor også ud fra en retsfilosofisk synsvinkel fejlgrebet.

Erkendelse heraf betyder, at *pacta sunt servanda* kan frigøres til mere tvangsfrie forståelsesrammer, se kap. XI, 2. Hvad angår traktaters gyldighed, er der ingen traktater, som ikke er folkeretlige normer; forståelsen af noget som en traktat hænger uløseligt sammen med karakteristik som retsnorm. Heller ikke til traktaters gyldighed bør der derfor spørges – en ugyldig traktat er en kontradiktion, samh. kap. IV, 6. Derimod kan der spørges, om en norm skal stå tilbage for andre, om den skal tillægges retsvirkninger, jf. ugyldighedsregler som eksempelvis formuleret i traktatretskonventionens art. 46ff.; herom også kap. XI, 2.

Ingen af indvendingerne er troværdige, saml. *Structures* s. 58f. for et konglomerat. Ingen afgørende slag er blevet rettet mod folkeretskildelærens base i *opinio juris*. Denne base knytter videre an til et begreb om originale suverænitæt, jf. også Kelsen (1966) s. 446f. Det har derfor været et bredtfavnende fejlgreb for forståelsen af moderne folkeret, at den originale suverænitæt helt og aldeles er blevet afvist med inkongruensruinen som baggrundsscenario, samh. kap. VII, 4.

På den anden side synes det tilsvarende ubestrideligt, at original suverænitæt ikke helt er ene om at sætte folkeretskildelæren. I et vist omfang begrænses *opinio juris* som betingelse for retssædvaner. Således antages det, at i forvejen vidt udbredte retssædvaner eller traktater kan tage den (helt) universelle retssædvanes form og omslutte også nogle resterende stater uden *opinio juris*, jf. Brierly (1963) s. 61, Virally (1968) s. 45, Lauterpacht (1970) 1 s. 57 og 115, Schwarzenberger &

Brown (1976) s. 26, 27 og 52, Oppenheim (1992) s. 5 og 33, Charney (1993) s. 542, *Structure* s. 278, note 40 og 41. *Opinio est duplex, scilicet, opinio vulgaris*, orta inter graves et discretos, et quæ vultum veritatis habet; et opinio tantum orta inter leves et vulgares homines, absque specie veritatis, som tanken bag antagelsen også kan udtrykkes. Se også *Structures* s. 46, ICJ Reports (1951) s. 116 samt diskussionen i Cassese & Weiler (1988) s. 102ff. og 170ff., hvor det understreges, at skredet fra enighed til flerhed er undtagelsens.

Endvidere hævdes også den antagelse, at ændringer i statsstrukturen – ved grænseændring eller nye staters dannelse – ikke altid fordrer (formyet) samtykke til retssædvaner, som i forvejen måtte være dannet, samh. Georgiev (1993) s. 6 og Charney (1993) s. 539 med henvisninger. Til mange tidligere koloniers fortrydelse favnes de derfor i forbindelse med deres selvstændiggørelse i mosaikken af ikke mindst universelle sædvaner.

For det sidste synspunkt, se fx O'Connell (1956) s. 266f., Gihl (1956) s. 8, Virally (1968) s. 138, Lauterpacht (1970) 1 s. 57, Henkin (1989) s. 57f.; saml. Tunkin (1974) s. 127ff. Det kan efter min mening i vidt omfang bestrides. For det første er der visse folkeretlige betingelser for, at en stat er en stat – i folkeretlig forstand. Her tænkes ikke i første række på den anerkendelseslære, som primært er politisk, samh. O'Connell (1970) s. 127f., Crawford (1979) s. 23f., Verdross & Simma (1984) s. 427 og Brownlie (1990) s. 88 og 91. Derimod tænkes på, at en stat i folkeretten – gennem folkeretlig regulering – almindeligvis skal være tillagt et territorium og en befolkning, samh. kap. XII, 3. I andre ord er ingen stat en stat i folkeretlig forstand, førend den i hvert fald i et vist omfang er folkeretligt normsubjekt; statens folkeretssubjektivitet og dermed status som stat overhovedet i folkeretten er netop bestemt – i folkeretten. »By becoming independent, a new State acquires sovereignty with the territorial base and boundaries left to it by the colonial power«, *Frontier Dispute* s. 568. Fra dette synspunkt er det derfor meningsløst i alle tilfælde at ville kræve den nye stats samtykke (*opinio juris*) til alle de retssædvaner, som binder den. Samh. med princippet om *uti possidetis juris* som »a firmly established principle of international law where decolonization is concerned«, men som også »is logically connected with this form of decolonization wherever it occurs«, *Frontier Dispute* s. 565ff. Der er slet ingen stat uden, at der er normsubjektivitet. Samh. D'Amato (1971) s. 189ff.

For det andet – og i tæt meningssammenhæng med det første, samh. fx *Frontier Dispute* s. 566 – kan den folkeretlige lære om statssuccession ikke være uden relevans. I hvert fald i dag, hvor terra nullius stort set tilhører historiebøgerne, vil ændring eller dannelse af en stat ske i forlængelse af en modsvarende ændring, eventuelt opløsning, af en stat. Og denne sidste stat vil have været normsubjekt og vil selv – eller endnu tidligere forgængere – have haft rum for egen *opinio juris*. Og synspunktet måtte da være, at den næste stat i et eller andet omfang succederer i denne normsubjektivitet, både hvad angår pligter og rettigheder (krav). Se fx Brownlie (1990) s. 667f., O'Connell (1956) s. 16f., 49f., 64ff. og 275ff. Til kompensation for de nye staters manglende adgang til nægtelse af samtykke udstilles i øvrigt almindeligvis et specialfald af et (formelt) lighedsprincip: »A l'encontre de cette opinion ont pourrait opposer l'argument suivant. D'après la doctrine classique, les règles coutumières ne se limitent pas à imposer des obligations aux Etats nouveaux. Elles créent également des droits en leur faveur et à la charge des Etats anciens, par exemple le respect de leur souveraineté territoriale«, Sørensen (1960) s. 45f. Men det hjælper dog ikke alle at være i samme båd, hvis den synker.

Uanset disse småtrykte indvendinger, står det første synspunkt om dannelse af universelle retssædvaner uden fuldstændig opbakning fast. I det mindste hvad angår sådanne retssædvaner, er den originale suverænitæt derfor fortrængt som

bagfrastyrende præmis til fordel for overvejelser, som ligger folkeret og folkeretlig suverænitet nærmere. Denne fleksibilitetens undtagelse fra *opinio juris* er imidlertid behersket og forholdsvis klart afgrænset; »The fact that universal consent is not required for the creation of custom and that general consent is sufficient, is not a factor pointing to the irrelevance of consent in the creation of custom; it is merely a factor pointing to the irrelevance of the consent of every single State«, Lauterpacht (1970) 1 s. 66. Der er derfor ikke rum for så bredtfavnende en konklusion som eksempelvis Kelsens: »If *only* the overwhelming majority of states consent, the statement that there is a common consent and the presupposition that all states are sovereign are fictitious«, Kelsen (1966) s. 448 og også s. 444f. og 453 samt tilsvarende *Structure* s. 272f. Efter min bedste overbevisning kan det ikke bestrides, at *opinio juris* og original suverænitet spiller en afgørende rolle omkring selve skabelsen af folkeretlige normer, og at betydningen heraf først nedtones, når retsnormen nærmer sig universel udbredelse, samh. afsnit 6.

Afslutningsvis kan det nævnes, at der ikke i øvrigt er nogen krav til *opinio juris*' forum. Blot skal oplevelsen kunne henregnes til staten. Der er således ikke noget til hinder for, at eksempelvis beslutninger i FN's generalforsamling kan afføde retsnormer – efter en retssædvanekonstruktion, samh. Verdross & Simma (1984) s. 358f. og *(Para)Military* s. 107. Tværtom har FN's generalforsamling vist sig som et af de bedste fora for bevis af *opinio juris* – eller mangel på samme, jf. de Aréchaga (1988) s. 2. Ammoun har i en separate opinion udtalt om resolution 2145 (XXI): »Although the affirmations of the Declaration are not binding qua international convention within the meaning of Article 38, paragraph 1 (a), of the Statute of the Court, they can bind States on the basis of custom within the meaning of paragraph 1 (b) of the same Article«, ICJ Reports (1971) s. 76. Se også Thirlway (1972) s. 44f. og 63ff., Aréchaga (1978) s. 30ff., Schachter (1982) s. 111ff., Kratochwil (1989) s. 200ff., Fastenrath (1991) s. 114ff., Wolfke (1993) s. 83ff. og 109, Charney (1993) s. 544ff. og Comforti (1993) s. 67f.

4. *Opinio juris* i praktik

PCIJ anerkendte ved førstkommende lejlighed, i *The Case of the S. S. Lotus*, *opinio juris*' deltagelse i (rets)sædvanekonstruktionen:

»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 obliged to do so; for only if such abstention were *based on their being conscious of having a duty* to abstain would it be possible to speak of an international custom. The alleged fact does not allow one to infer that States have been conscious of having such a duty; on the other hand, ... there are other circumstances calculated to show that the contrary is true«, *Lotus* s. 28.

I dette diktum synes PCIJ at opfatte opinio juris som ikke retsskabelsens, men som (alene) retsefterlevelsens skød. Opinio juris er – vilje til og tro på – efterlevelse af pligter i medfør af allerede eksisterende retsnormer, »having a duty«. Dommens udlægning af opinio juris fandt tidligere også støtte i teorien; ifølge Lauterpacht var der tilmed »no other meaning that can usefully be attached to opinio necessitatis«, Lauterpacht (1970) 1 s. 63. Se også Max Sørensen (1946) s. 105 med henvisninger til blandt andre Hans Kelsen. Heraf har der været en tendens til at slutte, at retssædvanen ikke var at forstå som en materiel men alene som en formel retskilde, dvs. alene som et ophav for retsnormers dokumentation. Det svarer vel til den historisk oprindelige forståelse af sædvanen – »as evidence of a general practice accepted as law«, domstolsstatutens art. 38, stk. 1, litra b

Denne lidt antikverede forståelse af sædvanen som formel retskilde kan sættes op mod flere alternativer – også uden at foregribe diskussionen nedenfor i afsnit 6 af opinio juris som psykologi. Et første alternativ kan udspringe af den betragtning, at kimen til disse overvejelser er et spørgsmål om udlægning af opinio juris. Problemet er derfor overvundet i det øjeblik, opinio juris nedtones eller opgives som krav for en retssædvanes etablering, således D'Amato (1971) s. 52ff., Allott (1971) s. 103, Wolfke (1993) s. 61; Lauterpacht (1970) 1 s. 63: »These difficulties may be surmounted by a flexible interpretation of the notion of opinio necessitatis in the sense that a course of conduct, pursued uniformly and constantly, may become the basis of custom provided that, in contrast with the case of international comity, there is no clear intention to deny to it the element of obligation – though not necessarily legal obligation«. Lauterpachts skitsering af et første alternativ til forståelse af sædvanen som formel retskilde indeholder dog naturligvis den misforståelse, at høflighed eller skik & brug (comity) ikke også skulle være normativt bestemt og derfor ikke skulle være pligtbundne, »though not ... legal«.

Et andet alternativ tager sig mere tillokkende ud. Den forståelse af opinio juris, som gøres gældende i *The Case of the S. S. Lotus*, betyder ikke nødvendigvis, at retssædvanen blot er en såkaldt formel retskilde. Retsskabelse er ikke en evig proces, men tværtom en begivenhed, der finder sin afslutning og sin retsnorm før eller siden. Det betyder, at udlægningen af opinio juris nødvendigvis må tage sig ud som en gradssondring. Den vilje, der først tager sigte på retsskabelse, slår siden over i troen på, at normen er skabt og nu blot efterleves. Tiden for retsskabelse er ikke givet på forhånd. Mindst af alt kan det fordres, at retsskabelsen først finder sin afslutning med retsanvendelsens anerkendelse. Det er omvendt heller ikke givet, at retsskabelsens vilje ikke blot kan virke forud for adfærd og dermed blot være den udtalte præmis for et senere adfærdsmønster, jf. til eksempel følgende diktum, også fra *The Case of the S. S. Lotus*: »The rules of law binding upon States ... emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law«, *Lotus* s. 18. Med den forståelse er det vilkårligt, hvorvidt opinio juris formuleres som vilje til retsskabelse eller blot til retsefterlevelse, fordi også den sidste formulering implicit vil rumme den første – og fordi juridisk argumentation drejer omkring normer, hvil-

ke nødvendigvis må være skabt, således at retsskabets tidspunkt notorisk er forpasset og retsefterlevelsens indtrådt. Samh. Thirlway (1972) s. 53f.

Uanset at Max Sørensen indrømmede Kelsens bastante forståelse af opinio juris som retsefterlevelse logikkens styrke, påtog Sørensen sig alligevel at skitsere et forlig, som måske i en vis grad minder om den sidste udgang: »On pourrait lui opposer que l'opinio juris, bien que faisant défaut au début de la pratique qui se développera par la suite en coutume, peut s'engendrer au fur et à mesure que la pratique gagne du terrain et se consolide, sans qu'il soit possible de dire, à un moment donné, si le processus de création est achevé ou se trouve encore en pleine évolution«, Sørensen (1946) s. 106. I bund og grund er dette undskyldende forlig dog nærmere en modsætning til den udgang, som her er skitseret, fordi den netop finder sit udgangspunkt i en retsvildfarelse. Se for Kelsens senere syn på sagen, Kelsen (1966) s. 440 og 450f.

Siden er forståelsen af opinio juris blevet noget mindre kategorisk, også i ICJ. I *North Sea Continental Shelf Cases* hed det sig således principielt: »In so far as this contention is based on the view that Article 6 of the Convention has had the influence, and has produced the effect, described, it clearly involves treating that Article as a norm-creating provision which has constituted the foundation of, or has generated a rule which, while only conventional or contractual in its origin, has since passed into the general corpus of international law, and is *now accepted as such by the opinio juris*, so as to have become binding even for countries which have never, and do not, become parties to the Convention«, *North Sea* s. 41 og også s. 28 og 46. Så derfor: »Not only must the acts concerned amount to a 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*. The frequency, or even habitual character of the acts is not in itself enough«, *North Sea* s. 44. En sammenligning af de kursiverede afsnit indikerer, at ICJ tilslutter sig netop den udgang på forståelsen af opinio juris som retsefterlevelsens rum, der er skitseret ovenfor som det andet alternativ; alene med denne forståelse kan der kræves opinio juris som skabelse samtidig med opinio juris som blot efterlevelse.

I *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* udtaler ICJ sig i overensstemmelse med *North Sea Continental Shelf 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 cases*, 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 have 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' (I.C.J. Reports 1969, p. 44, para. 77)«, (*Para*)*Military* s. 108f.

I *North Sea Continental Shelf Cases* blev det i øvrigt afvist at forstå art. 6 i Convention on the Continental Shelf fra 1958 – eller hvad der svarer hertil – som folkeretlig sædvane. Uden større refleksion genfindes afvisningen af konventionen i *Anglo-French* § 75; se også *Gulf of Maine* s. 300 og 302f., *Jan Mayen* s. 57ff. og i øvrigt Tanja (1989) s. 151. I stedet udfandt ICJ i *North Sea Continental Shelf Cases* et alternativt sæt af sædvanenormer bundet op om slagordet »equity«, *North Sea* s. 46 – uden henvisning til hverken objektive træk eller opinio juris.

Weil (1989) s. 149ff., særligt s. 155f. overdramatiserer henvisningens mangel. For det første skal det anføres, at der her må udfindes normer i hvert fald til fiksering af kontinentalsoklen, eftersom den som statens territorium almindeligvis udgør en del af statens begreb, se videre kap. XII, 3. Og for det andet har de principper, som i praksis har været overvejet i den forbindelse, dvs. »natural prolongation« og navnlig et afstandskriterium, deres rødder i principper for territorialfarvandets afgrænsning og kan således betragtes som retssædvaners analogi. Spørgsmålet kommer herefter til at gå i principper for deling af søterritorium i tilfælde af overlap mellem forskellige staters adkomst til fx kontinentalsokkel. Det er et spørgsmål om »equity«. Heller ikke det kan dog med rette menes at have været ganske fremmed for tidligere folkeret. Se for analogimulighederne fx Weil (1989) s. 136f. og 169 samt *North Sea* s. 46f. Se også nedenfor i afsnit 5.

I en senere sag, som også gik i fiksering af kontinentalsokler, knyttede ICJ an til principper i United Nations Convention on the Law of the Sea fra 1982, uanset at denne traktat endnu ikke var trådt i kraft. Det hed sig: »It is in the Court's view incontestable that, apart from those provisions, the institution of the exclusive economic zone, with its rule on entitlement by reason of distance, is shown by the practice of States to have become a part of customary law; in any case, *Libya* itself seemed to recognize this fact when, at one stage during the negotiation of the Special Agreement, it proposed that the extent of the exclusive economic zone be included in the reference to the Court«, *Libya/Malta* s. 33. Dette i sig selv illustrerer nødvendigheden af opinio juris: domstolen kunne blot her nøjes med at henvise til Libyens, ikke til flere staters sædvane-befordrende opinio juris, samh. det forudgående udsagn i samme sag: »It is of course axiomatic that the material of customary international law is to be looked for primarily in the actual practice and opinio juris of States«, *Libya/Malta* s. 29. En tilsvarende tilgang er blandt andet anvendt i *(Para)Military* s. 107.

I *Nuclear Tests Cases* hedder det om »unilateral acts«, at »When it is the intention of the State making the declaration that it should become bound according to its terms, that intention confers on the declaration the character of a legal undertaking, the State being thenceforth legally required to follow a course of conduct consistent with the declaration« – andre krav stilles ikke, *Nuclear Tests* s. 267f. og 472f. Dette diktum tiltrædes i *Frontier Dispute* s. 573f. Se også *(Para)Military* s. 132 og i øvrigt s. 97f. og 108f. Samh. kap. XI, 2.

Hvor forståelsen af opinio juris i *The Case of the S. S. Lotus* var retsefterlevelsens, jf. *Lotus* s. 28 citeret ovenfor, er den vist nok i senere domme blevet forskudt over mod retsskabelsens. Om ikke andet blotlægger denne formuleringstekniske forskydning af opinio juris i retning af retsskabelse positionen af statens

vilje og dermed dens originale suverænitet i folkeretskildelærens centrum, også når talen falder på retssædvanen.

Hvor teori og praksis således er fælles om forståelsen af *opinio juris* (et *necessitatis*) – og med den originale suverænitet – som retsskabets grund, tilkommer der – som altid – praksis et yderligere, særegent problem: bevisbyrdens fordeling. Det er som allerede nævnt i afsnit 3 væsentligt at mærke sig, at dette bevisproblem først opstår med anerkendelsen af *opinio juris* som omdrejningspunkt for retsskabelsen. En anden ting er så, at konfliktsituationer sjældent bygger på nogen udtalt *opinio juris*, og at bevis for det uudtalte er vanskeligt – grænsende til det meget vanskelige. Det egentligt interessante er dog ikke det trivielle, at retsanvendelse bygger på bevis, ej heller at der her måske er tale om bevis for ikke faktum men jus, samh. nedenfor om Waldock, men derimod, at bevisbyrdens fiksering er ganske fleksibel, således at den retsanvendende institution allerede i forbindelse med byrdens fiksering forstrer en formodning for sagens udfald, samh. Charney (1993) s. 537f.

North Sea Continental Shelf Cases er et eksempel herpå: »In principle, when a number of States, including the one whose conduct is invoked, and those invoking it, have drawn up a convention specifically providing for a particular method by which *the intention to become bound* by the régime of the convention is *to be manifested* – namely by the carrying out of certain prescribed formalities (ratification, accession), it is not lightly to be presumed that a State which has not carried out these formalities, though at all times fully able and entitled to do so, has nevertheless somehow become bound in another way«, *North Sea* s. 25. Omvendt kunne det anføres, at selvom den blotte undertegnelse af en traktat ikke implicerer retlig forpligtelse i henhold til traktatens indhold, er det ikke umuligt allerede heri at læse en formodning for en vis sympati for traktaten, der ikke nødvendigvis skal vrangvendes til en formodning mod *opinio juris* og sædvane-dannelse, samh. for synspunktet traktatrets-konventionens art. 18. ICJ søgte at bakke sin fiksering af bevisbyrden op med følgende: »Indeed if it were a question not of obligation but of rights, – if, that is to say, a State which, though entitled to do so, had not ratified or acceded, attempted to claim rights under the convention, on the basis of a declared willingness to be bound by it, or of conduct evincing acceptance of the conventional régime, it *would simply be told* that, not having become a party to the convention it could not claim any rights under it until the professed willingness and acceptance had been manifested in the prescribed form«, *North Sea* s. 25f. ICJ kan naturligvis ikke med mening tænke sig selv som fortælleren, der »simply would tell« – det ville være et cirkulært ræsonnement. Hermed tænkes på de påståede pligtsubjekter. Men da er ræsonnementet ganske trivielt og misvisende. For enhver strid forudsætter vel, at det påståede pligtsubjekt er uenig i påstanden, fx i det påberåbte retsgrundlag, og denne trivialitet er videre misvisende i sammenhængen, eftersom det naturligvis er domstolen og ikke den ene af parterne, som har at fordele bevisbyrden. De samme overvejelser om muligheden for et tysk forbehold ved en hypotetisk ratifikation er – naturligvis – netop hypotetiske, og som sådanne lige så lidt relevante som den betragtning, at retssubjekter i for-

bindelse med en retssædvanes skabelse meget ofte ville kunne have handlet eller tænkt anderledes, samh. *North Sea* s. 26. I øvrigt forudsættes samme fordeling af bevisbyrde i en senere diskussion af, hvorvidt den pågældende artikel har stiftet sædvaneret, se *North Sea* s. 43ff.

Den ovenstående granskning af ICJ's argumentation for bevisbyrdens fiksering i *North Sea Continental Shelf Cases* følges af udstilling af et skisma mellem på den ene side en fordring til begrundelse af bevisbyrdens fordeling, som ICJ tilsyneladende havde underkastet sig, og på den anden side de noget uheldige udtryk, hvormed denne fordring blev søgt efterlevet i dommen.

I dette skisma kan aflæses en mere fleksibel tilgang til bevisbyrdens fordeling end tidligere. I *The Case of the S. S. Lotus* udtalte PCIJ sig således noget bastant, om end i negativ form: »International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims. *Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed*«, *Lotus* s. 18; tilslutning finder udtalelsen stadig hos Crawford (1979) s. 32 og 35, se også Wolfke (1993) s. 120. En noget nær tilsvarende antagelse af naturgiven fordeling af bevisbyrden findes i *Asylum Case*: »The 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. The Colombian Government must prove that the rule invoked by it is in accordance with a constant and uniform usage practised by the States in question, and that this usage is the expression of a right appertaining to the State granting asylum and a duty incumbent on the territorial State«, *Asylum Case* s. 276. Det er stadig udgangspunktet, at bevis skal føres for retssædvaner, jf. eksempelvis ICJ Reports (1952) s. 200, (*Para*)*Military* s. 99 og 111, *Frontier Dispute* s. 587f. Men at dette udgangspunkt i konkrete tilfælde kan veksles til en omvendt bevisbyrde er ikke længere udelukket, saml. Lauterpacht (1949) s. 59. Se også Brierlys karakteristik af diktummet i *The Case of the S. S. Lotus*: »their reasoning was based on the highly contentious metaphysical proposition of the extreme positivist school that the law emanates from the free will of sovereign independent states, and from this premiss they argued that restrictions on the independence of states cannot be presumed. Neither, may it be said, can the absence of restrictions; for we are not entitled to deduce the law applicable to a specific state of facts from the mere fact of sovereignty or independence«, Brierly (1958) s. 143f.

I moderne folkeret anvendes en mere fleksibel, mindre suspect sondring mellem formelle og materielle aspekter. Se til eksempel Brownlie (1990) s. 11 og 289.

Humphrey Waldock har gjort sig til talsmand for følgende: »On the other hand, it is no less clear that, if a custom becomes established as a general rule of international law, it binds all States which have not opposed it, whether or not they themselves played an active part in its formation. This means that in order to invoke a custom against a State it is not necessary to show specifically

the acceptance of the custom as law by that State; its acceptance of the custom will be presumed so that it will be bound unless it can adduce evidence of its actual opposition to the practice in question. The Court in applying a general custom may well refer to the practice, if any, of the parties to the litigation in regard to the custom; but it has never yet treated evidence of their acceptance of the practice as a *sine qua non* of applying the custom to them», Waldock (1962) s. 50 og også s. 164ff. Waldock vil således – og det er ikke blot – fordre bevis for reglen som »established as a general rule of international law«. Det er et kontroversielt og lidet repræsentativt synspunkt, jf. ovenfor. Slagord som »*jura novit curia*« er selvsagt uden slagkraft, så længe deres omfang – netop – ikke er fastlagt. Waldocks synspunkt dækkes næppe længere af praksis ved ICJ. Og det må være klart, at det er uheldigt, når Kennedy fremhæver et sådant særstandpunkt i *Structures* s. 81f. i forbindelse med skitsering af doktrinen, den almindelige doktrin.

Videre bemærker Kennedy sig følgende diktum fra *Anglo-Norwegian Fisheries Case*, hvor det væsentlige spørgsmål gik i, hvorvidt den ene stat (stiltiende) havde samtykket i den anden stats forslag til (norm)udgang på konflikten: »The Court, having thus established the existence and the constituent elements of the Norwegian system of delimitation, further finds that this system was consistently applied by Norwegian authorities and that it encountered no opposition on the part of other States«, *Fisheries Case* s. 136f. Det hedder sig så – hos Kennedy: »We know that Norway has not consented – has opposed the United Kingdom norm – because Norway has succeeded in creating a 'system of delimitation' which has been 'consistently' applied without 'opposition' – has, in other words, generated what might be thought of as an opposing norm of customary law binding upon the United Kingdom despite its apparent unwillingness to comply. So long as both norms (or both the United Kingdom's norm and its exception) are expressed consensually, they co-exist uneasily«, *Structures* s. 84. Dette syn på sagen er fejlgrebet, allerede fordi ICJ jo ikke antog begge normer – heller ikke ud fra en samtykkekonstruktion. Der sker derfor ingen »extra-consensual« udgang på »the deadlock between two consensual norms«, saml. *Structures* s. 85f. ICJ knytter alene disse »extra-consensual« overvejelser – såsom »the vital needs of the population« – til argumentationen for at betrygge tidligere tiders »very ancient and peaceful usage«, der ikke nødvendigvis konfirmerer den norske påstand om sædvanerettens indhold, men som afvikler den britiske som i hvert fald historisk rodfastet, se *Fisheries Case* s. 142.

Med (an)erkendelsen af en vis fleksibilitet i bevisbyrdens konkrete fordeling må det være klart, at der er grænser for, hvilken mening et generelt princip for samme kan have. Meningen rækker næppe til andet og mere end udgangspunktets skitsering. Hvorvidt der i en konkret sag faktisk kræves ført bevis for *opinio juris* i overensstemmelse med udgangspunktet, hvilket i praksis vil gå i forsøg på dokumentation af ytret tilslutning, eller omvendt bevis mod *opinio juris*, fx ved dokumentation af protest, er, når alt kommer til alt, i al væsentlighed et konkretionens skøn – en bevislærens subsumption, samh. kap. X, 4.

5. *Opinio juris* som ideologi

I et vist omfang finder bevisbyrdens konkrete fordeling i forbindelse med *opinio juris* dog nok sit ophav i normsæt, der herved sætter sig *middelbart* igennem. Der er så ikke uoverkommeligt langt til at gøre det videre og lade dette normsæt slå *umiddelbart* igennem. Retsanvendelsens begreb om »equity« kan fra tid til anden ses nævnt i den sammenhæng. Således bekendtgjorde ICJ i den vist nok noget

progressive dom i *Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area* blandt meget andet dette:

»A body of detailed rules is not to be looked for in customary international law which in fact comprises a limited set of norms for ensuring the co-existence and vital co-operation of the members of the international community, together with a set of customary rules whose presence in the *opinio juris* of States can be tested by induction based on the analyses of a sufficiently extensive and convincing practice, and not be deduction from preconceived ideas«, *Gulf of Maine* s. 299.

Som det klart kommer frem i dette diktum, så er forskellen på en middelbar og en umiddelbar favorisering af normsæt først og fremmest, hvorvidt *opinio juris* undsiges som ideologi, idet den middelbare placering netop bunder i respekt for *opinio juris* som den trindhøjere institution. Se i øvrigt for synspunktet Schwarzenberger & Brown (1976) s. 52, og for det omvendte D'Amato (1969) s. 211f. Det er dog ikke sædvanligt, at ICJ går så bombastisk til sagen. I *Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)* hed det sig:

»Equity as a legal concept is a *direct emanation of the idea of justice*. The Court whose task is by definition to administer justice is bound to apply it. In the course of the history of legal systems the term 'equity' has been used to define various legal concepts. It was often contrasted with the rigid rules of positive law, the severity of which had to be mitigated in order to do justice. In general, this contrast has no parallel in the development of international law; the legal concept of equity is a general principle directly applicable as law. Moreover, when applying positive international law, a court may choose among several possible interpretations of the law the one which appears, in the light of the circumstances of the case, to be *closest to the requirements of justice*«, *Tunisia/Libya* s. 60.

»Equity« kan stadig ses som udtryk for blotlæggelse af et normsæt, der fra at være middelbart og med mulighed for konkret styring af en sag gennem bevisbyrdefordeling bliver umiddelbart som »a general principle directly applicable as law«, samh. domstolsstatutens art. 38, stk. 1, litra c. Og equity er »a direct emanation of the *idea* of justice«. Men netop også kun en idé, som ikke nødvendigvis realiseres, eftersom domstolen kan skulle stille sig tilfreds med at komme »closest to«. »Equity« tager sig derfor i diktummets slutning ikke ud som et principalt retsprincip, men som et fortolkningslærens princip ved valg mellem »several possible interpretations«. Anlægges denne forståelse, tager »equity« sig nærmest ud som slagord for, hvad der i næste kapitel skal behandles som subsumption, se særligt kap. X, 4 og tilsvarende *Barcelona Traction* s. 48: »On the other hand, the Court considers that, in the field of diplomatic protection as in all other fields of international law, it is necessary that the law be applied reasonably«. I betragtning

af tvetydigheden i dette diktum er det så meget desto mere pudsigt, at Fastenrath i forlængelse heraf gør følgende gældende:

»Damit werden Billigkeit und Gerechtigkeit generell als allgemeines Rechtsprinzip in das Völkerrecht inkorporiert, und zwar als Blankettnorm, so daß sich der Nachweis der allgemeinen Übereinstimmung über die konkret anzuwendenden Billigkeitsmaßstäbe erübrigt. Deren Rolle besteht aber nicht allein darin, im Notfall eine eigenständige Entscheidungsgrundlage zur Verfügung zu stellen. Der IGH weist zutreffend darauf hin, daß sie bei der Auslegung positiver Rechtssätze mit hineinspielen, wovon auch alle modernen Rechtstheorien ausgehen«, Fastenrath (1991) s. 130.

Det er naturligvis korrekt, at et middelbart normsæt overlejrer det forud retlige, og blandt andet i et vist omfang styrer bevisbyrdens fordeling og i øvrigt graden af retsskabelse i retsanvendelsen. Hvad angår dette normsæts umiddelbarhed, her formuleret som »equity«, favner Fastenrath dog på den anden side for bredt, særligt når der bortses fra det indledningsvist citerede diktum fra *Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in The Gulf of Maine Area*. »Equity« går ikke igen i mange andre domme end dem, som løser den ene eller anden form for territoriale afgrænsningsstridigheder: ud over sager om afgrænsning af kontinentalsokler kan nævnes ICJ Reports (1974) s. 30, 33 og 198 og *Frontier Dispute* s. 567f. og 633, samh. ICJ Reports (1981) s. 16ff. I *Barcelona Traction* s. 48 og 50 førte »considerations of equity« ikke til noget, samh. Nervos separate opinion i samme *Barcelona Traction* s. 259f., mens »equity« i Fitzmaurices separate opinion i samme sag i overensstemmelse med Common Law mest af alt er netop et slagord for sidste led i fortolkningen – subsumptionen, se *Barcelona Traction* s. 84ff. og videre s. 191 i Jessups separate opinion samt s. 332f. om »equity praeter legem« i Ammouns separate opinion, samh. samme dommer i *North Sea* s. 139.

I nærværende sammenhæng er det interessante så at mærke sig, at ingen af disse domme, ud over delvist i *Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in The Gulf of Maine Area*, har undsagt opinio juris som princip i sammenhængen. Hvad særligt angår kontinentalsoklens afgrænsning, så er dét, som ICJ blandt andet afviste i *North Sea Continental Shelf Cases*, en mere specifik opinio juris, mens opinio juris som begreb ikke blev angrebet. Og netop fordi der er enighed om, at folkeretten medgiver stater en vis jurisdiktion over kontinentalsoklen, hvilket i sig selv binder i opinio juris, men i øvrigt ikke om dette sokkelbegreb nærer andet end en mere almindelig forståelse af soklens natur, så ligger det nærmest lige for, at dén opinio juris, hvorfra adgang til jurisdiktion udspringer, går hånd i hånd med en forholdsvis uspecificeret adgang til afgrænsning af selvsamme sokkel; se tilsvarende art. 74 og 83 i United Nations Convention on the Law of the Sea fra 1982; den ydre grænse for »equity« ligger da også i disse sager ved et mindstemål af geografisk orientering, samh. *North Sea* s. 50 og *Libya/Malta* s. 40 samt *Jan Mayen* s. 64f. som ender ved »the geographical context«. Den afgrænsede sokkel vil som noget nær en del af statens territorium alle-

rede af den grund almindeligvis være bestemt i folkeretten, jf. kap. XII, 3. Om »equity«, se i øvrigt kap. XIII, 2.

Konklusivt skal det anføres, at folkeretskildelæren i sin formulering og ideologi såvel i teori som i retsanvendelse i al væsentlighed lægger sig op ad den originale suverænitet og det heraf afledte krav om opinio juris. Afgrænsningsspørgsmål og et hertil relateret begreb om »equity« kan ikke normalt forstås som afvigelse herfra, eftersom dette begreb almindeligvis forstås infra legem. Opinio juris er stadig den gangbare ideologi – i kraft af staters originale suverænitet. Det er så korrekt, at denne suverænitet ved bevisbyrdens fordeling alene fostrer et udgangspunkt herfor, men det er i princippet allestedsnærværende, praktiske finurligheder, der ikke ændrer konklusionen. Og vel i bund og grund finurligheder, som blot er udtryk for (an)erkendelse af et underliggende og altid nærværende normsæt, som konkret sætter sig igennem materielt i subsumptionen og formelt i bevisbyrdefordelingen, og som mere generelt også styrer adgangen til eller måske rettere graden af domstoles retsskabende virksomhed i almentolkningen, samh. kap. X, 3 og 4. Konklusivt er det opinio juris, som besjæler folkeretskildelæren og gør det ud for dennes ideologi – i medfør af staters originale suverænitet. Samh. Kelsen (1966) s. 450f.

Heraf flyder fx et princip om, at stater ikke – i hvert fald som udgangspunkt – ved eksempelvis traktat kan binde udenforstående stater; *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*. Se også Traktatretskonventionens art. 34–38, samh. FN Paktens art. 2, stk. 6. Det er derfor omsonst med Verdross at forstå dette princip mod tredjestatspåbud som *jus cogens*, samh. Verdross (1937) s. 572, Verdross (1966) s. 58f. Se også Schwelb (1967) s. 965, Sztucki (1974) s. 12, 18 og 70 med citat fra *Case of the S. S. Wimbledon* samt Fitzmaurice i YILC (1958) II s. 40 og Waldock i YILC (1963) II s. 53.

Opinio juris er ikke så meget psykologi, samh. – mere kategorisk – Wolfke (1993) s. 47, 51 og 61f. Opinio juris er først og fremmest (original) suverænitet, en grundlæggende orientering i folkeretskildelæren mod stater og deres *originale* frihed for viljesuoverensstemmende normsubjektivitet, jf. afsnit 6.

David Kennedys konklusion er en anden: »If we think of these various strategies together, the rhetorical patterns seem less fluid. Taken as a whole, sources doctrine seems to favor consensual rhetoric. Consensual doctrines seem to dominate, and consensual interpretations of softer doctrines seem most compelling. The doctrinal hierarchy seems tilted in favor of a rhetoric of consent. Sources argument as a whole, however, seems tilted towards the systematic authority of legal norms. Indeed, sources rhetoric as a whole seems to move toward law and away from sovereign autonomy. A certain systemic authority seems to be taken for granted in rhetoric which is most emphatic about its consensual foundation. In this way, sources discourse seems to combine both rhetorics. That sources discourse can be doctrinal indicates its systemic basis. That it speaks incessantly about consent insulates it from a substantive legal regime. The argument and doctrine taken together seem to move from sovereign autonomy toward systemic authority«, *Structures* s. 100f.

Et væsentligt fejlgreb hos Kennedy er en manglende sondring mellem (selve) det folkeretlige normsystem og retskilde- og metodelæren. Se *Structures* s. 99 og også kap. VII, 3 om Koskenniemi's »From apology to utopia«. Heraf flyder også, at ethvert »soft (extraconsensual) argument« associeres med naturen, jf. *Structures* s. 105f., og for øvrigt ikke i relation til folkeretten er undergivet nogen intersubjektiv tvang – og derfor garanterer, at folkeretten »not [will] be hostage to sovereign whim«, *Structures* s. 101. Hertil kommer den begrebsmonistiske tilgang til sondringen mellem »hard« og »soft«, mellem begrundelse af normer i »consent« eller i noget »extra-consensual«, som implicerer en absolut, ubegrænset opfattelse af begges omfang, samh. kap. VII, 3. Herved inkorporerer Kennedy så at sige de modsætningsfyldte strukturer, som han dog i stedet i al beskedenhed giver folkeretten æren for. Havde modsætningerne været nedskrevet i folkerettens grundstruktur, så er det naturligvis korrekt, at folkeretten kunne vendes efter behag og således miste sin normative valør; (negativ) suverænitets ville stå uanfægtet, se også *Structures* s. 32 og 122.

Denne suverænitets trussel mener Kennedy så er ved at fortone sig i kraft af en afbalancering i folkeretten af både »soft« og »hard«, jf. citatet ovenfor. Det siger en hel del om Kennedys begrebsmonisme, at han herefter kun tillader »law«, »systematic authority« og ikke »sovereign autonomy«. Det er en gentagelse af det 20. århundredes begrebsmonistiske udgang på inkongruensproblemet – ad folkerettens vej, jf. kap. I, 1. Gennem en tvungen udfindelse af såkaldte modsætninger i den folkeretlige doktrin formår Kennedy i andre ord at skrue folkeretten tilbage til det 19. århundredes »äußere Staatsrecht« for herefter selv at gentage den modsatte, men altså stadig begrebsmonistiske udgang på inkongruensproblemet, som slog ud omkring århundredeskiftet. Og det i øvrigt gennem et forlig mellem »soft« og »hard arguments«, der nærmest i sagens natur må være uklart og gådefuldt.

6. »The rules of law binding upon States ... emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law«, *Lotus* s. 18

På et retsteoretisk plan kan folkeretskildelæren – og herunder de to centrale retskilder: traktaten og retssædvanen – føres tilbage til staterne og deres opinio juris, jf. afsnit 3 ovenfor. Staterne besætter herefter retsskabelsens hovedpartier, hvilket er i overensstemmelse med staternes originale suverænitets. Hvad derimod angår juridisk argumentation, struktureres den vidt forskelligt, alt efter om der skal tages parti for eller imod en traktat eller en retssædvanen. Det centrale spørgsmål ved retssædvaner er deres udsondring fra andre sædvaner som skik & brug, moral, hvilken udsondring i al væsentlighed tager form af bevis for opinio juris. Omvendt er det i folkeretten trivielt at sondre mellem traktater og andre aftaler; centralt ved traktater er i stedet de efterfølgende spørgsmål om deres fortolkning og

gyldighed (retsvirkninger). ICJ har endog fastslået, at metoden til sontring mellem tekster, som ikke er retligt bindende, og traktater er, at »the Court must have regard above all to its actual terms and to the particular circumstances in which it was drawn up«, *Aegean Sea* s. 39; metoden gælder også mundtlige traktater, jf. principielt *Eastern Greenland* s. 69ff.

Illustrerende for juridisk argumentation omkring (mulige) traktater er *Case Concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Jurisdiction and Admissibility)*, hvor ICJ opdelte sin argumentation i et spørgsmål om »the nature of the texts«, herunder de aktuelle notaters retlige karakter, og »an analyses of the content of those texts« – men samtidig tilsluttede sig det citerede diktum fra *Aegean Sea Continental Shelf* og derved gjorde også spørgsmålet om »nature of the texts« til et fortolkningsspørgsmål, samh. ICJ Reports (1994) s. 120f. Senere anførtes det i dommen som konklusion på fortolkningsspørgsmålet:

»Accordingly, and contrary to the contentions of Bahrain, the Minutes are not a simple record of a meeting, similar to those drawn up within the framework of the Tripartite Committee: they do not merely give an account of discussions and summarize points of agreement and disagreement. They enumerate the commitments to which the Parties have consented. They thus create rights and obligations in international law for the Parties. They constitute an international agreement«, ICJ Reports (1994) s. 121.

Umiddelbart efter den fortolkning afviste ICJ, at staternes intention (opinio juris) på tidspunktet for undertegnelsen var af betydning ved afgørelsen af notaternes retlige karakter:

»The Court does not find it necessary to consider what might have been the intentions of the Foreign Minister of Bahrain or, for that matter, those of the Foreign Minister of Qatar. The two Ministers signed a text recording commitments accepted by their Governments, some of which were to be given immediate application. Having signed such a text, the Foreign Minister of Bahrain is not in a position subsequently to say that he intended to subscribe only to a 'statement recording a political understanding', and not to an international agreement«, ICJ Reports (1994) s. 121f.

Og ICJ fastholdt altså intentionens manglende betydning, uanset om den måtte være delt af Bahrains medkontrahent, Qatar – »nor could any such intention, even if shown to exist, prevail over the actual terms of the instrument in question«, ICJ Reports (1994) s. 122. Hvor det således i juridisk argumentation er betydningsfuldt at evne sontringen mellem sædvane og retssædvane, er en tilsvarende, overordnet sontring mellem aftaler og retsaftaler end ikke formuleret. Forskellen i juridisk argumentation ved traktater og retssædvaner dækker dog næppe over et principielt skisma, idet spørgsmålet om en aftales retlige karakter blot ikke for-

muleres som et overordnet spørgsmål med udsyn til *opinio juris*, men derimod henlægges til fortolkningslæren – der netop også har sit udgangspunkt i staternes intention, jf. kap. X, 3.

Den subjektive betingelse i retssædvanekonstruktionen kan med megen ret forstås som (rets)sædvanens pendant til traktaters fortolkningslære – den retlige karakter af en aftale fastlægges i fortolkningslæren, den retlige karakter af en sædvane i staternes (eventuelle) *opinio juris*. Det er ubegrundet med Anthony Carty at isolere *opinio juris* til (rets)sædvaner bundet op på Savignys historiske skole, saml. *Decay* s. 26ff. Som retskilder gælder det såvel for retssædvaner som traktater, at omdrejningspunktet er staternes vilje eller intention: »The rules of law binding upon States ... emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law«, *Lotus* s. 18. Som sådan er der ikke mere psykologi involveret i den subjektive betingelse for retssædvanen end i traktatens fortolkning – og juridisk argumentation ændres derfor ikke, såfremt retssædvanen blev (tilbage)konstrueret til at være lig en stilltende indgået traktat, se hertil *Decay* s. 26. En mere adækvat udlægning af intentionens rolle end den psykologiske er utvivlsomt den, at fokusering på staternes intention og *opinio juris* som sådan i al væsentlighed er udtryk for en anerkendelse af hovedrollen omkring retsskabelse, ikke for praksis, saml. *Decay* s. 66, men for staterne og deres originale suverænitæt.

Den væsentlige forskel i juridisk argumentation mellem traktat og retssædvane bliver herefter, at hvor det objektive, fysiske udtryk for normer er generelle formuleringer ved traktater, er udtrykket ved retssædvaner konkrete handlinger, blot deduceret fra normen. I mangel af kendskab til staters intention er det muligt ved traktaten alligevel at tyde normen bag ordene, hvorimod retssædvanen – uden anden mulighed for generelt udtryk for normen – står og falder med tydning af parternes intention på det ene eller andet mere objektive grundlag, samh. afsnit 4 ovenfor. En svækkelse af den objektive betingelse i retssædvanekonstruktionen ændrer ikke herpå, saml. Max Sørensens dissens i *North Sea* s. 245, Wolfke (1993) s. 62. Det betyder, at retssædvanen altid vil være en ringe retskilde til efterfølgelse af dynamiske skred i retsudviklingen; mere egnet har retssædvanen været som positivismens hus for de normer, som tidligere var naturretligt legitimeret i folkeretten, samh. *Gulf of Maine* s. 299 citeret under afsnit 5 samt Henkin (1989) s. 51ff.

KAPITEL X

SUVERÆNITET I FORTOLKNINGSLÆREN

1. »*It cannot be that good faith is less obligatory upon nations than upon individuals in carrying out agreements*«, Metzger & Co. Case citeret fra Cheng (1953) s. 105 eller 112

Oprindelig stod paven vagt om staternes indbyrdes pligter og rettigheder, herunder disses fortolkning, jf. kap. III, 2. Pavens status forsvandt med suverænitetsbegrebets sækulariseringsbevægelse, der fandt en afslutning i den kopernikanske vending og staternes suverænitet. Ud af dén (originale) suverænitet springer et modsat princip: der er ingen obligatorisk retspleje, hvorfor staterne som udgangspunkt er ene om at fortolke indhold og omfang af deres folkeretlige normsubjektivitet. »For the theory of the sovereignty of States reveals itself in international law mainly in two ways: first, as the right of the State to determine what shall be for the future the content of international law by which it will be bound; secondly, as the right to determine what is the content of existing international law in a given case«, Lauterpacht (1933) s. 3. Se for yderligere illustration Vattels lighedsprincip, omtalt i kap. XVI, 3. Også PCIJ har ladet ord falde i sammenhængen: »the Court, bearing in mind the fact that its jurisdiction is limited, that it is invariably based on the consent of the respondent and only exists in so far as this consent has been given«, PCIJ Series A No. 2 s. 16; »It is well established in international law that no State can, without its consent, be compelled to submit its disputes with other States either to mediation or to arbitration, or to any other kind of pacific settlement«, PCIJ Series B No. 5 s. 27 og endvidere PCIJ Series A No. 9 s. 32, PCIJ Series A No. 15 s. 22, ICJ Reports (1954) s. 19 samt ICJ Reports (1975) s. 33.

Udgangspunktet om frivillig retspleje har dog ikke hindret en velvillig fortolkning fra domstolens side af de »special agreements«, som hjemlede dens jurisdiktion i konkrete sager. PCIJ grundlagde – ikke helt overraskende – en juridisk tradition for effektiv fortolkning af disse aftaler i tilfælde af manglende dokumentation for modgående intentioner – »But, so far as concerns the specific question of competence now pending, it may suffice to observe that the Court, in determining the nature and scope of a measure, must look to its practical effect rather than to the predominant motive that may be conjectured to have inspired it«, PCIJ Series B No. 13 s. 19; »in case of doubt, the clauses of a special agreement by which a dispute is referred to the Court must, if it does not involve doing violence to their terms, be construed in a manner enabling the clauses themselves to have appropriate effects«, PCIJ Series A No. 22 s. 13. Se også *Corfu Channel* s. 23ff.

Af princippet om frivillig retspleje flyder umiddelbart anerkendelse af autentisk modsat autoritativ fortolkning i folkeretten; »... an agreement as to the interpreta-

tion of a provision reached after the conclusion of the treaty represents an authentic interpretation by the parties which must be read into the treaty for purposes of its interpretation«, YILC (1966) II s. 177. Se også Fastenrath (1991) s. 194ff.

Derimod flyder der ikke af princippet om frivillig retspleje en afvikling af folkeretten, samh. Kooijmans (1964) s. 85 og herom også kap. XVI, 3. Fortolkningslæren lægger ikke som sådan op til nogen gentagelse af inkongruensproblemet – i hvert fald ikke i fuldt omfang, samh. afsnit 4 om »restrictive interpretation«, den folkeretlige pendant til uklarhedsreglen. Men der ligger unægtelig en mulighed for svækkelse af det folkeretlige normsystems effektivitet.

Til eksempel: »The existence of a certain 'margin of appreciation' left to legal subjects acquires conspicuous importance in the international community, for two reasons. First, the addressees of most international norms are sovereign States, entities which by definition tend to stake out a claim to freedom of action and which will, consequently, endeavour as much as possible to take advantage of the relative discretion granted to them, even in applying international rules. Second, the international community lacks judicial bodies endowed with compulsory jurisdiction; if a State allegedly abuses its rights, there is often no judicial remedy available«, Cassese (1986) s. 152.

Hertil kan det åbenlyse bemærkes, at selv ikke eksistensen af international judiciel kontrol kan gøre en ende på staternes skønsmargin (»margin of appreciation«) ved folkeretsnormers fortolkning og anvendelse; særligt kan heller ikke efterprøvelse af staters folkeretsanvendelse undvige den tekniske begrænsning, som ligger i, at skønsmæssig subsumption i mangel af retlige bindinger ikke kan prøves, men alene gøres om, samh. afsnit 4 om subsumption. Og at (intern) suverænitets kan begrunde en yderligere skønsmargin for den retsanvendende stat har i tilknytning til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og konventionsorganerne: EMK og EMD, fundet en prægnant formulering ved Sir Humphrey Waldock: »The doctrine of the 'margin of appreciation', as I see it, is one of the more important safeguards developed by the Commission and the Court to reconcile the effective operation of the Convention with the sovereign powers and responsibilities of governments in a democracy«, Waldock (1980) s. 9.

At »margin of appreciation« i øvrigt bør påkalde sig væsentlig opmærksomhed ved overvejelse af international judiciel kontrol illustreres af praksis ved EMD. I *Handyside Case* fra 1976 fandt EMD sit udgangspunkt i statens »margin of appreciation« og dermed i en formodning for prøvelsesbegrænsning – »it is for the national authorities to make the initial assessment«, *Handyside* pr. 48. Stemningen i prøvelsesbegrænsningens skygge kom klarest til udtryk, da EMD uddybede sin subsidære position i forhold til nationale domstole: »The Convention leaves to each Contracting State, in the first place, the task of securing the rights and freedoms it enshrines. The institutions created by it make their own contribution to this task but they become involved only through contentious proceedings and once all domestic remedies have been exhausted (Article 26). These observations apply, notably, to Article 10 § 2. In particular, it is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals«, *Handyside* pr. 48. I dette diktum glider EMD fra betragtninger over en *formelt* sekundær position i forlængelse af kravet om udtømmelse af nationale retsmidler – folkerettens klassiske »rule of local redress« – til en sekundær position i *materiel* forstand, gældende »notably, to Article 10 § 2«, og ødelæggende for international kontrol i mangel af fælles retsgrundlag og konsensus i medlemsstaterne. Storbritannien blev frifundet i sagen.

Under voldsom dissens (ko)vendte EMD tre år senere sin tilgang til konventionen og dens fortolkning med sin dom i *The Sunday Times Case (No. 1)*. Med den dom grundlagdes en juridisk tradition, som finder sit udgangspunkt ikke i staters »margin of appreciation«, men i konventionen som et selvstændigt normsæt – der rakte til domfældelse af Storbritannien i dén sag. Teknisk blev bruddet med dommen i *Handyside Case* sløret ved at lade den doms tilgang stå ved moralsk begrundede indgreb, jf. *Sunday Times* pr. 59 – uanset at det ikke havde støtte i dommen i *Hand-*

dyside Case, som i et og alt fokuserer på EMD's generelt sekundære position i forhold til nationale domstole. EMD undsagde da også allerede i 1984 i *Dudgeon Case* særstillingen for indgreb ledt af moralske formål, idet »not only the aim of the restriction but also the nature of the activities involved will affect the scope of the margin of appreciation«, ECHR Series A no. 45 pr. 52. I 1992 underkastede EMD endog indgreb i adgangen til information om abort nøje prøvelse, »careful scrutiny«, ECHR Series A no. 246-A pr. 72.

EMD's praksis om »margin of appreciation« illustrerer således dels, at selv ikke individets petitionsret og international juridisk kontrol nødvendigvis har megen realitet over sig, dels – i tæt meningssammenhæng med det første –, at det internationale kontrolorgan har en forholdsvis svag autoritet, som ville kunne svækkes markant ved eksplicit tilsidesættelse af egne præjudikater. Således har EMD aldrig åbent taget afstand fra *Handyside Case*, men tværtom ladet denne doms altmodiske tilgang til fortolkning og »margin of appreciation« spøge bag praksis og fra tid til anden forme mere eller mindre vilkårlige brud herpå, fx ECHR Series A no. 133 og ECHR Series A no. 295-A. Fortolkning på tværs af statsinteresser – eventuelt formuleret i et begreb om (intern) suverænitet, samh. kap. XVI, 4 – er ingen smal sag.

Materielretligt affødte princippet om frivillig retspleje i almindelig folkeret et krav om staters gode tro – i forbindelse med fortolkningen af egne traktater: »A treaty shall be interpreted in good faith«, traktatretskonventionen art. 31, stk. 1; »One of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations, whatever their source, is the principle of good faith«, *Nuclear Test* s. 268 og 473. Kravet om god tro har rødder tilbage til fx *Droit des Gens* II, xvii, § 265, men blev for alvor søgt indført i juridisk argumentation i mellemkrigstiden, jf. Cassese (1986) s. 150.

Godtroskravet er (selv) blevet fortolket forskelligt. På den ene side: »Performance of a treaty obligation in good faith means carrying out the substance of this mutual understanding honestly and loyally. As the ascertainment of this mutual understanding, i.e., the real and common intention of the parties, is a matter of interpretation, it is also said that treaty interpretation is governed by the principle of good faith«, Cheng (1953) s. 115. På den anden side: »All it should attempt is to apply considerations of reasonableness and good faith or, in other words, the *jus aequum* rule. In each case, the result of interpretation is, therefore, necessarily the outcome of a balancing process between conflicting equities«, Schwarzenberger & Brown (1976) s. 133. Samh. O'Connell (1970) s. 222, Cassese (1986) s. 152ff., Rosenne (1989) s. 135ff. samt traktatretskonventionen særligt art. 31 og 26. Udlægning af begrebet »good faith« ligger i andre ord også under for en strid mellem parternes intention, original suverænitet på den ene side og rimelighed (equity) på den anden, samh. kap. IX, 5 for en lignende diskussion. I sig selv er den strid naturligvis komisk – et begreb om »good faith« som styrende for fortolkningen er ikke meget bevendt al den stund, at dette begreb selv skal fortolkes. Og dét, som diskuteres i den forbindelse, er i bund og grund, hvilke normer eller principper som er at læse ud af fortolkningslæren.

Spørgsmålet er så, om striden i fortolkningslæren og dens gode tro mellem intention og »equity« overhovedet er nogen (mod)strid. Schwarzenberger og Brown gør også følgende gældende: »The most that is feasible is to find a pragmatically plausible interpretation which corresponds as closely as possible to the text of the treaty; the functions it is to meant to serve, and the actual intentions, if

ascertainable, of the parties«, Schwarzenberger & Brown (1976) s. 133. I dette udsagn overser forfatterne den semantiske vilkårlighed, som senere skal uddybes, men som i korthed går på, at en ytrings mening ikke ligger i sprog eller »text of the treaty« men i sproganvendelsen, samh. Schwarzenberger & Brown (1976) s. 134. Såfremt en sådan mere moderne, sprogteoretisk tilgang anlægges, ligger det lige for at opløse striden mellem intention og »equity«, idet de hver for sig er fortolkningsprincipper, som dominerer hvert sit led af fortolkningen – bortset fra, at der ikke mindst i lyset af staters originale suverænitet skal et vist mod til at hævde, at fokusering på staternes intention ikke er rimelig.

Princippet om »good faith« i fortolkningen har som sådan ingen selvstændig betydning – i folkeretten, samh. Rosenne (1989) s. 174ff. Generelt hænger det sammen med, at princippet antages så bredtfavnende, »this principle touches every aspect of international law«, Oppenheim (1992) s. 38, at det allerede af den grund mister sin betydning. Og konkret med, at i det omfang et spørgsmål, konkret eller generelt, rulles ind til folkeretlig afgørelse, det være sig i teori eller retsanvendelse, sker det i alle tilfælde under den folkeretlige fortolkningslæres åsyn. Betingelserne herfor, fx staters indvilligelse i sagens afgørelse ved tredje-mand, er i princippet uinteressante, fordi disse betingelsers opfyldelse ikke kan andet end forudsættes – i folkeretten.

2. Tvetydighed & Moderne fortolkningslære

Moderne folkeretlig fortolkningslære står i et noget tvetydigt forhold til original suverænitet. Dette skal i det følgende illustreres ved navnkyndige Hersch Lauterpachts artikel fra 1949: »Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties«. I artiklen diskuteres blandt andet berettigelsen af »restrictive interpretation« som fortolkningsprincip i folkeretten. Princippet skal vel ikke forstås som rum for al indskrænkende fortolkning, men som en mere almindelig formodning for, at sådan indskrænkende fortolkning bliver udgangen på fortolkningsspørgsmål »in case of doubt«, Lauterpacht (1949) s. 49; »that is, so as to impose the least restriction upon the freedom or sovereignty of the State undertaking this obligation«, McNair (1961) s. 365f. Omkring midten af indeværende århundrede var et sådant princip antaget i store dele af teorien. Om grunden hertil udtaler Lauterpacht: »The main explanation of the prominence of the rule of restrictive interpretation in the international sphere is that it has been resorted to by reference to and on account of the sovereignty of independent states. ... it is because states are sovereign that a restrictive interpretation must be put upon their obligations«, Lauterpacht (1949) s. 57f. Lauterpachts væsentligste kritikpunkt mod dette princip formuleres herefter i opposition til suverænitet – via inkongruensproblemet:

»In the international sphere there seems to be no justification for it unless we make the notions of sovereignty and of presumptive freedom of action the decisive considerations and the starting-point of the task of interpretation. There is no warrant for doing that. The purpose of treaties – and of international law in general – is to limit the sovereignty of states in the particular sphere with which they are concerned. *Their purposes is to lay down rules regulating conduct by restricting, in that particular sphere, the freedom of action of states.* To a large extent treaties have no meaning except when conceived as fulfilling that function. For the same reason there is less substance than is generally assumed in the suggestion that, in particular with regard to treaties, there is a presumption against derogations from a general principle and that restrictive interpretation must be the rule in such cases«, Lauterpacht (1949) s. 60.

I andre ord tager Lauterpacht her afsked med suveræniteten i fortolkningslæren i en argumentation, som minder om dén, der bærer inkongruensproblemet: suveræniteten er fjendtlighedsindet over for det normsystem, som fortolkningslæren relaterer sig til, og bør derfor ikke omfavnes. I dette syn har Lauterpacht fået følgeskab af hovedparten af senere forfattere, se fx McNair (1958) s. 235ff., Brownlie (1990) s. 288f. og 631, Oppenheim (1992) s. 1278f. Samh. McDougal mfl. (1967) s. 171ff., Schwarzenberger & Brown (1976) s. 23f., 119 og 133 samt nedenfor i afsnit 4.

Brownlie nævner, at (folkeretlig) suveræniteten kan spille ind i fortolkningen, hvad angår »issues concerning regulation of rights and territorial privileges«, fordi suveræniteten her er »an independent principle«, Brownlie (1990) s. 631, samh. s. 292 og hertil i øvrigt kap. XII, 3 og XVI.

Også i *Case of the S. S. Wimbledon* hævdes suveræniteten i fortolkningslæren, se herom nedenfor i afsnit 4.

Det lauterpachtske syn er imidlertid noget forkalket. Til eksempel fornægter Lauterpacht ikke (original) suveræniteten i en anden sammenhæng: »the burden of proof must rest, as a rule, on the party alleging the restriction on the obligation. It is reasonable to assert that, in the absence of proof to the contrary, a party cannot be presumed to have undertaken an obligation or agreed to a restriction«, Lauterpacht (1949) s. 59; saml. kap. IX, 4. Herunder nævner Lauterpacht fortolkningsprincippet om »contra proferentem« som suverænitetens anden implikation i sammenhængen. Men herefter skulle disse implikationer så i hvert fald også være udtømt – ifølge Lauterpacht. Det er her, forkalkningen sætter ind. Gentagne gange fremsættes udsagn som »It is the intention of the authors of the legal rule in question ... which is the starting-point and the goal of all interpretation«, Lauterpacht (1949) s. 83. Denne staternes intention bliver derfor et principalt moment, »the principal aim of interpretation«, hævet over fortolkningsregler eller –principper: »The very choice of any single rule or of a combination or cumulation of them is the result of a judgment arrived at, independently of any rules of construction, by reference to considerations of good faith, of justice, and of public policy within the orbit of the express or implied intention of the parties or of the

legislature«, Lauterpacht (1949) s. 53. Men dette principale mål for fortolkningen springer naturligvis ikke ud af ingenting. Også det har sin grund. Også det er ikke andet og mere end et fortolkningsprincip – hvad skulle det ellers være? Og når fortolkningen lægger vægten på parternes intention og ikke hævder interesse for planeter eller romerret, så bundet det i – den samme originale suverænitet, som begrundet det parallelle princip om *opinio juris* i folkeretskildelæren, jf. kap. IX, 6; saml. McNair (1958) s. 235: »In general, sovereignty plays no part in the interpretation of treaties«.

Lauterpacht vender således på den ene side suveræniteten ryggen, når talen falder på »restrictive interpretation«, og tiljubler på den anden side samme suverænitet med bredtfavnende primat, når talen falder på kontrahenternes intention og fortolkningens overordnede mål. I princippet er det så en anden ting, at de to sider ikke er af samme sag. Skismaet, det manglende klarsyn omkring suverænitet i folkeretlig fortolkningslære, bundet i en almindelig forenkling i fortolkningens beskrivelse, som navnlig tidligere var særdeles udbredt. Som det skal illustreres i de følgende afsnit, bør fortolkningslæren tvedeles. I forlængelse heraf analyseres rækkevidden af original suverænitet i begge dele.

3. Suverænitet og (almen)tolkning

Det er almindeligt i folkeretlig teori at hævde, at fortolkningslæren alene kaldes hid i tvivlens nødsfald. Se til eksempel Lauterpacht (1949) s. 49, Fitzmaurice (1957) s. 205, Schwarzenberger & Brown (1976) s. 133, Oppenheim (1992) s. 1267. Imidlertid må det være klart, at tvivl ikke er forudsætningsløs spontanitet. Også den har sin grund – tvivlen er ikke bare tvivl, men tvivl om en norms rækkevidde. Forud går derfor udfindelse af så stor en del af normen, at tvivlen overhovedet kan finde vand til sit udspring. Det har (også) tidligere været almindeligt, også i forlængelse af den logiske empirismes sprogteoretiske overvejelser, som dog slet ikke var entydige, at forestille sig dette udspring som en naturlig, semantisk størrelse, se fx *Wimbeldon* s. 24f. og *Structure* s. 291, note 86 med yderligere henvisninger. Tilsvarende hævder Vattel som fortolkningens første princip: »Il n'est pas permis d'interpréter ce qui n'a pas besoin d'interprétation«, *Droit des Gens* II, xvii, § 263, hvilket hos Charles Rousseau omformes til »on ne peut pas, par voie d'interprétation ou sous couleur d'interprétation, s'écarter d'un texte clair«, Rousseau (1944) I s. 678. Brownlie (1990) s. 627 med henvisninger gør gældende, at der er almindelig enighed om at knytte an til »the intention of the parties as expressed in the text« i stedet for til »the intentions of the parties as an independent basis of interpretation«. Se også Fitzmaurice (1951) s. 1 og 7 og Fitzmaurice (1957) s. 204 om forskellige skoler, samh. *Droit des Gens* II, xvii, § 266 og særligt § 297 og endvidere McNair (1961) s. 365 og 366ff.

Sådanne synspunkter angribes i vidt omfang af mere moderne sprogteori, som også har drevet nye retsfilosofiske strømninger frem oven på våbenhvilen mellem

positivisme og naturret, samh. Kaufmann (1984) s. 13. I slagordsform kan tankerne udformes derhen, at mening i kommunikation – såfremt der er nogen – ikke tilskrives sætning men ytring, ikke sprog eller sprogstruktur men sproganvendelse, ikke »la langue« men »la parole« (Saussure), ikke primært den illocutionære sproghandling men den perlocutinære (John Langshaw Austin), ikke det immanente men det dramatiske synspunkt (Thing Mortensen) osv. Se også kap. II, 2.

I dansk retsvidenskab er sådanne tanker introduceret af Preben Stuer Lauridsen, se Stuer Lauridsen (1974) s. 40, 48 og passim samt *Retslæren* s. 265ff. Mens de på det programatiske plan stadig er noget omdiskuteret i Danmark, har de vundet almindelig udbredelse i store dele af verden. Særligt med henblik på folkeretten henvises til Kratochwil (1989) s. 7ff., 28ff. og 73ff., Fastenrath (1991) s. 167ff. og Fastenrath (1993) s. 312ff. Se også Kaufmann (1984) s. 105ff.

Det sprogteoretiske nybrud, som selvfølgelig også historisk kan trække lange tankerækker bagud i tid, har i princippet væsentlige implikationer for fortolkningslæren. Der er ikke nogen naturlig mening. Og dermed heller ikke som udgangspunkt nogen tvivl. Ligger tvivl forud for fortolkning, er det fordi fortolkningen er tvedelt, og tvivlen så ligger mellem de to dele – måske (i sin konkretion) i et vist omfang gør det ud for selve sondringen mellem delene. For disse dele anvender Stuer Lauridsen betegnelser »generel tolkning«, »almen fortolkning«, »almentolkning« for den ene og »subsumption« for den anden, samh. Zippelius (1971) s. 109ff. Termerne er naturligvis underordnet – som blotte ord –, men anvendes i det følgende i den mening, som de præsenteres i i bl.a. *Retslæren* s. 275ff. og 330f. samt Stuer Lauridsen (1992) s. 123 med en førende analogi frem mod en sondring mellem normindhold og normomfang: i almentolkningen er spørgsmålet: hvad er normens bud?, i subsumptionen: favner det bud også det konkrete tilfælde? Med denne indfaldsvinkel skal det skisma, som afslutningsvis blev opstillet i afsnit 2, vise sig at kunne forklares.

Der er ikke i dag nogen tvivl om, at folkeretlig fortolkningslære hævder at tage udgangspunkt i parternes, staternes, intentioner, når en retsnorm søges udfundet – særligt i en traktat, men vel i princippet med hensyn til ethvert sprogligt udtryk, samh. Fastenrath (1991) s. 157. »The purpose of interpreting a treaty is to establish the meaning of the text which the parties must be taken to have intended to bear in relation to the circumstances with reference to which the question of interpretation has arisen«, Oppenheim (1992) s. 1267; »the true duty of the judge is to search for the common interest of the parties in using the language of the text«, McNair (1961) s. 373; »Grundsätzlich geht es im Völkerrecht stärker als im nationalen Recht um die Feststellung des historischen übereinstimmenden Parteiwillens, wie er in Vertragstext zum Ausdruck gelangt«, Bleckmann (1982) s. 89. Og samtidig hævdes dette fortolkningsprincip ikke at være et fortolkningsprincip, samh. afsnit 2. I andre ord hævdes dets uigennemskydelige primat. Princippet formuleres videre af Ulrich Fastenrath således:

»Die subjektiven Auslegungslehren werden vertreten in Konsequenz der Befehls- bzw. völkerrechtlichen Willenstheorien, für die die staatliche

Souveränität der absolutierte Ausgangspunkt aller Erörterungen ist. Die Verbindlichkeit eines Gesetzes oder Vertrages beruht allein auf dem Willen der mit reichsetzender Autorität ausgestatteten Personen. Dieser Wille ist daher ausschlaggebend und mittels Auslegung aufzudecken. Es kommt somit nicht auf den allgemeinen oder fachsprachlichen Sprachgebrauch an, sondern auf die individuelle Sprachverwendung des Rechtsetzers; es sind nicht alle denkbaren, mit der Rechtsetzung verbundenen Ziele und Zwecke heranzuziehen, sondern nur diejenigen, die dem Rechtsetzer vorschwebten. Damit wird der Normbereich an das begrenzte Vorstellungsvermögen des Rechtsetzers gekoppelt; entsprechend lückenhaft ist dann auch das positive Recht«, Fastenrath (1991) s. 187.

Dette er både korrekt og forkert. Som sagt er det korrekt, at parternes (staternes) intention som fortolkningens udgangspunkt flyder af den originale suverænitet. Men det er selv sagt ikke andet og mere end et udgangspunkt. Hvor ingen intention kan opdrives, er konsekvensen ikke afkald på fortolkning, men blot, at det principale fortolkningsprincip, intentionen, kommer til kort, og fortolkningen må så i stedet baseres på andre principper, saml. Kaufmann (1984) s. 48.

En fatal miskendelse af folkeretlig fortolkningslæres nuance styrer Koskenniemis kritik i *Structure* s. 291ff., særligt s. 295f. og 297. Se også umiddelbart nedenfor.

Ikke mindst denne lidet tvangfrie forståelse af fortolkningsprincippet, af intentionen som nødvendigvis det eneste ene sætter sig igennem i også Fastenraths kritik af denne subjektive tilgang: »Die Schwierigkeiten bei der Aufdeckung des tatsächlichen Willens des Rechtsetzers und die Erfordernisse der Rechtssicherheit führen dazu, daß subjektive Auslegungslehren *in Reinform* nicht vertreten werden«, Fastenrath (1991) s. 188, saml. s. 186f. hvad angår retssikkerheden. Tilsvarende hedder det sig hos Stuer Lauridsen (1992) s. 125: »Det er klart, at på samme måde som lovgivers hensigt forstået som en bevidst viljesakt er utilgængelig – og selve tanken herom sikkert meningsløs – har loven ingen objektiv eller immanent mening, der kan give sig tilkende uafhængig af *den sociale kontekst, i hvilken ytringen fremsættes og senere læses*. Det gælder i andre ord for så vidt det samme for begge fortolkningsmetoder: Det er en fiktion at tro, at man gennem nok så intense studier af selve loven eller af dens forarbejder kan fastslå nogen lovvilje eller nogen lovgivervilje, noget lovformål eller noget lovgiverformål«, samh. Stuer Lauridsen (1992) s. 107 og 156.

Det er i hvert fald behov for at præcisere disse udsagn – og vist nok mere til. En sontring mellem subjektiv og objektiv fortolkningen kan ikke med mening tage sig ud som en sontring mellem eksempelvis at inddrage forarbejder i fortolkningen eller ej, samh. *Ret og retfærdighed* s. 143ff., Bleckmann (1982) s. 92f. I hvert fald citatet fra Stuer Lauridsen synes ikke at åbne op for den mere tvangfrie forståelse af sontringen, at den går mellem, hvilken kontekst eller menings-sammenhæng, fortolkeren søger at vende sig i: der er ikke tale om et valg i »den

sociale kontekst«, men om et valg mellem forskellige kontekster. Den subjektive fortolkning, det at parternes intention sættes som fortolkningens mål, er et andet udtryk for, at den interessante kontekst er den, hvori ytringen er fremsat. Modsat holder objektiv fortolkning på, at den interessante kontekst er den juridiske fortolkeres egen, naturligvis ikke i den mest personlige forstand men i form af – den retlige tradition. Ved at forstå sondringen mellem objektiv og subjektiv fortolkning som alene et valg imod eller for forarbejder er den retlige tradition valgt som fortolkningens kontekst, og sondringen mister mening, samh. Stuer Lauridsen (1992) s. 125f. Også traktatretskonventionens art. 31, stk. 1 rummer nogen tvetydighed på et lignende punkt omkring almindelig og konkret betydning af ord: »A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the *ordinary* meaning to be given to the terms of the treaty in *their* context and in the light of *its* object and purpose«. I overensstemmelse med de her fremførte synspunkter er Lauterpacht (1949) s. 76, hvor fortolkning op mod den juridiske tradition angives som et subsidiært princip i tilfælde foruden intention, og hvis berettigelse findes i, at ytringen »is a part of international law and must be interpreted against the general background of its rules and principles«.

Også Koskenniemi har sit syn på fortolkningslæren. Hvad angår den subjektive fortolkningsmetode, hedder det: »The important point is, however, that if intent is to be the goal of interpretation, it cannot be used as a means for attaining it«, *Structure* s. 294. Det er klart. Og ligeså klart er det, at synspunktet er forkert. For naturligvis er fortolkningens formål ikke parternes intentioner, men derimod normens indhold og omfang. Herefter er det en delvist forkert, delvist trivial og i princippet ligegyldig bevis-problematisering, når Koskenniemi videre anfører, at intentioner »can be known only in its (objective) manifestations«, *Structure* s. 294. Bedre bliver det ikke, når Koskenniemi umiddelbart herefter trækker på smilebåndet: »The irony is, of course, that the system simultaneously denies there to be such a thing as an 'objective normality' or any other non-subjective criterion by which the contractual relationship could be evaluated. ... By this simple assumption – the rejection of natural law and intelligible essences – the liberal system of treaty interpretation deconstructs itself«, *Structure* s. 294. Heri indeholdes ikke mindst en solid misforståelse af metodelæren, herunder fortolkningslæren. For selvfølgelig er den i sin metafolkeretlige statur af normativ karakter, uden at den naturretlige kliché bliver påtrængende. Heller ikke i denne sammenhæng formår Koskenniemi, når alt kommer til alt, andet og mere end at indbygge egen inkonsistens i folkeretten, samh. igen-igen *Structure* s. 299. »The argument is hopelessly circular« hedder det i *Structure* s. 295 om fortolkningslæren; æren burde i stedet tilfalde Koskenniemi selv – som den, der puster princippernes omfang op til modsigelse.

I andre ord sætter bevisproblemer omkring parternes intention her som ved fx *opinio juris* ikke nogen hindringer for, at fortolkningslæren i almindelighed – og som oftest ubevidst, jf. afsnit 2 ovenfor – besjæles af original suverænitet, der sætter staternes intention som øverste fortolkningsprincip, et almentolkningens øjemed, og dermed opstiller fortolkning med udsyn til staternes kontekst som et ideal, samh. Fitzmaurice (1957) s. 205ff. Uden intention blotlægges et subsidiært princip om almentolkning i den juridiske traditions kontekst – objektiv fortolkning. Det kan også udtrykkes omvendt og måske mere tvangfrit: den juridiske tradition afføder formodninger om traktattekstens indhold, men denne må til stadighed vige i tilfælde af modgående partsintention, »A special meaning shall be

given to a term if it is established that the parties so intended«, traktatretskonventionen art. 31, stk. 4; »The Court must, therefore, in the first place, endeavour to ascertain from the wording of this clause what the intention of the contracting Parties was; subsequently, it may consider whether – and if so, to what extent – factors other than the wording of the Treaty must be taken into account for this purpose«, PCIJ Series B No. 12 s. 19. Se også Brownlie, som i realiteten gør sig til talsmand for samme omvendte tilgang ved at hævde primaten af »the intention of the parties as expressed in the text« frem for »the intentions of the parties as an independent basis of interpretation«, Brownlie (1990) s. 627.

Af original suverænitet udspringer således et forrangsprincip i tilfælde af valg mellem fortolkningsprincipper og –mål i almentolkningen: (stateres) intention går forud for (juridisk) tradition. Om denne forrang over tid, se afsnit 5 nedenfor. For en diskussion af andre forrangsprincipper i metodelæren, se kap. XI.

Ligesom bevisbyrden for *opinio juris* ikke generelt kan fikseres entydigt, kan ej heller bevisbyrden for parternes intentioner. Almindeligvis er det dog nærliggende at antage, at bevisbyrden tilkommer den part, stat, som hævder en særlig intention afvigende fra også juridisk tradition, eventuelt almindelig sprogbrug: »If it is alleged by one of the Parties that some unusual or exceptional meaning is to be attributed to it, it lies on that party to establish its contention«, *Eastern Greenland* s. 49, »If the natural sense ... yields a coherent and reasonable proposition, then this proposition can only be set aside if sufficient evidence is adduced to prove that it could not have been contemplated«, ICJ Reports (1952) s. 227f.

4. Subsumption

»... the argument has been urged upon the Court that this right really amounts to a servitude by international law resting upon Germany and that, like all restrictions or limitations upon the exercise of sovereignty, this servitude must be construed as restrictively as possible and confined within its narrowest limits, ... The Court is not called upon to take a definite attitude with regard to the question, which is moreover of a very controversial nature, whether in the domain of international law, there really exist servitudes analogous to the servitudes of private law. Whether the German Government is bound by virtue of a servitude or by virtue of a contractual obligation ..., the fact remains that Germany has to submit to an important limitation of the exercise of the sovereign rights which no one disputes that she possesses over the Kiel Canal. This fact constitutes a sufficient reason for the restrictive interpretation, in case of doubt, of the clause which produces such a limitation. But the Court feels obliged to stop at the point where the so-called restrictive interpretation would be contrary to the plain terms of the article and would destroy what has been clearly granted«, *Wimbledon* s. 24f., samh. s. 36ff. i Anzilottis og Hubers dissens.

Med disse ord fik PCIJ i sin første dom, *Case of the S. S. Wimbledon* fra 1923, skitseret et princip om »so-called restrictive interpretation« (in dubio mitius). Princippet havde støtte i (også) datidens folkeretlige teori, se tillige Lauterpacht (1949) s. 49f. og afsnit 2 ovenfor. Princippet dukker da også op i senere afgørelser fra domstolen: »if the wording of a treaty provision is not clear, in choosing between several admissible interpretations, the one which involves the minimum of obligations for the Parties should be adopted«, PCIJ Series B No. 12 s. 25 samt PCIJ Series A No. 23 s. 26 og No. 24 s. 12, Series B No. 8 s. 40 og No. 13, Series A/B No. 43 s. 142, No. 46 s. 167 – samh. for en (nu) dissenting opinion i ICJ Reports (1948) s. 86: »There is a rule of interpretation frequently applied by the Permanent Court of International Justice, when confronted with a rule or principle of law, to the effect that no restriction upon this rule or principle can be presumed unless it has been clearly established, and in that case of doubt it is the rule or principle of law which must prevail«.

Som det ses, gør »restrictive interpretation« som – vel at mærke – generelt fortolkningsprincip, samh. Fitzmaurice (1951) s. 23f., McDougal (1969) s. 172f. og 182ff., det ud for løsning på fortolkningstvivil ved at foreskrive valg af én blandt flere mulige fortolkninger. Heri ligger ikke nødvendigvis, at princippet er det mest subsidiære af alle fortolkningsprincipper, samh. dissensen i ICJ Reports (1948) s. 86 citeret ovenfor, saml. Lauterpacht (1949) s. 61f. Men såfremt princippet antages at finde konkret anvendelse, er det klart, at det bremser for brug af mere subsidiære principper. Samtidig skal det dog så holdes for øje, at hævvelse af princippet mest har været af programmatisk karakter og uden betydning for domstolens afgørelser, jf. diktummet ovenfor fra *Case of the S. S. Wimbledon* om uklarhedens grænse og i øvrigt Lauterpacht (1949) s. 62. Mens princippet tidligere havde en vis støtte i teorien, se *Droit des Gens* II, xvii, §§ 300ff., så fornægtes »restrictive interpretation« almindeligvis i dag, jf. også afsnit 2 ovenfor. Modsat muligvis følgende diktum fra ICJ: »When States make statements by which their freedom of action is to be limited, a restrictive interpretation is called for«, *Nuclear Tests* s. 267 og s. 473. Fornægtelse eller i hvert fald nedtoning af princippet har ellers god grund; diktummet i *Nuclear Tests Cases* vedrørte da også kun (direkte) ensidige erklæringer. Fortolkningslære i folkeretten er netop en folkeretlig lære i den forstand, at det ikke blot er fortolkning i al almindelighed og bredde men (ud)fortolkning af noget bestemt: af folkeretsnormer og i den forbindelse fortolkning af i første række traktater, samh. kap. IX, 6. Det betyder, at en folkeretsnorm antages præliminært. Og med norm følger opinio juris, samh. kap. IX. Uden at fornægte, at selve udfindelsen af normen i sig selv implicerer analytiske øvelser, er spørgsmålet i den folkeretlige fortolkningslære – særligt i subsumptionen – alene, hvad udstrækning denne norm qua opinio juris nu måtte have. At introducere »restrictive interpretation« som løsning i sådanne tvivlssituationer er i bund og grund inkongruensproblemets genkomst i den mindre målestok, som fortolkningstvivilen måtte åbne op for. Argumentet er jo netop i forlængelse af et efter denne målestok absolut suverænitetetsbegreb, at folkeretten må vige – den suveræne stat er foruden pligtsubjektivitet; at der så hertil altid svarer en rettig-

hedssubjektivitet, er underordnet, saml. Lauterpacht (1949) s. 59 og McNair (1958) s. 235f. Som fortolkningsprincip gør »restrictive interpretation« det ud for et teleologisk, folkeretsfjendtligt fortolkningsprincip i – folkeretten og dens metodelære. Samme begrebsmonistiske udgang på inkongruensproblemet impliceres allerede i dette kendte diktum fra *Case of the S. S. Wimbledon*: »But the right of entering into international engagements is an attribute of State sovereignty«, PCIJ Series A No. 1 s. 25. Se herom kap. XI, 2 – det er samme dilemma, som ligger bag formuleringen af rækkevidden af princippet om »restricted interpretation« i samme dom, jf. afsnit 2 ovenfor med Lauterpachts ubarmhjertige kritik, hvis egen omgang med suverænitet i fortolkningslæren dog tilsvarende ligger under for (modsatrettet) begrebsmonisme.

Uanset den begrænsede målestok lykkes det tilhængere af »restrictive interpretation« at gøre vold på den begrebsdualistiske sontring mellem dét i folkeretten og dét uden for samme. Fortolkningslæren er folkerettens fortolkningslære. Heri indeholdes metoder for fiksering af folkeretlige normers indhold og omfang. Udgangen på de tvivlsspørgsmål, som omhandles i subsumptionen, er, at et givet emne enten er omfattet eller ikke er omfattet af normen. Hertil svarer – såfremt der alene ses på den enkelte norm –, at det potentielle pligtsubjekt enten er inden for folkeret eller uden for. Men det ændrer selv sagt ikke på, at selve fortolkningsspørgsmålet er henlagt til folkeretten, til den folkeretlige fortolkningslære. »Restrictive interpretation« flyder derfor af det samme begrebsmonistiske fejlgreb, som generelt er blevet analyseret i kapitlerne VII–VIII – det gennemføres blot her i den mindre målestok, som tvivlens rum sætter.

Schwarzenberger & Brown har derfor både ret og uret, når de læser et skift i fortolkningslæren fra »jus strictum« til »jus aequum«, fra den generelt indskrænkende til den generelt rimelige fortolkningsprincipper for »jus«. Og det må være klart, at tilhængere af såkaldt »jus strictum«, »restrictiv interpretation«, naturligvis også har forstået dette fortolkningsprincip som rimeligt, som såkaldt »jus aequum«. Eneste berettigelse for kunstsondringen mellem »jus strictum« og »jus aequum« er derfor, at »jus strictum« er et begrebsmonistisk fejlgreb, men netop derfor er der så meget desto større grund til at tage afstand fra betegnelsen »jus«. Desværre går Schwarzenberger og Brown den modsatte vej og giver »jus strictum« sin egen plads inden for fortolkningslæren, Schwarzenberger & Brown (1976) s. 119.

Brownlie synes at tildele hvert af principperne et eget domæne ud fra en territorial fordelingsnøgle; således om »restrictive interpretation«: »However, in cases which give rise to issues concerning regulation of rights and territorial privileges the principle may operate: in these instances it is not an 'aid to interpretation' but an independent principle«, Brownlie (1990) s. 631, samh. s. 292 omtalt i kap. IX, 2. Princippet må ses i sammenhæng med et begreb om territorialhøjhed, »territorial sovereignty«, samh. kap. XII, 3. Imidlertid kan det ikke blot her forstås som ét princip. Det må være klart, at dets vægt i langt højere grad afhænger af reguleringens emne end af pligtsubjektivitetens blotte henvisning til adfærd inden for eller uden for eget territorium; der er forskel på interventionsforbud og regler om diplomatisk immunitet. Hertil kommer, at princippet ikke står alene, men er et blandt mange, jf. Brownlie (1990) s. 379f. Princippet gør det derfor ikke ud for andet end det synspunkt, at der i subsumptionen kan tages hensyn til pligtsubjektivitetens stedlige orientering. Men det er en trivialitet – ligesom mulig orientering mod mange andre hensyn er det; »The obligations incumbent upon the Albanian authorities consisted in notifying, for the benefit of shipping in general, the existence of a minefield in Albanian territorial waters and in

warning the approaching British warships of the imminent danger to which the minefield exposed them. Such obligations are based ... on certain general and well-recognized principles, namely: elementary considerations of humanity, even more exacting in peace than in war; the principles of the freedom of maritime communication; and every State's obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States», *Corfu Channel* s. 22.

Et andet (analogt) eksempel på begrebsmonistisk fejlgreb er en tidligere modvilje mod analog (udvidende) fortolkning, samh. ICJ (1949) s. 182 og skarpere s. 211 i Pashas dissens. Se også Strupp (1930) I s. 263ff., Rousseau (1944) I s. 694ff., samh. Bleckmann (1982) s. 219, 228f. og 236ff. samt Kratochwil (1989) s. 223ff.

I øvrigt omgives subsumptionen med et væld af fortolkningsprincipper: travaux préparatoires, contra proferentem, expressio unius est exclusio alterius, ejusdem generis, generalia specialibus non derogant, ut res magis valeat quam pereat osv. I deres generelle formuleringer støder sådanne principper sammen i omfattende klynger af regelkrydsninger. Ingen af dem finder derfor generel anvendelse. Det paradoksale er netop, at subsumptionen overhovedet smykker sig med sådanne principper af generel indholdsmæssig natur, men i øvrigt har sit vigtigste kendetegn i konkretionens vilkårlighed. Der er ikke noget at sige til, at der fra store dele af teorien gennem lang tid har lydt en bredtfavnende skepsis over for disse fortolkningsprincipper, saml. *Droit des Gens* II, xvii, § 268. I forlængelse heraf ligger en diskussion af, hvorvidt principperne nu også er sædvanerettlige eller ej. »Customary international law cannot be said to prescribe a complete and precise list of such rules, although a few can with some confidence be asserted as rules of customary international law«, Oppenheim (1992) s. 1269. Denne sædvanerettlige forlængelse er imidlertid ikke tvangfri – allerede fordi staternes deltagelse i fortolkningen hviler på deres såkaldt suveræne ret til egen-fortolkning af enhver folkeretlig norm, herunder eventuelt »good faith's« fortolkningsprincipper, hvorfor det ikke er oplagt at søge opinio juris her, samh. afsnit 1.

I stedet bør fortolkningslæren forstås som et sæt af metafolkeretlige normer, der tager del i metodelæren. Som normer finder de ikke deres ophav i en sædvanekonstruktion med udsyn til alene stater, men derimod i traditioner inden for teori og praksis, bragt i hu af en hermeneutisk cirkel. Spørgsmålet om fortolkningsprincipper bør derfor ikke klynges op på sædvanen. Og hvad til stadighed angår subsumptionen, er dette trin af fortolkningen i første omgang et skøn og ikke en deduktion fra principper; »as a rule they are not the determining cause of judicial decision, but the form in which the judge cloaks a result arrived at by other means«, Lauterpacht (1949) s. 53 og tilsvarende fx Fitzmaurice (1951) s. 3 og 6, McNair (1961) s. 366, Schwarzenberger & Brown (1976) s. 134 og Brownlie (1990) s. 626.

Det begreb om »equity«, som i nyere tid findes i talrige afgørelser om kontinentalsoklers afgrænsning, synes netop at burde forstås som et specialfald af dette syn på subsumption som mest af alt rimelighedens og skønnets udgang, samh. Schachter (1982) s. 82; »Moreover, when applying positive international law, a court may choose among several possible interpretations of the law the one which appears, in the light of the circumstances of the case, to be closest to the requirements of justice«, *Tunisia/Libya* s. 60. Saml. Tanja (1989) s. 194. I disse sager

bliver skønnet så ganske fremtrædende, fordi ingen specificerende normer kan udfindes, men det ændrer i princippet intet, se særligt kap. IX, 5. Herudfra er det klart, at der er væsentlige grænser for opnåelse af den »consistency and a degree of predictability«, som ICJ fremsatte ønske om i *Libya/Malta* s. 39, gentaget i *Jan Mayen* s. 64. Betegnende er det, at der i den sidste dom ligeledes refereres til »the measure of discretion conferred on the Court by the need to arrive at an equitable result«, *Jan Mayen* s. 79; samh. Charney (1994) s. 233 og 256. Se også kap. XII, 3.

Sluttelig skal det bemærkes, at henlæggelsen af et fortolkningsprincip til enten almentolkning eller subsumption i et vist omfang er vilkårligt; også fordi almentolkningen har udsyn til den juridiske tradition, som i princippet evner projektion af også den snusformuft, der er så karakteristisk for fortolkningsprincipperne, ind i hver en del af fortolkningslæren. Men det er dog samtidig klart, at mange af de principper, som almindeligvis nævnes, ikke vil befinde sig vel i almentolkningen, eftersom de forudsætter et forholdsvist afgrænset rum af muligheder at vælge mellem – de forudsætter den tvivl i den konkrete sammenhæng, som ofte vil være almentolkningens resultat og i hvert fald ikke dens start. Der hævdes eksempelvis et princip om såkaldt (maksimal) effektiv fortolkning af traktaten, men sådan effektivitet er naturligvis ikke forudsætningsløs: »The principle of interpretation expressed in the maxim: *Ut res magis valeat quam pereat*, often referred to as the rule of effectiveness, cannot justify the Court in attributing to the provisions for the settlement of disputes in the Peace Treaties a meaning which, as stated above, would be contrary to their letter and spirit«, ICJ Reports (1950) s. 229, samh. s. 231 med Reads dissens. Og tvivl antages også i folkeretten at være forudsætningen for anvendelse af forarbejder i fortolkningen; ICJ har tilmed været inde på at fordre en kvalificeret uklarhed, før end forarbejder skulle tages i brug: »The Court considers that the text is *sufficiently clear*; consequently, it does not feel that it should deviate from the consistent practice of the Permanent Court of International Justice, according to which there is no occasion to resort to preparatory work if the text of a convention is *sufficiently clear in itself*«, ICJ Reports (1948) s. 63, jf. fx PCIJ Series A No. 10 s. 16, Series B No. 12 s. 22 og No. 14 s. 28 og 31.

I det netop citerede diktum fra ICJ genfindes en formuleret overseelse af den semantiske vilkårlighed qua kobling af selve teksten med mening, der i sidste ende bunder i en overseelse af almentolkningens betydning, se til eksempel Fitzmaurice (1951) s. 6. En sådan overseelse kan svække forståelsen af folkerettens fortolkningslære, der rettelig består af en almentolkende del med primært udsyn til staternes intention – og som *opinio juris* – båret af deres originale suverænitet, samh. kap. IX, 6, til hvilken del kommer subsumptionen, som mest af alt er ramme om konktionens let skjulte fleksibilitet, vilkårlighed – i retlig modsat etisk, moralsk, politisk henseende. Uanset den ofte ringe betoning af subsumptionen og dens skønsømmæssighed, kan McNairs ord stadig mærkes: »The maxims and phrases which have crystallized out and abound in the text-books and elsewhere are merely *prima facie* guides to the intention of the parties and must always give way to contrary evidence of the intention of the parties in the particular case. If

they are allowed to become our masters instead of our servants the guides can be very misleading«, McNair (1961) s. 366.

5. Suverænitet og statik

På baggrund af de foregående afsnit kan det konkluderes, at original suverænitet spiller en væsentlig rolle i almentolkningen, mens subsumptionen er mindre påvirkelig – af principper i al almindelighed. Almentolkningen værner således om staters intention, subsumptionen om »equity«, samh. spørgsmålet om udlægning af »good faith« ovenfor i afsnit 1. Følgende diktum vil illustrere disse konklusioner:

»The Court considers it necessary to say that the first duty of a tribunal which is called upon to interpret and apply the provisions of a treaty, is to endeavour to give effect to them in their natural and ordinary meaning *in the context in which they occur*. If the relevant words in their natural and ordinary meaning make sense in their context, that is an end of the matter. If, on the other hand, the words in their natural and ordinary meaning are ambiguous or lead to an unreasonable result, then, and then only, must the Court, by resort to other methods of interpretation, seek to ascertain what the parties really did mean *when they used these words*«, ICJ Reports (1950) s. 8.

Tilsyneladende lader ICJ kun parternes intention råde i tvivlens rum som en art subsumptionens legitimation. Men herved overses det, at også »natural and ordinary meaning« bunder i (almen)fortolkning og principper, hvor parternes intention og kontekst, »the context in which they occur«, har primat i almindelighed, samh. Fitzmaurice (1957) s. 204. Som det også udtrykkes til sidst i det citerede diktum, er dette almene (fortolknings)princip om staternes intention et (tidsmæssigt) statisk princip. Se også Schwarzenberger & Brown (1976) s. 133. Samme statik impliceres sandsynligvis, når det primære angives at være »the intention of the parties as expressed in the text«, Brownlie (1990) s. 627.

Fastenrath miskender tilsyneladende den ideologiske funktion af opinio juris, når det hedder, at »Voraussetzung für die Annahme einer statischen Auslegung, also das Festhalten an einer historischen Bedeutung, ist, daß diese Bedeutung jemals festgelegt hat und fortan 'aufbewahrt' werden kann«, Fastenrath (1991) s. 190. Om opinio juris som statikkens kerne anfører Fastenrath siden: »... der statischen Auslegung liegt eine eigentümliche Mischung der Befehls- bzw. Willentheorie mit dem logischen Positivismus zugrunde: Der rechtsetzende Wille eines kompetenten Organs wird nur dann als maßgeblich angesehen, wenn er sich in bestimmten Formen äußert (Gesetz, Vertrag usw.); der bloße Auffassungswandel des Rechtsetzers kann daher Recht nicht ändern, es muß vielmehr ein entsprechendes Auslegungsgesetz erlassen bzw. ein entsprechender Interpretationsvertrag geschlossen oder sonst ein neuer Rechtssatz erlassen werden, der den Normbereich des alten Rechtssatzes ändert. Andererseits wird der objektivierte Rechtssatz als solcher nicht als Recht aufgefaßt; er fungiert nicht als Träger einer sich möglicherweise ändernden

Bedeutung. Er ist nur die äußere und sichtbare Form des vom Souverän geäußerten Willens, der allein maßgeblich sei. Juristische Auslegungen habe sich dementsprechend auf das Nachvollziehen der Gedanken des Rechtsetzers zu beschränken«, Fastenrath (1991) s. 191. Det kan i den sammenhæng medgives Fastenrath, at fortolkningen, særligt over tid, er væsentligt mere kompliceret end blot antagelse af opinio juris, se også Fastenrath (1991) s. 193. Men det ændrer ikke på, at fortolkningslæren som også ideologisk udgangspunkt kan hævde, at fortolkningen til stadighed bør henlægges til den kontekst, som var de kontraherende staters. Af samme grund er det en misforståelse at hævde, at der »kein Grund« er til at lægge eksempelvis »einer früheren Übereinstimmung das Sinnverständnis der Vertragsparteien« til – grund. Det er jo netop udslag af forsøg på at forfølge kontraherendes (statiske) og ikke fortolkerens (dynamiske) kontekst. Saml. Fastenrath (1991) s. 190 og 191f.

I alle tilfælde må det dog være klart, at statikken kan gennembrydes – ved ny normskabelse. Næste kapitel indeholder netop en gennemgang af metodelærens forrangsprincipper i sådanne tilfælde. Forrang vil den nye norm således i almindelighed få, »wenn sich das Sinnverständnis aller Parteien gemeinsam gewandelt hat«, samh. Fastenrath (1991) s. 192, hvis skræmmebillede derfor ikke som udgangspunkt er gangbart, jf. afsnit 1 ovenfor om autentisk fortolkning.

Men endvidere synes det almindeligt antaget, at vægtningen af principper i almentolkningen forskubbes under tidens gang. Mens staternes intention som udgangspunkt har forrang, synes denne gradvist at nedtones i takt med, at tiden går, for måske endog at veksles til den juridiske traditions forrang; »Moreover, an international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation. In the domain to which the present proceedings relate, ... the corpus iuris gentium has been considerably enriched, and this the Court, if it is faithfully to discharge its functions, may not ignore«, ICJ Reports (1971) s. 31f.

Hertil skal det dog anføres, at dette først er et egentlig slag mod original suverænitet i fortolkningslæren, når den juridiske tradition gives forrang i en situation, hvor det er muligt at udtolke en mere eller mindre udtrykkelig intention fra de kontraherende staters (oprindelige) side. I tilfælde, hvor det ikke er tilfældet – og et sådant tilfælde var *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia*, hvorfra ovenstående diktum stammer – er spørgsmålet mellem statik og dynamik blot et valg mellem fordums og nutids juridiske tradition, og det indgår vel som et element i denne tradition, at så skal nutidens tradition vælges. Denne sondring over tilfældets mulighed, som i hvert fald er afgørende for omfanget af original suverænitet i fortolkningslæren, har der almindeligvis ikke været blik for, se fx Fastenrath (1991) s. 192f.

KAPITEL XI

EFTER INKONGRUENSPROBLEMET

1. Folkerettens fremkaldelse – original suverænitet som (et) negativ

Nærværende kapitel er en videre studie i metodelæren ud over normerne for fortolkning. Egentlig en studie i denne læres kerne, eftersom emnet er de principper, som beforder overvægtningen af staters originale suverænitet med folkeretlige normer. I andre ord er emnet omgangen med inkongruensproblemet i folkerettens metodelære. Og de principper, som særligt skal studeres, er *pacta sunt servanda* og *jus cogens*.

Det antages ofte, at *pacta sunt servanda* er en folkeretlig norm, en sædvaneretlig norm. Som illustreret i kap. IX, 3 er den antagelse kompliceret. I det følgende skitseres et alternativ. Bagtanken er, at *pacta sunt servanda* er et eksempel på en metafolkeretlig norm, der som del af metodelæren styrer anvendelse af retskildelæren og dens kilder. En af de fremmeste opgaver for metodelæren er løsning af modsigelse mellem retsnormer – uden hvilke løsninger normsystemet vil være på retræte i mangel af blot nogenlunde entydige, normative resultater i givne situationer og dermed i mangel af – evne til at normere. Det er gennem løsning af modsigelsesproblemer, at normsystemer får deres systematiske præg, samh. – mere bombastisk – Kratochwil (1989) s. 207f. Generel beskrivelse af løsningsmodeller finder almindeligvis slagordenes form. *Pacta sunt servanda* er et sådant slagord, en regel for løsning af modsigelse mellem to traktater gående på, at den ældre går forud for en yngre. Løsning af modsigelse mellem traktat og sædvane illustreres af princippet om *jus cogens*, der dækker over tilfælde, hvor sædvaner undtagelsesvis ikke (kan) derogeres ved traktat, se hertil Wolfke (1993) s. 112. *Jus cogens* er således brud med undtagelsens styrke på en almindelig regel om traktats forrang.

Konflikter mellem retssædvaner løses vel typisk modsat *pacta sunt servanda* (og *consuetudo est servanda*) ved den yngre sædvanes forrang, igen med *jus cogens* som mulig undtagelse, jf. Akehurst (1970) s. 61. Se også Bleckmann (1982) s. 169. Det betyder i al væsentlighed, at opinio juris her bliver et afgørende kriterium – også til løsning af modsigelse mellem måske globale sædvaner, jf. Akehurst (1974/5) s. 31. Det blev illustreret i *The Frontier Dispute*, hvor ICJ fremkom med følgende udsagn: »At first sight this principle [uti possidetis juris] conflicts outright with another one, the right of peoples to self-determination. In fact, however, the maintenance of the territorial status quo in Africa is often seen as the wisest course, to preserve what has been achieved by peoples who have struggled for their independence, and to avoid a disruption which would deprive the continent of the gains achieved by much sacrifice. The essential requirement of stability in order to survive, to develop and gradually to consolidate their independence in all fields, has induced African States judiciously to consent to the respecting of colonial frontiers, and to take account of it in the interpretation of the principle of self-determination of peoples«.

Frontier Dispute s. 567; et i praksis tilsvarende resultat kan almindeligvis nås ved anvendelse af et *lex specialis*-princip, fx: »Where ... the Court finds a practice clearly established between two States which was accepted by the Parties as governing the relations between them, the Court must attribute decisive effect to that practice for the purpose of determining their specific rights and obligations. Such a particular practice must prevail over any general rule«, ICJ Reports (1960) s. 44, se også Conforti (1993) s. 116f.

Saml. Wolfke (1993) s. 65f., 94f. og 114..

Udgangspunktet er i andre ord, at traktater står og retssædvaner falder – i konkurrence med nye normer. Undtagelsesvis står også retssædvaner, jf. *jus cogens*, undtagelsesvis falder selv traktater, samh. *rebus sic stantibus*, der af princip dog ikke fraviger *pacta sunt servanda*, men derimod de retsvirkninger, normen skulle have efter sit indhold, herom nedenfor i afsnit 2. Der kan ikke antages noget helt ubrydeligt hierarki mellem retskilderne, samh. *Structures* s. 29.

Af disse mulige udgange på normmodsigelse er det *pacta sunt servanda* og *jus cogens*, som hindrer, at vilje til pligtsubjektivitet (*opinio juris*) altid er norms føde, eller mere præcist: afføder en norm, som sætter sig igennem, får forrang over tidligere normer. Det betyder, at begge principper sætter sig op mod og begrænser den originale suverænitet, saml. Charney (1993) s. 540; hvor enhver norm som netop en norm er bindende (gyldig) og derfor begrænser statens originale suverænitet ved at underkende ensidige normgennembrud, samh. kap. IV, 6, så begrænser principperne om *pacta sunt servanda* og *jus cogens* staters originale suverænitet ved ydermere at afskære retsvirkninger af normændringer – med grund i staternes *opinio juris*. Som det skal blive illustreret i de følgende afsnit, har oppositionen til *opinio juris* og original suverænitet i sig selv været nok til, at såvel *pacta sunt servanda* som *jus cogens* er blevet anklaget for naturretligt slægtskab; hvad angår *jus cogens*, er princippets formulering i traktatretskonventionens art. 53 endog blevet ramt, samh. kap. X, 1 om kravet om »good faith« i konventionens definition i art. 26 af *pacta sunt servanda*. At disse principper, særligt *jus cogens*, står i stadig opposition til den originale suverænitet som et negativt heraf, fører tillige med sig, at principperne er givet forholdsvis skarpe formuleringer.

Som appetitvækker før de egentlige analyser af særligt principperne om *pacta sunt servanda* og *jus cogens*, herunder af deres rækkevidde, gives afslutningsvis gives et eksempel på oversiddelse af disse metodelærens grundprincipper. Eksemplet er et *rèsonnement* fra ICJ's dom i *North Sea Continental Shelf Cases* gående på, at bestemmelsen i art. 6 om fiksering af kontinentalsoklen i *Convention on the Continental Shelf* fra 1958 ikke blot var en kodifikation af allerede gældende sædvaneret:

»The foregoing conclusion receives significant confirmation from the fact that Article 6 is one of those in respect of which, under the reservations article of the Convention (Article 12) reservations may be made by any State on signing, ratifying or acceding, – for, speaking generally, it is a characteristic of purely conventional rules and obligations that, in regard to them, some faculty of making unilateral reservations may, within certain limits, be admitted; – whereas

this cannot be so in the case of general or customary law rules and obligations which, by their very nature, must have equal force for all members of the international community, and cannot therefore be the subject of any right of unilateral exclusion exercisable at will by any one of them in its own favour. Consequently, it is to be expected that when, for whatever reason, rules or obligations of this order are embodied, or are intended to be reflected in certain provisions of a convention, such provisions will figure amongst those in respect of which a right of unilateral reservation is not conferred, or is excluded«, *North Sea* s. 38f.

Det er en oversiddelse af metodelæren at udstille et traktatforbehold som en tvungen overflødighed, såfremt traktaten var en blot kodifikation af gældende sædvaner. For en traktat kan ikke som sådan fraviges – *pacta sunt servanda*. Det kan en retssædvane derimod almindeligvis – nemlig uden for *jus cogens*. Traktatforbeholdet vil derfor være et valg af senere mulighed for anden kontrahering uden om *pacta sunt servanda*. Det er naturligvis ikke nogen nødvendig overflødighed. Samh. fra dissenserne *North Sea* s. 182 (Tanaka), 198 (Morelli), 223ff. (Lachs) og 248 (Sørensen) samt Baxter (1970) s. 47ff. og Brownlie (1990) s. 13.

2. *»L'un & l'autre tirent toute leur force du Droit Naturel, qui prescrit aux Nations l'observation de leurs engagements, exprès ou tacites«, Droit des Gens Préface*

Der er tidligere i kapitel IX, 3 blevet argumenteret for, at *pacta sunt servanda* bør betragtes som en metafolkeretlig norm tilhørende metodelæren. Et par yderligere kommentarer skal knyttes hertil, idet de samtidig gør det ud for en fordelagtig tilgang til princippet: *pacta sunt servanda*. Sagen er nemlig den, at mens principets begrundelse fra tid til anden har skiftet ham, har antagelsen af princippet ligget fast gennem lang tid – »In every uncoded legal system there are certain elementary and universally agreed principles for which it is almost impossible to find specific authority«, McNair (1961) s. 493. Det siger en hel del om forskellen mellem traktatens og retssædvanens funktion og derfor også nærhed til original suverænitet, at en tilsvarende almindelig diskussion ikke har været ført og ikke har hindret antagelse af et *lex posterior*-princip i relation til retssædvanen, et princip som endog gentagende gange er blevet forfordelt ved uddelingen af individualiserende latinske sprogdragter, saml. med det mere heldige antonym: *consuetudo est servanda*. Forskellen i funktion – delvist modsat potentiale – er, at retssædvanen er hjem for primært statiske, grundlæggende retsnormer eller i hvert fald normer med et langt tidsmæssigt potentiale, mens traktater også er åbne for mere dynamiske tiltag, samh. kap. IX, 6. Se også *Droit des Gens* II, xii, § 152.

Om den historiske antagelse af *pacta sunt servanda*, se Hannikainen (1988) s. 35 med note 35.

Ønsket om at kunne begrunde *pacta sunt servanda* affødte i *Case of the S. S. Wimbledon* følgende diktum: »The Court declines to see in the conclusion of any Treaty by which a State undertakes to perform or refrain from performing a particular act an abandonment of its sovereignty. No doubt any convention creating an obligation of this kind places a restriction upon the exercise of the sovereign rights of the State, in the sense that it requires them to be exercised in a certain way. But the right of entering into international engagements is an attribute of State sovereignty«, *Wimbledon* s. 25. I andre ord: det kan godt være, at folkeretlige forpligtelser indskrænker suveræniteten, men hvis adgangen til indgåelse af sådanne forpligtelser afskæres, så er der i hvert fald ingen (fuld) suverænitet. Se også Lawrence (1928) s. 46, saml. s. 252, Suontausta (1955) s. 42, McNair (1958) s. 222f., Waldock (1962) s. 160, Kennedy (1980) s. 361 og *Droit des Gens* II, xii, § 152: »Un Traité ... est un Pacte fait en vue du bien public, par les Puissances supérieures, soit à perpétuité, soit pour un tems considérable«. Imidlertid er dette hverken mere eller mindre end en ynkelig udstilling af begrebsmonismens ufor-svarlighed. Først bekender PCIJ sig til suverænitet. Dernæst søger PCIJ også folkeretligt bekendtskab – uden at ville slippe suveræniteten. Så stor en bekendt-skabskreds kan begrebsmonismen imidlertid ikke rumme – inkongruensproble-mets valg står mellem enten folkeret eller suverænitet, og såfremt begge vælges, så oprinder der som her et paradoks lig det frihedsparadoks som tidligere er om-talt i kap. IV, 7 – og udstillet i det citerede diktum. Eneste meningsfulde udvej er begrebsdualisme – fredelig sameksistens mellem folkeret og suverænitet, jf. ge-nerelt kap. VIII. Paradokset opføres tillige af PCIJ, når suveræniteten søges hængt med »so-called restrictive interpretation«. I fortolkningen går det dog hverken værre eller bedre end at PCIJ's dilemma gentages – og svaret bliver det samme: »But the Court feels obliged to stop at the point where the so-called restrictive interpretation would be contrary to the plain terms of the article and would de-stroy what has been clearly granted«, *Wimbledon* s. 24f., samh. kap. X, 4.

I betragtning af, at denne tilgang til *pacta sunt servanda* er paradoksal, er det ikke underligt, at andre begrundelser for *pacta sunt servanda* er blevet søgt. Ofte er *pacta sunt servanda*, og da – i nyere tid – ikke sjældent i spottende øjemed, i stedet blevet knyttet sammen med naturret, fx *Structure* s. 454 og 299 om »the natural law principle of *pacta sunt servanda*«; samh. Hart (1961) s. 192f. og Hen-kin (1989) s. 47. Samtidig kreerer Koskenniemi en modstilling mellem dette princip og »consent«, hvilket dog er en forveksling af *opinio juris*, normskabelse og *pacta sunt servanda* som en efterfølgende forrangsregel, samh. *Structure* s. 272. Om gyldighedsafledning i denne sammenhæng, se kap. IX, 3. Fitzmaurice (1959) s. 195 refererer til *pacta sunt servanda* som »a principle of natural law in the nature of *jus cogens*«. Se også *Einheit* s. 7f. om Jellinek.

Et positivistisk forsøg på overvindelse af den naturretlige norm *pacta sunt servanda* har været den såkaldte »Selbstverpflichtungstheorie«. Teorien er grundlagt af tyskeren Georg Jellinek, ifølge hvem »Souveränität ist demnach die Eigenschaft eines Staates, kraft welcher er nur durch eigen-ten Willen rechtlich gebunden werden kann«, hvortil kom, at »Verpflichtbarkeit durch eigenen Willen ist der juristische Merkmal des souveränen Staates«, Jellinek (1882) s. 34. I centrum af

teorien står nu passager som den følgende: »Wie nach Innen, muss auch der Staat nach Aussen hin sich Normen für seine Thätigkeit setzen. Indem er mit seinesgleichen in Verkehr tritt, erkennt er die Normen, welche logisch aus der Natur der internationalen Rechtsverhältnisse fliessen, als für seinen Willen geltend an. Auch die auf dem Wege der Völkergewohnheit entstandenen Rechtssätze erkennt er an und verleiht denselben damit durch seinen Willen Geltung für ihn. Im *äusseren Staatsrechte* endlich gibt er seinem individuellen Willen über die Regelung seiner Beziehungen zu anderen Staaten rechtlichen Ausdruck. Hier ist es überall sein eigenes Handeln, für welches er objectives Recht schafft oder anerkennt, das er demgemäss unter die Herrschaft dieses Rechtes stellt«, Jellinek (1882) s. 33f. Denne stadige relation mellem statens vilje og folkeretlige forpligtelser er i sidste ende en begrebsmonistisk udgang på inkongruensproblemet til suverænitets fordel – folkeret bliver som hos Hegel til »äußere Staatsrecht«.

I opposition hertil står Heinrich Triepels »Vereinbarungstheorie«, hvis grundtanke var, at »der Inhalt des Gemeinwillens, nämlich das für die ihn bildenden Einzelwillen geltende Recht, ist Recht in demselben Augenblicke, in dem der Gemeinwille selbst vollendet ist«, Triepel (1899) s. 76. Efter skabelse af retsnormer ad denne vej kapper Triepel i modsætning til Jellinek relationen mellem statens vilje og forpligtelser: »Einen Rechtssatz, der nicht als Macht über den Subjekten steht, an die er sich wendet, kann ich mir nicht denken, und einen Rechtssatz, der solche Macht ist, kann nicht eines dieser Subjekte durch einen Machtspruch gegen sich selbst hervorbringen. Das von dem Staate einseitig für seine Beziehungen zu andern Staaten geschaffene Recht ist nicht Völkerrecht, sondern 'äusseres Staatsrecht', oder wie man es sonst nennen mag. Im Völkerrechtssatz tritt eben dem Staate nicht nur sein eigener Wille, sondern ein Gemeinwille entgegen, der durch das Zusammenwirken mit anderen Staatswillen entstanden ist«, Triepel (1899) s. 79. I bund og grund betræder Triepel herved en begrebsdualistisk opløsning af inkongruensproblemet. Såfremt suverænitetsbegrebet foreskrev andet, anbefalede Triepel »eine noch gründlichere Revision dieses berühmten Begriffs zu gehen«, Triepel (1899) s. 76, note 2.

For negligering af forskellene mellem Jellinek og Triepel, fx *Das Problem* s. 136ff. Se også Sukiennicki (1927) s. 221, Lauterpacht (1933) s. 415f. Kooijmans (1964) s. 135 tror tilsyneladende, at Triepels og Jellineks suverænitetsbegreber er ens. Triepel er ofte blevet kritiseret for ikke nærmere at (kunne) begrunde, hvordan »Vereinbarung« kan være retsstiftende, samh. *Decay* s. 78. Som anført i kapitel IX, 3 hviler et sådant legitimeringskrav imidlertid på en stufenbausk vildfarelse.

Endvidere har positivister gjort kur til *pacta sunt servanda* ved at hædre princippet som grundnorm, se herom kap. IV, 6. Lidt mere moderat har ICJ søgt sig med følgende: »One of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations, whatever their source, is the principle of good faith. Trust and confidence are inherent in international co-operation, in particular in an age when this co-operation in many fields is becoming increasingly essential. Just as the very rule of *pacta sunt servanda* in the law of treaties is based on good faith, so also is the binding character of an international obligation assumed by unilateral declaration«, *Nuclear Tests* s. 268 og 473. I sig hjælper det dog naturligvis intet at søge at gemme *pacta sunt servanda* i et udflydende begreb om »good faith«. For uanset hvilket indhold dette begreb gives, om overhovedet noget, samh. kap. X, 1, så tvinger tankerækkens forudsætning, selve det at overveje norms gyldighedsgrund, til også at spørge til gyldighedsgrunden for »good faith«, samh. *Structures* s. 60f. På sin vis minder diktummet derfor om det ovenfor citerede fra *Case of the S. S. Wimbledon*, eftersom begge dikta vidner om et skisma mellem den faste tro på *pacta sunt servanda* som (folkeretlig) norm – endog som garant for andre normers »binding character« – og så de åbenbare vanskeligheder med forklaring af

denne norms gyldighed. Nærværende diktum besidder dog den kvalitet, at *pacta sunt servanda* grundes på et princip fælles for alle retskilder, således at det ikke antages, at traktater fordrer en særlig gyldighedskvalitet, samh. kap. IX, 3.

Kennedy er mest interesseret i, at ICJ fortsætter det netop gengivede diktum fra *Nuclear Test Case* således: »Thus interested States may take cognizance of unilateral declarations and place confidence in them, and are entitled to require that the obligation thus created be respected«, *Nuclear Tests* s. 268 og 473. Dette – af Kennedy benævnt »soft argument« – er dog intet argument, men en konsekvens af antagelsen af *pacta sunt servanda* (good faith) i sammenhængen, saml. *Structures* s. 59f. og igen konklusivt s. 66.

Endelig giver Lord McNair følgende karakteristik af *pacta sunt servanda*: »Thus, the normal basis of approach in the United Kingdom and, it is believed, in most states, towards a treaty is that it is intended to be of perpetual duration and incapable of unilateral termination, expressly or by implication, it contains a right of unilateral termination or some other provision for its coming to an end«, McNair (1961) s. 493f. Intentionen skulle være at spore tilbage til hver eneste ene traktatsindgåelse – hvilket er konkretisering til det ødelæggende af et princip formuleret i flertalsform: *pacta sunt servanda*, samh. kap. IX, 3. Af princip skulle *pacta sunt servanda* ifølge McNair være en formodningsregel, en formodning for parternes intention. Det er naturligvis ikke nogen fyldestgørende begrundelse for gyldigheden af *pacta sunt servanda*, se også *Structure* s. 301f. for en problematisering heraf i relation til *rebus sic stantibus*. Og samtidig må det være klart, at der ikke i McNairs karakteristik findes noget egentligt forlig mellem original suverænitet og *pacta sunt servanda*, eftersom det afgørende tidspunkt selv sagt ikke er traktatens indgåelse men dens manglende efterlevelse.

Men i øvrigt er McNairs karakteristik af *pacta sunt servanda* den mindst inadækvate af de her skitserede udlægninger af princippet. Fælles for de øvrige udlægninger af *pacta sunt servanda* er den underliggende antagelse af, at *pacta sunt servanda* er en norm, hvorfra andre normers, traktaters, gyldighed flyder. Denne antagelse holder imidlertid ikke al den stund, at en sådan gyldighedsafledning er en tautologi, jf. kap. IV, 6. *Pacta sunt servanda* giver som gyldighedsskilde ingen mening i folkeretten, saml. Lauterpacht (1933) s. 419. McNair ligger ganske vist under for samme antagelse, idet *pacta sunt servanda* æres som ophav for traktatens bindende kraft: »a treaty is ... incapable of unilateral termination«, samh. afsnit 1 ovenfor, men ideen om gyldighedsafledning indtager dog en mere afdæmpet rolle hos McNair. *Pacta sunt servanda* er hos McNair snarere et generelt princip og som sådan nær den nyfortolkning af *pacta sunt servanda*, som blev skitseret i kapitel IX, 3. *Pacta sunt servanda* bør herefter forstås som en forrangs-norm, som foreskriver den ældre traktats forrang i tilfælde af modsigelse mellem traktater, jf. *Droit des Gens* II, xii, § 155.

Forståelsen af *pacta sunt servanda* som princip for løsning af normmodsigelse implicerer et afkald på at give princippet status som *folkeretlig* norm. Forrangsreglen er orienteret mod normmodsigelse i folkeretten. Forudsætningen for at skulle kunne gennemføre en sådan mission gnidningsfrit som folkeretlig norm

ville være, at normen præliminært var blevet indrømmet forrang fremfor de (andre) modsigende normer. Og denne præliminære forrang måtte da grundles på andre normer – og en regres har taget sin begyndelse. Tvangfri er det derimod at forstå forrangsreglen *pacta sunt servanda* som en *metodelærens* norm, som et princip for fortolkning og anvendelse af traktaten som retskilde, en regel om forrang for den ældste traktat.

Det er nok mest rigtigt at sige, at der ingen modsigelse foreligger mellem en ældre og en yngre traktat, såfremt den ældre traktat senest samtidig med den yngres indgåelse er bortfaldet. Fx ved stiltiende samtykke i situationer, hvor alle deltagere i den gamle traktat også er at finde blandt de stater, som ratificerer den nye, samh. FN Paktens art. 103 og herom fx Kelsen (1966) s. 438. Fra Vattels pen er følgende udgået: »Si le conflict se trouve entre deux Loix affirmatives, ou deux Traités affirmatifs aussi & conclus entre les même personnes ou les mêmes Etats; le dernier en date l'emporte sur le plus ancien. Car il est manifeste que ces deux Loix, ou ces deux Traités émanant du même pouvoir, le dernier a pu déroger au premier. Mais il faut toujours supposer les choses d'ailleurs égales. S'il y a collision entre deux Traités faits avec deux Etats différens; le plus ancien l'emporte. Car on ne pouvoit s'engager à rien qui y fût contraire, dans le Traité qui a suivi : Et si ce dernier se trouve, dans un cas, incompatible avec le plus ancien, son exécution est censée impossible; parceque le promettant n'a pas le pouvoir d'agir contre ses engagements antérieurs». *Droit des Gens* II, xvii, § 315. Se også Fitzmaurice (1950) s. 16 samt traktatretskonventionens art. 59, hvortil kommer art. 30 om modsigelse mellem samtidigt indgåede traktater.

Som sagt har der både i teori og praksis været stor forståelse for, at *pacta sunt servanda* måtte antages som princip. Det uanset, at princippet vender sig mod original suverænitet ved at undlade at give den seneste *opinio juris* forrang. Og uanset, at netop denne konfrontation med original suverænitet kalder på bastant legitimation af *pacta sunt servanda* ad den ene eller anden vej. Årsagen til den store forståelse for *pacta sunt servanda* er for så vidt en *misforståelse* al den stund, at årsagen ikke mindst grundles på en opfattelse af *pacta sunt servanda* som folkerettens nervetråd og dermed som tilhørende en kerne af normer eller principper, hvor inkongruensproblemet bliver sat på spidsen, og hvor en begrebsmonistisk udgang ad suverænitets sti efterhånden kræver sin mand og sin Hegel; en (mis)forståelse af *pacta sunt servanda* som gyldighedens kilde, samh. ovenfor. Tankevækkende er det, at (mis)forståelsen har stået på under formningen af et princip om *pacta sunt servanda* som i mange sammenhænge nærmest ubrydeligt.

Det illustreres på sin vis ved den almindelige omgang med *conventio omnis intelligentur rebus sic stantibus* og forståelsen af dette principps omfang; en diskussion, som i al væsentlighed føres omkring traktater og ikke andre retskilder, og som går i en modstilling mellem *pacta sunt servanda* og *rebus sic stantibus*. I princippet er denne modstilling upræcis og misforstået, saml. Garner (1927) s. 511 – *pacta sunt servanda* er et princip, som afskærer en traktats retsvirkninger, fordi traktaten strider mod en ældre traktat, *rebus sic stantibus* er et princip, som afskærer en traktats retsvirkning, fordi verden er gået sin gang og der (nu) foreligger bristende forudsætninger. *Rebus sic stantibus* og *pacta sunt servanda* er som sådan ikke modgående principper – overhovedet. Men eftersom diskussionen af *rebus sic stantibus* traditionelt er blevet ført i opposition til *pacta sunt servanda*,

er den diskussion alt andet lige illustrerende for styrken af dette princip, hvad end den styrke så er fuldt velbegrunderet eller ej.

I en mere principiel parentes skal det i øvrigt mærkes, at jeg naturligvis ikke forstår (u)gyldighedsregler om fx fejltagelse eller tvang, se traktatretskonventionens art. 48ff., som refererende til samme gyldighedsbegreb, som indgår i Stufenbau. Ugyldighedsreglerne orienterer sig mod eksisterende, stufenbausk-gyldige normer, men de foreskriver, at der ikke skal tillægges alle disse virkning; »Som vore nyere Obligationsretsforfattere kalder jeg et Løfte gyldigt, dels naar Løftet har Retsvirkning i Overensstemmelse med sit Indhold, dels naar Misligholdelse af Løftet kan medføre, at Løftgiveren skal erstatte Opfyldelsesinteressen«, Ussing (1950) s. 117. Dette ugyldighedsbegreb er således gængst, og det helt afgørende er at adskille det fra den gyldighed, som siges at risle ned gennem Stufenbau.

Oprindeligt anlagde folkeretten en meget følsom tilgang til *rebus sic stantibus*. »S'il est certain & manifeste que la considération de l'état présent des choses est entrée dans la raison qui a donné lieu à la promesse; que la promesse a été faite en considération, en conséquence de cet état des choses; elle dépend de la conservation des choses dans le même état«, hvortil kom følgende formaning: »Mais il faut être très réservé dans l'usage de la présente Règle; ce seroit en abuser honnêtement que de s'autoriser de tout changement survenu dans l'état des choses, pour se dégager d'une promesse: Il n'y en auroit aucune sur laquelle on pût faire fonds. Le seul état des choses, à raison duquel la promesse a été faite, lui est essentiel, & le changement seul de cet état peut légitimement empêcher, ou suspendre l'effet de cette promesse. C'est là le sens qu'il faut donner à cette maxime des Jurisconsultes, *Conventio omnis intelligitur rebus sic stantibus*«, *Droit des Gens* II, xvii, § 296. Se også *Belli ac Pacis* II, xvi, § 25.

Siden fandt princippet et større anvendelsesområde i kraft af orienteringen mod på staters (originale) suverænitet, der kulminerede i forrige århundrede, særligt blandt »Continental writers«, Williams (1928) s. 90. Eksempelvis gør Heffter brug af sin generelle formel – »Veränderung derjenigen Umstände, welche zur Zeit des geschlossenen Vertrages schon vorhanden oder vorherzusehen, und nach der erkennbaren Absicht des Verpflichteten die stillschweigende Bedingung des Vertrages waren« – til blandt andet at lade traktater falde ved »Veränderung ..., wobei der Verpflichtete seine bisherige politische Stellung nicht behaupten könnte und sich namentlich in eine Ungleichheit gegen andere Staaten versetzen würde«, Heffter (1867) s. 184f. »When the state of things which was essential to, and the moving cause of promise or engagement, has undergone a material change, or has ceased, the foundation of the promise or engagement is gone and their obligation has ceased«, Phillimore (1879) II s. 109. Samtidig gav »the right of self-preservation« som princip for afskærmning af modgående, folkeretlige normer adgang til lidt af hvert – »In the last resort almost the whole of the duties of states are subordinated to the right of self-preservation«, Hall (1904) s. 269. Se også Hannikainen (1988) s. 50f.

Følgerne af denne udvidelse af *rebus sic stantibus* lod ikke vente på sig: »The important changes, economic and political, which have taken place in the life of many states in recent years and which are the result of a rapidly developing civi-

lization, have been invoked in an increasing number of instances in defense of claims for the revision or termination of treaties which were entered into when such changes were unforeseen», Garner (1927) s. 509. Se også Keeton (1939) s. 50f. Siden er teoriens balance mellem *pacta sunt servanda* og *rebus sic stantibus* rykket tilbage mod førstnævnte principps tyngdepunkt – men altså i stadig opposition til den originale suverænitet. Dette ryk har lejlighedsvis fundet en misformøjet mellemform i et processuelt princip om, at stater ikke ensidigt kan hævde *rebus sic stantibus*' anvendelse, men må søge forståelse hos medkontrahenterne – eventuelt for blot at indhente samtykke til voldgiftsafgørelse eller lignende, saml. Briggs (1942) s. 94. Samh. traktatretskonventionens art. 65.

Som sagt er det nogenlunde nærliggende at forstå den i almindelighed noget bombastiske formulering af *pacta sunt servanda* som netop et resultat af princippets bestandige opposition til original suverænitet, der stiller sine krav til princippets legitimation. I forlængelse af dette århundredes nedtoning af *rebus sic stantibus* har det således endog været gjort gældende, og da særligt af britiske forfattere, at der slet ingen *rebus* er i folkeretten; samh. London protokollen fra 1871, citeret i McNair (1961) s. 497 og forstørret i *Decay* s. 65f. og 71.

James Leslie Brierly var slet ikke – i 1925 – i tvivl: »I say 'proposal' advisedly; for it is, in my opinion, quite impossible to maintain that the doctrine is an accepted principle of existing international law, and any discussion of it ought to be recognized for what it is – a discussion de lege ferenda only«, Brierly (1958) s. 110 og også s. 114f. Saml. Brierly (1963) s. 334ff. Hersch Lauterpacht tog ligeledes front mod »a pseudo-legal assertion of the absence of any binding force in international law«, men gav dog *rebus sic stantibus* en »true function«, »a legal residuum« bygget op om principper som »ad impossibilia nemo tenetur«, Lauterpacht (1933) s. 270ff. Lord McNair har stort set tilsvarende anført: »As a question of law, there is not much to be said upon the revision of treaties. It frequently happens that a change in circumstances may induce a Government on political grounds to accede to the request of another Government for the termination of a treaty and for its revision in the light of new circumstances. But, as a matter of principle, no State has a legal right to demand the revision of a treaty in the absence of some provision to that effect contained in that treaty or in some other treaty to which it is a party; a revised treaty is a new treaty, and, subject to the same limitation, no State is legally obliged to conclude a treaty«, McNair (1961) s. 534 og videre s. 681 med uforbeholden forståelse for »some other Governments, often in complete good faith« samt s. 682, note 1 med en tvivlsom historisk drejning. Siden synes *rebus sic stantibus* dog at blive tiltrådt i et vist omfang, se McNair (1961) s. 685ff. og 747ff., dog på det sidste sted i hvert fald delvist ad retspolitisk vej.

I forlængelse af denne udtalte skepsis ligger et syn på sagen, som også indeholdes i de latinske gloser i fx *Droit des Gens* II, xvii, § 296 – den opfattelse, at *rebus sic stantibus* blot er en del af traktaten, et underforstået eller udtalt vilkår, hvilket tillige kommer til et mere moderne udtryk, når talen falder på *clausula rebus sic stantibus*. Se også *Belli ac Pacis* II, xvi, § 25, Sukiennicki (1927) s. 197ff. »The rule of *rebus sic stantibus* is not a rule giving to a State the right of its own will to tear up a treaty, but a rule either of interpretation or of law according to which in certain events the treaty has no longer effect. It is not that one party has a right to break an existing tie, but that the tie itself is already broken«, Williams (1928) s. 91f., der utvivlsomt er inspireret af Brierly (1958) s. 111ff. Det samme gælder Nozari (1971) s. 134f., 138 og 164. Se også Brierly (1963) s. 335f. for reference til blot »the *clausula*«. (*Clausula*) *Rebus sic stantibus* er på denne vis bragt i bri-

tisk overensstemmelse med *pacta sunt servanda*. Tilføjelsen af *clausula* til *rebus sic stantibus* ligger dog naturligvis som altid under for fortolkningslærens øvre grænse for gradbøjning af traktaten, samh. Brierly (1958) s. 113. Og når *clausula rebus sic stantibus* tager den videre form af formodet vilkår, så er det desforuden på sin vis korrekt med Koskenniemi at stille spørgsmål: »But also this rule could be challenged. The problem-solver would then need to construct a tacit consent also behind it. And so on, ad infinitum«, *Structure* s. 302. Men – svaret på spørgsmålet er i bund og grund underordnet. Som allerede nævnt flere gange, eksisterer der i bund og grund slet ikke noget behov for sådan legitimering ved gyldighedsafledning; hverken *pacta sunt servanda* eller *rebus sic stantibus* hører til i (selve) folkeretten, men i en metafolkeretlig metodelære.

Det må være klart, at Koskenniemi tillige tager fejl, når han indleder kritikken af *rebus sic stantibus* som følger: »From a problem-solver's perspective it now looks as if he would have to decide whether treaties bind because they express consent or because they express justice«, *Structure* s. 300, jf. *Structures* s. 66ff. For modstillingen er ikke slet så absolut, allerede fordi spørgsmålet er, om traktaten (løftet) binder *længere*. Spørgsmålet er det mere afbalancerede, hvorvidt (såkaldt) *pacta sunt servanda* nu, omstændighederne taget i betragtning, er at fravige. I den forbindelse gør *rebus sic stantibus* det ikke ud for meget andet end en indskrænkende fortolkning af (såkaldt) *pacta sunt servanda*, dvs. et subsumptionens rimelighedsskøn, samh. kap. X, 4. Det kan ikke med rette hævdes, at der herved er tale om »taking a stand on the relative superiority between the subjective and objective approaches«, idet det i sig selv forudsætter, at begge tilgange eller »approaches« præliminært er begunstiget med et absolut, ubegrænset omfang, hvilket naturligvis ikke er (bør) være tilfældet, saml. *Structure* s. 300. Se for en overraskelse *Structures* s. 72 om »*rebus sic stantibus*« som »merely an exception«. Som sådan er der intet præferenceproblem, saml. *Decay* s. 66 og 79ff. – hvor Carty netop forudsætter, at de (såkaldt) modstridende principper om *pacta sunt servanda* og *rebus sic stantibus* må overlappe hverandre qua et ubegrænset omfang for begge principper.

I moderne folkeret er *rebus sic stantibus* (stadig) antaget i almindelighed – men med den stadige pointe, at princippet anvendelsesområde igen er ganske beskedent. I *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex* udtalte PCIJ: »As the French argument fails on the facts, it becomes unnecessary for the Court to consider any of the questions of principle which arise in connection with the theory of the lapse of treaties by reason of change of circumstances, such as the extent to which the theory can be regarded as constituting a rule of international law, the occasions on which and the method by which effect can be given to the theory if recognized, and the question whether it would apply to treaties establishing rights such as that which Switzerland derived from the treaties of 1815 and 1816«, PCIJ Series A/B No. 46 s. 158. Præmissen er ikke helt konsekvent. PCIJ forholdt sig principielt ganske imødekomende overfor »the *rebus sic stantibus* clause«, samh. PCIJ Series A/B No. 46 s. 96. Domstolen krøb ikke udenom spørgsmålet under anvendelse af ellers mulige formelle regler, men nå-

de tværtom at foreskrive, at »To establish this position it is necessary, first of all, to prove that it was in consideration of the absence of customs duties at Geneva that the Powers decided, in 1815, in favour of the creation of the zones«, i hvilken forlængelse det første citat skal ses, idet det netop udspringer af manglende bevis, se PCIJ Series A/B No. 46 henholdsvis s. 155 og 156. Se også PCIJ Series B No. 4 s. 29. I ICJ Reports (1973) s. 17 og 21 synes ICJ at have befriet rebus sic stantibus for »clausula«.

Fra teoriens hold kan nævnes Oppenheim (1992) s. 1304ff. ligesom Nozari (1971) s. 137 om »proper limits«, O'Connell (1970) s. 278 om »One of the least satisfactory topics in treaty law«; saml. Janis (1988) s. 32f. Traktatretskonventionens art. 62 fordrer ikke blot »A *fundamental* change of circumstances which has occurred with regard to those existing at the time of the conclusion of a treaty, and which was not foreseen by the parties«, men også, at »those circumstances constituted an *essential* basis of the consent of the parties to be bound by the treaty«, og at »the effect of the change is *radically* to transform the extent of obligations still to be performed under the treaty«. Men i øvrigt fordrer denne bestemmelse ikke, at rebus sic stantibus blot skal opleves som et indfortolket, formodet princip, men åbner op for en antagelse af reglen som netop – regel, saml. *Structures* s. 68 som tvangsudtolker et »dual approach«, dvs. finder begge antagelser side om side i art. 62, idet det antages at ord som »fundamental« ikke kan rummes i clausula, se *Structures* s. 73 og 77. Retteligt betragtet er det imidlertid klart, at moderne folkeret har lagt *clausula* rebus sic stantibus bag – »The third view, which represents the modern law, is that the principle is an objective rule of law, applying when certain events exist, yet not terminating the treaty automatically, since one of the parties must invoke it«, Brownlie (1990) s. 620f.; se også YILC (1966) II s. 258.

Verdross og Simma gør følgende gældende: »Nach der richtig verstandenen objektiven Theorie handelt es sich bei der Clausula rebus sic stantibus weder um eine tatsächliche, noch um eine subintelligierte Vertragsklausel, sondern um einen objektiven vr Grundsatz, ... Die entscheidende Frage geht also dahin, ob sich die Umstände nach Vertragsabschluß so wesentlich geändert haben, daß den Parteien die Erfüllung des Vertrages bona fide nicht mehr zugemutet werden kann«, Verdross & Simma (1984) s. 528. Dette er på ingen måde uoverensstemmende med subsumptionsens skøn. Derimod er det fejlgrebet at rulle en sådan begrundelse ind under en kategori af »soft arguments«, dvs. argumenter der »relies upon some extraconsensual notion of the good or the just«, *Structures* s. 29, og videre hævde: »Soft arguments for rebus sic stantibus, however, seem to take the doctrine out of sources law altogether, transforming it into a doctrine of substantive international law«, *Structures* s. 70, jf. s. 67ff. Herved forudsætter Kennedy nemlig et ubegrænset omfang for (såkaldt) *pacta sunt servanda* som norm – et såkaldt »hard argument«. Kennedy spænder således selv sin diskurs for et kontradiktorisk argumentationsmønster. Netop (tidligere) antagelse af *clausula* rebus sic stantibus bør ses som udtryk for, at princippet ikke kunne stride mod (såkaldt) *pacta sunt servanda*, selvom det med Kennedy samtidig skulle blive antaget, at (såkaldt) *pacta sunt servanda* er af ubegrænset omfang.

Det ovenstående kan herefter opsummeres i den betragtning, at *pacta sunt servanda* er en metafolkeretlig norm tilhørende folkerettens metodelære. *Pacta sunt servanda* er ikke en norm, som forlener (andre) folkeretlige normer, traktater, med

gyldighed. At noget er en traktat, kan ikke begribes foruden antagelse af en norm. Når det så herefter spørges, hvorfor en traktat, altså en folkeretlig norm, er gyldig, så overses det, at en norm i sagens tautologiske natur er gyldig, hvorfor selve spørgsmålet som sådan er meningsløst, jf. kap. IV, 6. *Pacta sunt servanda* bør i stedet omfortolkes og få status som en forrangsregel i metodelæren – en regel for valg mellem to folkeretlige traktater, som begge flyder af *opinio juris*, men som også er modsigende; og i den sammenhæng foreskriver *pacta sunt servanda* så den ældste traktats forrang. I vidt omfang er *pacta sunt servanda* som forrangsregel ubrydelig, og i det omfang kommer den yngre traktat kun til ret, såfremt den ældre segner under ugyldighedens eller uvirksomhedens stempel. Et eksempel herpå er *rebus sic stantibus*, i medfør af hvilken normens uvirksomhed foreskrives i tilfælde af – for øjeblikket: kvalificerede – bristende forudsætninger. Diskussionen af *rebus sic stantibus* har normalt fundet sted gennem en modstilling til *pacta sunt servanda*. Var denne modstilling korrekt, ville *rebus sic stantibus* mest tvangsfrit være at forstå som en betegnelse for (nogle af) de konkrete situationer, hvor det undlades at bringe *pacta sunt servanda* i anvendelse, hvor en begrænsning i (norm)omfanget af *pacta sunt servanda* sættes ind – en subsumptionens indskrænkende fortolkning af *pacta sunt servanda*. Det er imidlertid ikke tilfældet; *pacta sunt servanda* kan ikke forstås som andet end en forrangsnorm, mens *rebus sic stantibus* ikke kan forstås som andet end en norm, der foreskriver traktaters uvirksomhed; på hver sin måde tjener de to principper derfor til afskæring af normers retsvirkninger på tværs af *opinio juris*.

Rebus sic stantibus afbilleder mest af alt den kurs, som folkeretten har haft til forskellige tider – hvilken forbindende kraft, folkeretten er blevet betroet. Samtidig er der dog næppe tvivl om, at den misforståede modstilling med *pacta sunt servanda* også i sig selv har været medvirkende til at skubbe *rebus sic stantibus* på (snæver) plads i dette århundrede. I den sammenhæng skal det bemærkes, at *pacta sunt servanda* er et stærkt princip, fordi det bakkes op af en livskraftig om end delvist misforstået argumentation, der i første række har skulle legitimere, at folkeretlige normer ikke stod i så nær en kontakt med original suverænitet, at de svang i takt med staters viljesændringer. Denne styrke gav sig udslag i en forbigående teori om, at *rebus sic stantibus* ingen egentlig norm var, men derimod de kontraherende staters mere eller mindre udtalte intention(er), *clausula rebus sic stantibus*. På en og samme tid kan denne teori forstås som både noget fiktiv og noget snæver, eftersom der er grænser for fortolkningskunstens numre i tilfælde af eksempelvis udtrykkeligt modgående intentioner fra de deltagende staters side. Af disse grunde som disse er en mere tvangfri forståelse af *rebus sic stantibus* oprindat. Men ét står stadig sikkert: *pacta sunt servanda* er en stærk norm i metodelæren – ellers kunne den ikke holde til den bestandige opposition fra den originale suverænitet.

3. »For the lack of a better, he had used the term *jus cogens*«, Waldock om *Waldock i YILC (1963) I s. 62, samh. s. 213*

Jus cogens er antagelse af ufravigelige, tvingende, præskriptive normer (peremptory norms) i folkeretten. Tidligere har det været mere berettiget blot at referere til ikke antagelse, men påstand om antagelse af sådanne kvalificerede normer – »but we should not exclude the possibility that international public policy may increasingly have the effect of a *jus cogens*«, Jenks (1964) s. 458. Blot påstand, fordi hovedrystelserne har været talrige og knagende, når glosen »*jus cogens*« blev tvunget over læberne; »True enough, the problem has always been kept alive in the international legal literature – but mostly in the form of relevant short passages or statements in a more general context«, Sztucki (1974) s. 3 og videre s. 54ff. I de seneste årtier er modviljen dysset ned, ikke mindst i kraft af undertegnelsen i 1969 af traktatretskonventionen, herunder dennes art. 53, se fx gennemgangen hos Tunkin (1974) s. 147ff. Modvillig er (var) dog stadig Schwarzenberger & Brown (1976) s. 12, 24, 54, 86 og 131.

Traktatretskonventionen trådte i kraft i 1980. Men modviljens neddysning ændrer ikke på, at *jus cogens* til stadighed indtager en helt anden og langt mere sekundær position end *pacta sunt servanda*, samh. ICJ: »Without attempting to enter into, still less pronounce upon any question of *jus cogens*, it is well understood that, in practice, rules of international law can, by agreement, be derogated from in particular cases, or as between particular parties«, *North Sea* s. 42. På sin vis burde den forskel mellem *pacta sunt servanda* og *jus cogens* kunne være en kilde til forundring, eftersom begge principper deltager i samme front mod en triviell sammenkædning af ny statsvilje og evne til effektiv normskabelse, normændring.

Det er principielt forkert at hævde, at *jus cogens* og *pacta sunt servanda* er modsigende normer – i formel henseende. *Jus cogens* er afskæring af derogation af (primært) retssædvaner ved traktat eller ny retssædvane. *Pacta sunt servanda* er afskæring af derogation af traktat ved ny traktat – eller retssædvane. Begge principper er derfor tidsmæssigt rettet frem mod, hvad der hævdes at være en yngre og derogerende norm. Hverken *jus cogens* eller *pacta sunt servanda* kan være kilder til retsnormers gyldighed, saml. Sukiennicki (1927) s. 97, Virally (1990) s. 152; samh. kap. IV, 6 og afsnit 2 ovenfor. Begge principper forudsætter antagelse af en sådan (gyldig) norm, saml. Rosenne i YILC (1963) I s. 73 gengivet nedenfor. Og begge principper går så videre i, hvordan modsigelse med en nyere norm løses. Den ældste norm er almindeligvis enten sædvaneret eller traktatsret, hvortil almindeligvis vil svare (mulig) anvendelse af enten *jus cogens* eller *pacta sunt servanda*. Anvendelsen af de to principper hviler således som hovedregel på et valg mellem to konjunktive størrelser: enten traktat eller retssædvane, hvorfor modsigelse mellem principper allerede dér er hindret. Modsigelse er heller ikke i øvrigt mulig. Favnes en traktat(sbestemmelse) også af *jus cogens*, foreskriver dette princip jo ikke en modsat løsning af *pacta sunt servanda*. Men (norm)omfanget af *jus cogens* kan dække andet end *pacta sunt servanda*, fordi *jus cogens*

ikke på samme måde fortolkes indskrænkende ved kontrahenters enighed, samh. traktatretskonventionens art. 54, litra b, art. 57, litra b. Heri ligger imidlertid heller ingen kim til modsigelse: *pacta sunt servanda* finder jo slet ikke anvendelse, kontrahenterne er stillet frit – efter dén norm.

Modsigelse mellem *pacta sunt servanda* og *jus cogens* bliver først mulig, når principperne ikke længere forstås som blot formelle principper i den forstand, at de ikke begge tillægges samme materielle udstrækning. Almindeligvis forstås *pacta sunt servanda* som et formelt princip, eftersom det er materielt ubegrænset: det finder anvendelse på alle traktater, uanset hvilket emne disse måtte sigte på at regulere. Omvendt forstås *jus cogens* normalt som et materielt princip, fordi det er materielt begrænset til enkelte emner, fx slavehandel eller krigsførelse – »it is not the form of a general rule of international law but the particular nature of the subject-matter with which it deals that may, in the opinion of the Commission, give it the character of *jus cogens*«, YILC (1966) II s. 248. Såfremt denne materielle begrænsning ligger fast og ikke ændres, er modsigelse mellem *jus cogens* og *pacta sunt servanda* stadig ikke mulig. Men i det omfang, den materielle afgrænsning af anvendelsesområdet for *jus cogens* udvides, er modsigelse mulig, såfremt der foruden (fx) en retssædvane, som nu er at betragte som *jus cogens*, også findes traktater, der regulerer samme emne, og såfremt det tillige antages, at *jus cogens* får virkning med tilbagevirkende kraft, se fx traktatretskonventionens art. 64. Samh. O'Connell (1970) s. 245. I så fald indtræffer et brud med *pacta sunt servanda*, samh. Rozakis (1976) s. 6.

Omkring muligheden for modsigelse mellem *pacta sunt servanda* og *jus cogens* svævede Rosennene, der var medlem af ILC, i en vildfarelse, som samtidig er illustrerende for (en del af) datidens opfattelse af *jus cogens*: »The concept of *jus cogens* had existed in international law for a long time, even if in inchoate form. ... But on one point there was general agreement – namely, that the concept of *jus cogens* expressed some higher social need. In principle, all legal rules were equal; the very concept of *jus cogens*, therefore, was a derogation from a fundamental legal principle. Ultimately, it was more society and less the law itself which defined the content of *jus cogens*. In practice, the whole of article 13 [nu i ændret form art. 59] would be given a restrictive interpretation, not only by courts, but also by other law-applying organs, such as political organs of the United Nations. There were two reasons for that: first, the article restricted freedom of contract, which was a fundamental principle of international law and indeed of international relations; secondly, it provided that treaties concluded in violation of its provisions were null and void. It was therefore essential to balance the rule embodied in the article with another fundamental principle of international law, which appeared in the United Nations Charter itself as a *jus cogens* principle: *pacta sunt servanda*«, YILC (1963) I s. 73.

Præliminært til de hidtige overvejelser om modsigelse står stadig et spørgsmål om, hvorfor *jus cogens* antages at være materielt begrænset. Måske er den lære, som kan drages af Rosennes udsagn, at den materielle begrænsning følger af en modstilling med *pacta sunt servanda*, der er blevet (mis)forstået som en gyldighedens kilde, samh. afsnit 2. Herved ville samvirkende principper være spillet ud mod hinanden. Forklaringen er dog næppe så lemfældig. Ordene »*jus cogens*« er først i nyere tid blevet udtalt i folkeretten, mens selve idéen om *jus cogens* knytter an til klassisk folkerets naturretligt grundlag. Hos Vattel hed det fx:

»L'Auteur que nous venons d'entendre, s'est bien aperçu que les règles & les décisions du Droit Naturel ne peuvent s'appliquer purement & simplement aux Etats Souverains, & qu'elles doivent nécessairement souffrir quelques changemens, suivant la nature des nouveaux sujets auxquels on les applique. Mais il ne paroît pas qu'il ait vu toute l'étendue de cette idée, puisqu'il semble ne pas approuver que l'on traite le Droit des Gens séparément du Droit Naturel des particuliers. Il loue seulement la méthode de Buddeus, disant, 'que cet Auteur a eu raison de marquer ... après chaque matière du Droit Naturel, l'application qu'on en peut faire aux Peuples les uns par rapport aux autres; autant du moins que la chose le permettoit ou l'exigeoit'. C'étoit mettre le pied dans le bon chemin. Mais il falloit de plus profondes méditations, & des vûes plus étendues, pour concevoir l'idée d'un Système de Droit des Gens Naturel, qui fût ainsi comme la Loi des Souverains & des Nations; pour sentir l'utilité d'un pareil Ouvrage; & fur-tout, pour l'exécuter le premier« *Droit des Gens* Preface.

Denne »Loi des Souverains & des Nations« favner en række materielle normer, som svæver over staternes traktatsvirksomhed. Som sådan kan der derfor udtænkes en historisk tradition for materiel begrænsning, idet den ufravigelige naturret ikke antoges altfavnende; naturretten åbnede op for supplerende traktatsindgåelse, også ved at bidrage med et princip svarende til *pacta sunt servanda*, jf. samme *Droit des Gens* Preface citeret i overskriften til forrige afsnit. En sådan opkobling til en historisk tradition er imidlertid ikke forsvarlig. Nok kom Vattel som Christian Wolff tilsyneladende til antagelse af begrænsninger i selve ufravigelighedens princip gennem en sondring mellem »Droit des Gens Nécessaire« og »Droit des Gens Volontaire«. Men dels var sondringen ikke som sådan materiel: »Le Droit Nécessaire procède immédiatement de la Nature; cette Mère commune des hommes recommande l'observation du Droit des Gens Volontaire, en considération de l'état où les Nations se trouvent les unes avec les autres, & pour le bien de leurs affaires«, *Droit des Gens* Preface. Dels endte Vattel med at betegne »Droit des Gens Volontaire« som – positiv ret, som en art folkerettens retsgrundsætninger: »Ces trois espèces de Droit des Gens, Volontaire, Conventionnel, & Coutumier, composent ensemble le Droit des Gens Positif«, *Droit des Gens* Préliminaires § 27. Heller ikke fx Grotius antog begrænsninger i ufravigelighedens princip, *Bellum ac Pacis* I, iii, xvi. Den udelukkende materielle begrænsning af *jus cogens*, som i dag hævdes, er således ikke tvangsfrit afledt af en historisk tradition. Kernen til forståelse af den materielle begrænsning ligger i blotlæggelse af denne tvang.

En konstituerende betingelse har givet vis været en positivistisk afsky for (tidligere) naturret. I den sammenhæng tilbyder sig nu det forhold, at *jus cogens* (som *pacta sunt servanda*) strider mod – original suverænitet; samh. Bartos i YILC (1966) I.1 s. 39. Og mens *pacta sunt servanda* blev assimileret i et klagesangens galleri af lidet tvangsfrie begrundelser, så har folkeretten ikke følt samme behov for antagelse af *jus cogens* i almindelighed. Måske fordi *jus cogens* aldrig ligesom *pacta sunt servanda* er blevet (mis)forstået som gyldighedens kilde, samh. afsnit 2. Men samtidig bør det ringere behov for *jus cogens* ses i sammenhæng med de normer, som *jus cogens* er (al)ene om at tilbyde dække for original suverænitet. *Jus cogens* er hverken begrænset til retssædvaner, endsige traktater – »it is not the form«, som er afgørende, YILC (1966) II s. 248. Se for en diskussion Sztucki (1974) s. 73ff., Rozakis (1976) s. 58ff. Det betyder ikke, at *jus cogens* og *pacta*

sunt servanda kan optræde i en regelkrydsning. Hvad angår traktater, (blot) optræder jus cogens striden med original suverænitet ved at afblæse muligheden for kontrahenternes fælles ændring af traktaten; se ovenfor. Mere væsentligt er dog, at jus cogens åbner op for også at yde retssædvaner ly mod original suverænitet, hvortil sikkert også kommer en principiel mulighed for værn om almindelige retsprincipper. Interessant i denne videre diskussion synes nu alene sædvaneretlige normer.

Mange retssædvaner har rødder tilbage i naturretten, et historiens rum for retspolitik – hvad angår indhold, modsat præceptivitet; samh. kap. IX, 6. Mellem sædvanerne og folkeretten består en original sammenhæng, som kan menes at have grundlagt folkeretten. Men det afgørende er, at disse i et stort omfang forholdsvis ahistoriske normer er ganske rummelige og upræcise. De har og er egnet som tolerante rammer for temmeligt varierende synspunkter. Allerede på grund af denne fleksibilitet har tilskyndelsen til normbrud været beskeden. Normbruddet bliver imidlertid mere nærliggende, jo mere omsiggribende normernes konkretisering bliver. Konkretiseringen sker ikke mindst ad traktatsvejen. Derfor blev behovet for pacta sunt servanda hurtigt indrømmet, hvilket tillige skal ses i sammenhæng med, at de naturretlige normer hos hverken Vattel eller Grotius i sig selv kunne bære folkeretten som et materielt normsystem, men tværtimod fordrede supplement i form af mere konkrete direktiver. Begge forfattere giver da også en grundig indføring i traktatsretten, se *Droit des Gens* II, xii–xvii, *Belli ac Pacis* II, xv–xvii. I et vist omfang følger sædvaneretten med; dels fordi traktater i et vist omfang er retssædvanens kim, dels fordi nyere sædvanenormer fra tid til anden selv antager en mere konkret form end traditionelt set. Med konkretiseringen bliver også tanken om jus cogens mere nærværende – efter min oplevelse, samh. Tunkin (1974) s. 157. Dette har imidlertid ikke gjort op med den naturretlige afstamning. Mange af de materielle normer, som hørte til her, nævnes også fra tid til anden i sammenhæng med jus cogens. Hertil kommer så den række af nyere og mere konkrete normer, som har båret jus cogens frem i dette århundrede, fx forbud mod magtanvendelse.

Denne henlæggelse af mere konkrete sædvaneretlige normer til nyere tid er selv sagt generel og vel ikke uden undtagelser. Eksempelvis er der i den sædvaneretlige regulering omkring pirateri tradition for at spore jus cogens langt tilbage i tiden, samh. Hannikainen (1988) bla. s. 36f., 67ff. og 541ff., Brownlie (1990) s. 513. Det historiske indhold af denne regulering har dog primært været alene en tilladelse for alle stater til at udøve jurisdiktion over pirater. Hertil hævdes almindeligvis et forbud mod at hjælpe pirater i tilfælde, hvor deres gerninger på den anden side dog stadig ikke er at tilregne staten, samh. *(Para)Military* s. 61ff., ud fra princippet statueret i *Corfu Channel* s. 22: »every State's obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States«. Det vil naturligvis i et væsentligt omfang bero på individuelle referencerammer og følelser, hvorvidt denne sædvaneretlige regulering er konkret. Afgørende er dog som sagt i alle tilfælde det generelle indtryk – uanset at denne vurdering følger heller ikke er lettilgængelig.

Som sagt: anvendelsesområdet for jus cogens er stadig materielt bestemt. Og jus cogens er ej heller nogen hovedregel i den forstand, at princippet favner hoved-

parten af fx sædvanerettens materielle dækningsflade. Til stadighed er dét princip, som kaldes *pacta sunt servanda* i relation til traktater og dér er nærmest ubrydeligt, i relation til særligt retssædvaner stadig (formuleret som) en undtagelse. Det kan derfor synes ironisk, at *pacta sunt servanda* har været og stadig ofte er tildelt netop retssædvanens form, jf. kap. IX, 3. Ved nærmere eftertanke er dette imidlertid netop en illustration af synspunktet – fra sædvaneretten har så at sige flydt en delegation til konkret normfiksering til traktaten som den mere præcise retskilde. I sammenhæng med det skel i typiske muligheder for konkretisering står den betragtning, at traktatsindgåelse indgår i et mere intimt virke med statsviljen end skabelsen af sædvaneret, jf. kap. IX, 6. Samh. den (anden) betingelse i traktatretskonventionens art. 53, som fordrer »a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole«. Herved bliver forbindelsen med en statsvilje vel ikke større end den sædvanebefordrende *opinio juris*, men det er blevet muligt at anfægte *jus cogens*-kvaliteten på mere svævende, subjektivt grundlag uden samtidig at anfægte selve normen. Se også Sztucki (1974) s. 97ff. samt nedenfor.

Karakteristik for den stadige skepsis og mistro til *jus cogens* er det i og for sig, at princippet beskrivelse finder sit almindelige udgangspunkt i traktatretskonventionens art. 53 – som i et eller andet omfang bærer på samme mistro. I denne artikel hedder det: »A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character«.

Af forfattere, som baserer deres beskrivelse af *jus cogens* på traktatretskonventionen, kan i flæng nævnes O'Connell (1970) s. 244, Rozakis (1976) s. 5 og 11, Aréchaga (1978) s. 63f., Crawford (1979) s. 80f., Rosenne (1984) s. 19, Verdross & Simma (1984) s. 329f., Akehurst (1987) s. 40f., Danilenko (1991) s. 56f., Oppenheim (1992) s. 7, *Structure* s. 282 og Hannikainen (1988) s. 2f., 28f., 186 og 207ff.; den sidste forfatter afretter endog historiebeskrivelsen efter mange af principperne i art. 53. Samh. Sinclair (1984) s. 203ff., Starke (1984) s. 53f., Brownlie (1990) s. 512ff.; se også Sztucki (1974) s. 1ff.

Artiklen genfindes ordret i art. 53 i *Convention on the Law of Treaties between States and International Organisations or between International Organisations* fra 1986.

Indledningsvis kan det bemærkes, at traktatretskonventionens definition af *jus cogens* alene angives at dække »the purposes of the present Convention«. Det kan forstås derhen, at det med traktaten tilsigtes at skabe et begreb om *jus cogens* og ikke blot at kodificere et sådant, således fx Danilenko (1991) s. 56f. Se også Sztucki (1974) s. 7 og 11 samt konklusivt s. 93ff. Det er imidlertid ikke en tvangfri forståelse – af flere grunde. At *jus cogens* er en folkeretlig norm, som skabes med traktatretskonventionen, hindrer vel ikke, at selve begrebet om *jus cogens* selv har mulighed for at opnå *jus cogens*-kvalitet. Herved ville det kunne oprettholdes, at normer med *jus cogens*-kvalitet »can be modified *only* by a subsequent norm of general international law having the same character«. Denne diskussion

er dog noget upraktisk. Mere interessant er det, at såfremt jus cogens skabes med traktatretskonventionen, favner art. 53 lige vel bredt. Det er således en kende mærkværdigt, at traktaten stiller krav om accept af en norms karakter af jus cogens fra »the international community of States as a whole« al den stund, at traktatretskonventionen kun som udgangspunkt binder de ratificerende stater – og altså slet ikke kan forudsætte at favne noget nær alle stater, samh. art. 84. Samtidig vil jus cogens ikke kunne vendes mod retssædvaner – traktatretskonventionen finder jo alene anvendelse på (skriftlige) traktater, art. 1, jf. art. 2, stk. 1, litra a. Samh. Hannikainen (1988) s. 186, som efter konstatering af det beskedne antal ratifikationer af traktatretskonventionen – saml. Brownlie (1990) s. 604 – bemærker: »On the other hand, even if the Vienna Convention had received a big number of ratifications, the peremptory character of individual norms cannot be based solely on the Convention but must be proved by examining other sources (in the light of the criteria of Art. 53 of the Convention). If norms exist which satisfy the criteria of peremptory norms, jus cogens is a part of existing international law. However, if many aspects of the notion of jus cogens are not clarified, as was the case prior to the Vienna Conventions, the practical value of peremptory norms may be small. According to the ILC, the notion of jus cogens had been recognized in international law before the Vienna Convention, but the Convention gave jus cogens both precision and substance by incorporating the notion in one of its essential provisions«. Samh. Waldock i YILC (1963) II s. 52: »The question *how far* international law recognizes the existence within its legal order of rules having the character of jus cogens is controversial«.

Fra en anden eller tredje vinkel kan mærkes de betingelser, som i ly af art. 53 almindeligvis opstilles for jus cogens. Til eksempel Hannikainen (1988) s. 207 og 3: »1. They are norms of general international law. 2. They have to be accepted by the international community of States as a whole. 3. They permit no derogation. 4. They can be modified only by new peremptory norms«. Hertil skal det dog bemærkes, at den fjerde betingelse ingen betingelse er – for jus cogens. Derimod er det en betingelse for ændring af jus cogens – ved jus cogens, hvad ellers?

Den formulering i art. 53, som Hannikainen støtter sin fjerde betingelse på, lyder: »a peremptory norm ... can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character«. En tvingende norm kan ændre en tvingende norm, *lex posterior*, samh. afsnit 1 ovenfor. I den sammenhæng er det naturligvis klart, at en ikke-tvingende norm ikke kan derogere en tvingende norm. Det er nemlig selve kernen i jus cogens. Men hvorfor overhovedet anerkende et *lex posterior*-princip? Synspunktet er selvsagt, at en retssædvane kvalificeret til ophøjelse som jus cogens skal tilhøre »general international law« og dermed have vundet en sådan udbredelse, at den accepteres af langt de fleste stater, jf. også »accepted and recognized by the international community of States as a whole«. Denne situation er parallel til dén, at alle kontraherende stater indvilliger i traktatens ophævelse, hvilket *pacta sunt servanda* heller ikke vender sig imod. Det interessante er imidlertid, at jus cogens alene kan ændres, såfremt en ny jus cogens-norm samtidig antages. Sådan lød Waldocks oprindelige forslag ikke, idet det indeholdt et stk. 4: »The provisions of this article do not apply, however, to a general multilateral treaty which abrogates or modifies a rule having character of jus cogens«, se YILC (1963) II s. 52 med kommentar s. 53. Fra mange sider i ILC blev dette stykke anset for overflødigt; til eksempel gjort Ago følgende betragtning gældende: »Paragraph 4 was not necessary because it was selfevident that a jus co-

gens rule could not be set aside by a private agreement between States, but could be replaced by another general jus cogens rule», YILC (1963) I s. 71. Waldock synes at ende med at tilslutte sig dette synspunkt, se YILC (1963) I s. 78 – disse »obvious reasons«, Sztucki (1974) s. 113. I princippet er dette korrekt. Det skal dog holdes for øje, at ændring af jus cogens med jus cogens betyder, at jus cogens-kvalitet bliver umulig at indskrænke materielt. Synspunktet forudsætter derfor, at jus cogens-kvalitet kan tildeles en norm, som blot ophæver en tidligere med de potentielle normsubjekters frihed til følge. Og den forudsætning er vel ikke uantagelig.

Hvad nu angår den tredje betingelse, kan den ligne en snigende tautologi, hvilket måske kom endnu tydeligere frem i Folkeretskommissionens oprindelige forslag til samme artikel: »A treaty is void if it conflicts with a peremptory norm of general international law from which no derogation is permitted«, YILC (1963) I s. 291 – en traktat kan ikke gyldigt fravige, hvad der ikke kan fraviges. Se også Verdross i YILC (1963) I s. 213, Crawford (1979) s. 81 med note 12. Imidlertid skal jus cogens – som defineret i traktatretskonventionen – snarere forstås som blot et fremstillingsbegreb, husende normer, som (allerede) er ufravigelige, se også Aréchaga (1978) s. 64. Cirkelens hævde forudsætter modsat, at jus cogens-definitionen skal virke i selve fikseringen af normer med jus cogens-kvalitet. Det var oprindeligt ikke tilfældet – begrebet var formelt; herpå ændrede dog principielt den anden betingelse om accept eller anerkendelse blandt stater af en norms jus cogens-kvalitet. Heller ikke den første betingelse er dog uinteressant. Det, som defineres i art. 53, er »a peremptory norm of general international law«. I den forbindelse er det så naturligvis givet, at normen må høre til – »general international law«. Men det i sig selv forhindrer ikke, at jus cogens kunne have relevans også ved regionale, folkeretlige normer, samh. Sztucki (1974) s. 106ff. Hindringen herfor er alene en modsætningsslutning fra art. 53. I princippet gør det samme sig gældende for den anden betingelse. Disse modsætningsslutningers basis er, at et folkeretligt begreb om jus cogens alene indeholdes i traktatretskonventionen – eller, såfremt det også måtte have alternativ hjemmel i fx en retssædvane, så i hvert fald ikke er mere omfangsrigt end begrebet i denne konvention, jf. i almindelighed om modsætningsslutningen *Ret og retfærdighed* s. 177 og *Retslæren* s. 327ff. Denne slutningsform implicerer, at det ikke med mening efterfølgende kan spørges, hvorvidt betingelserne i art. 53 svarer til fx en sædvanenorm om jus cogens.

En sådan implikation er dog på sin vis ingen tragedie. Såfremt jus cogens fandt sit ophav i én sædvanenorm, så måtte også denne norm selv være at betragte som jus cogens. Ellers ville den frit kunne derogeres og dermed underminere jus cogens som institution. Men såfremt denne sædvanenorm selv kunne forlene sig med status som jus cogens, så er behovet for ét, samlet ophav for hele institutionen forsvundet. En hvilken som helst anden sædvaneretlig norm måtte jo kunne tillægges samme potentiale, og dermed opsiges behovet for ekstern hjemmel eller samlet gyldighedskilde for jus cogens, samh. den anden betingelse i art. 53. Et tilsvarende argument rammer en eventuel opfattelse af art. 53 som jus cogens, se også kap. IX, 3.

Som (én) folkeretlig norm kan jus cogens som ovenfor skitseret heller ikke helt tvangsfrit binde an til en traktat. En sådan tilknytning kan tillige kritiseres fra et historisk synspunkt. Jus cogens som begreb oprandt ikke som mulighed med traktatretskonventionen eller en anden traktat, men havde særligt i årtier forinden ligget under for diskussion. Se for en historisk analyse Hannikainen (1988) s. 23ff., særligt s. 128ff., 150ff. og 194ff. Under denne tidligere diskussion blev begrebet om jus cogens beskyldt for naturretlig infektion, hvilket skal ses i sammenhæng med, at det intet klart, positivt, autoritativt udtryk havde fundet før 1969 (1980), samh. Danilenko (1991) s. 46.

Jus cogens er – som *pacta sunt servanda* – også blevet forstået som et almindeligt retsprincip i folkeretten, se fx Ago i YILC (1963) I s. 71, Rosenne i YILC (1966) I.1 s. 38. Også Verdross begrundede jus cogens i denne retskilde. Det hedder videre: »It could be objected against this argument, it is true, that the general principles of law have only a subsidiary validity in international law and are, therefore, only applicable if there are no contradictory customary or treaty norms. ... It is only reasonable as far as it applies to noncompulsory norms. But a compulsory norm cannot be derogated either by custom or by treaty law; if that were not so, compulsory norms could never be applied in international law. In this case the most essential and indispensable principles of law would be excluded from the realm of international law, a situation which necessarily leads to absurd results. A treaty norm, violative of a compulsory general principle of law, is, therefore, void; on the other hand, a general norm of customary international law in contradiction to a general principle of law cannot even come into existence because customary law must be formed by constant custom based on a general juridical conviction«, Verdross (1937) s. 573. Præmisserne for denne slutning er ikke helt troværdige. Den generelle forrang for traktat og sædvane frem for almindeligt retsprincip er i hvert fald ikke uomstridt, se til eksempel O'Connell (1970) s. 9. De sidste bemærkninger omkring retssædvaner er endnu mere diskutabel.

Hvorom alting er, så illustrerer Verdross' tvungne antagelse af jus cogens på tværs af egne præmisser om »general principles« og deres plads i et retskildehierarki, at om end også muligheden for antagelse af jus cogens som folkeretlig norm halter, må jus cogens antages – i hvert fald ifølge naturretens Verdross. Som ved *pacta sunt servanda* kalder dette skisma og udviklingerne i øvrigt også her på et alternativ. Samh. YILC (1966) II s. 248 ifølge hvilken ILC fandt det bekvemt »to leave the *full* content of this rule to be worked out in State practice and in the jurisprudence of international tribunals«, dvs. blive fuldendt som folkeretsnorm.

Jus cogens er en betegnelse for retsnormer, som går forud for andre – en betegnelse for forrangsnormer. Modsætningen hertil er *jus despositivum*. Begge begreber er udtryk for løsninger på normmodsigelse – eventuelt i hypotetisk form. Mest harmonisk er nu ikke regressens forståelse af til eksempel jus cogens som folkeretlig norm, samh. afsnit 2 ovenfor for den indvending, at forrangsnormen må forudsætte egen forrang, såfremt den skal kunne give én af flere modsigende normer forrang i sit eget normsystem. Jus cogens som princip må forstås som en metafolkeretlig norm; ikke tilhørende naturretten, men folkerettens metodelære. I princippet er der ingen forskel på funktionen af jus cogens og *pacta sunt servanda*. Allerede derfor bør det give stof til eftertanke, såfremt den ene forstås som en traktatsretlig norm og den anden som en sædvaneretlig norm. Den egentlige forskel er blot, at mens *pacta sunt servanda* har båret en stor del af folkeret-

tens udvikling, er en almindelig anerkendelse af (og behov for) jus cogens først oprindelig i nyere tid. Debatten omkring jus cogens er derfor en stærkere illustration af det pres, som original suverænitæt ligger på denne del af metodelæren.

En del af dette pres er den nuværende formulering af traktatretskonventionens art. 53. Når det kræves, at »no derogation is permitted« fra jus cogens, når normen skal tilhøre »general international law«, og når dens karakter af jus cogens skal være »accepted and recognized by the international community of States«, så mere end anes den ideologiske balast, som det har været nødvendigt at mobilisere forud for princippet antagelse. De nærmest lyriske tiltag fandt også forud for traktatretskonventionen mange udtryk: jus cogens som værn om »the ethical minimum«, Verdross (1937) s. 574 tjenende »the higher interest of humanity as a whole«, Verdross (1966) s. 59 og samme i YILC (1966) I.1 s. 37, eller som forsvaret for »overriding interests of the international community«, Hannikainen (1988) s. 207, »necessary to international life and deeply rooted in the international conscience«, Yasseen i YILC (1963) I s. 63, eller jus cogens som rammen om »the minimum of rules of conduct necessary to make orderly international relations possible«, Bartos i YILC (1963) I s. 76 og også Rozakis (1976) s. 29f. Eller kort og godt: reglerne er »self-evident«, Waldock i YILC (1963) II s. 53, jf. I s. 62.

Den her fremførte forståelse af jus cogens bryder derfor muligvis i et vist omfang med traktatretskonventionens art. 53. I metodelæren kan et naturretstjendeligt krav om accept eller anerkendelse fra »the international community of States as a whole« næppe opretholdes.

Dette krav var også prisen for kompromis mellem positivisme og jus cogens, se McNair (1961) s. 215, Tunkin (1974) s. 158, Rozakis (1976) s. 51, Hannikainen (1988) s. 166f. og 210ff., Danilenko (1991) s. 46, Fastenrath (1993) s. 323 og *Decay* s. 1 og 109 samt Akehurst (1987) s. 41 om »a requirement which is too logical and reasonable to be challenged«. Nu er det naturligvis ikke vanskeligt at finde naturretlige forløbere for netop jus cogens i en mere almindelig antagelse af absolutte normer. Videre kommer omkring århundredeskiftet teorier om ugyldige traktatsformål, se generelt Hannikainen (1988) s. 45ff. Denne teori fandt ofte sit udspring i naturretstegnende antagelser, fx von Martens (1883) I s. 405f. I den sammenhæng står antagelsen af »fundamental principles«, som ikke var at fravige ved traktat. Jus cogens er så blevet opfattet som næste perle på snoren, »immoral treaties is forbidden by general international law«, Verdross (1937) s. 576. Bartos refererer i YILC (1963) I s. 72 til »rational law rather than to positive law«. Hos Sztucki (1974) s. 59 hedder det: »insofar as there is no supranational authority which decides upon the jus cogens quality of norms and upon their content, one has to refer – in one way or another – to the law of nature, if strict meaning of jus cogens is to be preserved. The influence of thinking in terms of natural law has been manifest, i.e., in the emphasis put in the international legal literature on immoral and unethical, rather than on illegal, obligations ...«. Det sidste er forkert al den stund, at en (positiv) retsnorm udmærket kan henvises til moral og derved inkorporere et sådant normsystem helt eller delvist, hvorfor Sztuckis automatiske modstilling er fejlgrebet.

Som sådan er det dog forståeligt, at også jus cogens betragtes som endnu et specialfald af naturretten, se stadig Janis (1988) s. 53f. De normer, som søges værnet, er ikke meget forskellige fra tidligere tiders doktriner, »a feature common to them, or to a great many of them, evidently is that they involve not only legal rules but considerations of morals and of international good order«, Fitzmaurice i YBIL (1958) II s. 41 og tilsvarende Rosenne i YILC (1963) I s. 64. Denne materielle samklang har ansporet de fleste udfald mod jus cogens i indeværende århundrede. Det

har ikke ændret meget herpå, at doktrinen har skiftet klædedragt og er blevet formuleret gradvist mere positivt. Og det er tilsyneladende blevet negligeret, at dette er afgørende, eftersom et normsystem netop ikke kendes på indholdet af dets normer, se kap. II, 1 om den tværtimod formelle forskel på slagordene positivisme og naturret. Allerede teorien om indholdsmæssigt ulovlige eller ugyldige traktater favner ved nærmere eftersyn både forfattere med åbenbar hang til naturretten, fx Fauchille (1922) I.1 s. 28, samh. *Droit des Gens* Preliminaires § 9, og forfattere, der snarere tænker teorien som positiv ret; navnlig de sidste refererer ofte til »fundamental rights«, som det i sagens natur er naivt uden videre med Jellinek at forstå som naturretlige udløbere, saml. Brierly (1958) s. 4 og 8, Brierly (1963) s. 49, Kooijmans (1964) s. 143, Kelsen (1966) s. 243ff., *Lærebog* s. 41f. Samh. Hall (1904) s. 328f.: »The requirement that contracts shall be in conformity with law invalidates, or at least renders voidable, all agreements which are at variance with the fundamental principles of international law and their undisputed applications, and with the arbitrary usages which have acquired decisive authority. ... It may be added that contracts are also not binding which are at variance with such principles, not immediately applicable to the relations of states, as it is incumbent upon them as moral beings to respect«.

Desforuden er det ikke foruden ironi, når positiviseringen af jus cogens blev gennemført i én blandt flere betingelser. Såfremt det nu skal tage sig ud som en positivismens nødvendighed at fordrø særegen anerkendelse af også den enkelte norms status som jus cogens, så savnes dér så meget desto mere en begrundelse for de supplerende betingelser, som indeholdes i art. 53. Hvorfra kommer fx betingelsen om normens almindelighed? Hvordan kan der overhovedet kræves andre betingelser for jus cogens end staters indforståelse, jf. *opinio juris*? Er disse ekstra betingelser mon ikke i sig selv – naturretlige? Frelsen for disse spørgsmål er at påpege, at de ekstra betingelser i al væsentlighed er formelle. Men dog – de er der jo.

Såfremt art. 53 før tilføjes af det særlige anerkendelseskrav var ramme om jus cogens som blot et naturretligt opstød, er det ikke utvetydigt heldigt at veksle dette synspunkt til denne ene betingelse.

Opgivelsen af dette misforståede krav er ingen ulykke, saml. Rozakis (1976) s. 52, 54 og 76f., Sinclair (1984) s. 220, de Hoogh (1991) s. 187. Kravet om staters anerkendelse har da heller ikke i videre omfang indgået i den egentlige folkeretlige diskussion af jus cogens, herunder hvilke normer begrebet favner. Under møderne i ILC berøres anerkendelseskravet kun perifært af enkelte deltagere, se YILC (1963) I s. 69 med Tunkin og s. 73 med Yasseen samt YILC (1966) I.1 s. 38 med Tunkin, men indeholdes ikke i noget forslag herfra. Det blev først fremsat som et (politisk) kompromis på den efterfølgende konference. Ud fra disse betragtninger er der grund til at distancere sig fra art. 53.

Det er dog sandsynligt, at kravet om normens almindelighed i hvert fald ikke i sidste ende vil være at fravige i væsentlig grad, saml. Verdross & Simma (1984) s. 334, hvilket så også som implikation favner princippet materielle afgrænsning. Dette krav skal nemlig ses i sammenhæng med de bredtfavnende begrundelser, som almindeligvis har båret jus cogens, jf. ovenfor. Normer, som værner om vitale interesser, som vender sig mod tiltag »contra bonos mores«, kan dårligt tænkes ikke at have vundet universel udbredelse, samh. Virally (1990) s. 155, Rozakis (1976) s. 56, som dog ikke giver regional jus cogens-kvalitet forrang frem for en (næsten) global. Netop fordi normerne legitimeres ved deres fundamentale karakter, antages det almindeligvis dels, at deres forrang er absolut og total, dels, at kun et lille udsnit af folkeretlige normer kan indtage denne plads. Og i forlængelse af dette udtalte behov for legitimation ligger netop en opposition fæstet til staters

originale suverænitet, som ved jus cogens beskæres gennem præceptivisering af normsystemet.

På grund af oppositionen til original suverænitet formes jus cogens materielt, jf. ovenfor. En indledende skitsering af et princip om jus cogens i mere formel forstand følges som oftest af forsøg på materiel eksemplificering af princippet i folkeretten – fx henregnes forbud mod magtanvendelse, forbud mod genocide, mod rasediskrimination og mod forbrydelser mod menneskeheden til jus cogens. Ud over disse og andre normer, som udgør den ukontroversielle eksemplifikation af kerneområdet for jus cogens, kommer så fra tid til anden andre forslag. Brownlie til eksempel mener, at også principper om permanent suverænitet over naturressourcer og om folks selvbestemmelse nu må betragtes som jus cogens, Brownlie (1990) s. 513. Sztucki (1974) s. 82ff. opregner uden at præterere udtømmelse 39 normer (principper) – »both impressing and confusing«; se også Sztucki (1974) s. 119f. og mere kritiske Weil (1983) s. 424ff. og Wolfke (1993) s. 91.

Enkelte forfattere nævner *pacta sunt servanda* som eksempel på en norm af jus cogens-kvalitet, fx Sinclair (1984) s. 215, Janis (1988) s. 54 samt Tunkin i YILC (1963) I s. 197. Samh. Hannikainen (1988) s. 319f. En sådan antagelse er kompleks og kan næppe undgå af udspringe af forvirring. Den ville naturligvis forudsætte, at *pacta sunt servanda* var en folkeretlig norm, samh. afsnit 2 ovenfor. Se også Ago, som med Stufenbau i hånd vendte sig mod Tunkins hævde af *pacta sunt servanda* som en norm med jus cogens-kvalitet: »if that were so, then all rules of treaty law would become rules of jus cogens«, YILC (1963) I s. 200. Tilsvarende Virally (1990) s. 152: »s'il n'est pas possible de déroger à *pacta sunt servanda*«, hvorfor det er »une véritable contradiction in se«. Det er jo korrekt – men det fordi *pacta sunt servanda* netop ikke er en folkeretlig norm.

I alle tilfælde gøres det i art. 53 gældende, at disse folkeretlige normers præceptivitet er absolut, med Fitzmaurices ord »absolute and imperative«, YILC (1958) II s. 27 – normerne kan ikke ligge under for »derogation«. Dette krav er suspekt i sin påfaldende infleksible måde at give principper for normmodsigelsers løsninger. Enten kan (fx) retssædvanen i intet tilfælde fraviges ved traktat, eller også kan retssædvanen i alle tilfælde fraviges. Enten har sædvanen forrang i alle tilfælde, eller også har traktaten det. Kravet er dog uden væsentlig betydning. Jus cogens-kvalitet strækker sig i hvert fald ikke ud over den konkrete norms omfang, hvorfor en indskrænkende fortolkning af normen vil implicere derogation af jus cogens. Og da indskrænkende fortolkning, eksempelvis formuleret i skyggen af slagordet *rebus sic stantibus*, som anden subsumption i al væsentlighed er funderet på konkretionens skøn, er opstillingen i art. 53 mest af alt blot endnu et følelsesudbrud, bevæget af den originale suverænitets opposition. Se også Hannikainen (1988) s. 248ff.

David Kennedy har en lidt anden fortolkning af den store interesse for jus cogens i nyere tid: »Paradoxically, the concentration of the literature upon jus cogens would be replaced by a concentration upon jus dispositivum, if the number of norms recognized as jus cogens increased. Then one would need to ask, in considering changing a treaty, if the specific norms were, in fact, jus dispositivum. The theoretical concentration upon the exceptional category thus reflects the

concern of scholarship to delimit the sources of law abstractly», *Structures* s. 27, note 28. Denne tolkning er dubiøs. Også pacta sunt servanda tilkalder sig gentagen opmærksomhed, uanset at dette princip antages som hovedregel. Både jus cogens og pacta sunt servanda vender sig mod original suverænitet. Og interessen for principperne kan næppe forstås uden udsyn til denne opposition, idet jo også megen af interessen netop har gået i udforskning af dette modsætningsforhold og fx begrundelsen for pacta sunt servanda. I hvert fald er det ikke troligt med Kennedy at spejle diskussionen i (alene) tankeøkonomiske visioner.

Langt mere interessant er det i og for sig, at jus cogens omkring og efter traktatretskonventionens tilblivelse som princip har påkaldt sig vældig stor opmærksomhed, mens den materielle fiksering af normer med jus cogens-kvalitet har drejet sig om temmelig ukontroversielle normer. Næppe heller dette (mis)forhold kan forstås foruden iagttagelse af oppositionen til original suverænitet, se også afsnit 4. Den tankevækkende, diskussionsmæssige opdeling mellem et principielt spørgsmål om berettigelse af en institution og så et videre spørgsmål om samme institutions omfang findes også, hvad angår interventionsforbud og nationalitet – hvor oppositionen udgøres af et reflekteret suverænitetsbegreb fra intern ret, se kap. XIV og XV. I øvrigt er det en misforståelse, når Kennedy betragter jus cogens som en retskilde; jus cogens er en – kvalitet, jf. Cassese (1986) s. 175.

4. Begrebsdualisme i metodelæren

Det er ikke usædvanligt at se forsøg på begrebsmonismens gennemførelse i folkerettens metodelære. Pacta sunt servanda forsvares som et næsten ubrydeligt princip, der vender sig mod (original) suverænitet og – på grund af en misforståelse også mod – rebus sic stantibus. Eller modsat: jus cogens er et princip uden folkeretlig relevans, og enhver retssædvane kan fraviges af de suveræne stater. Begrebsmonismens enten-eller. Dette står imidlertid ikke til troende, eftersom allerede en anerkendelse af pacta sunt servanda og en fornægtelse af jus cogens er udtryk for en begrebsdualistisk tilgang, nemlig både anfægtelse og forfægtelse af (original) suverænitet. Og når begrebsdualismens enten & eller ikke kan fornægtes i metodelæren, er det besnærende at fortsætte analysen af de enkelte principper og i den sammenhæng bryde den begrebsmonisme, som ofte har været hævdet omkring hvert enkelt princip. De tidligere afsnit har vist, at metodelæren da heller ikke forstår de enkelte principper i begrebsmonismens lys. Pacta sunt servanda er en hovedregel, jus cogens en undtagelse. Hverken mere eller mindre – i dag.

Men samtidig er det sikkert korrekt, at jus cogens ikke er nogen bredtfavnende undtagelse, mens pacta sunt servanda er en endog temmelig svært brydelig hovedregel. Dét er ikke begrebsmonisme, men forenklingen frem mod begrebsmonisme har på grund af hovedreglernes tyngde været smigrende. Disse skæve vægtninger er at forklare – med original suverænitet. Både pacta sunt servanda og jus cogens vender sig mod at lade retssubjekternes øjeblikkelige vilje være retsstiftende. Principperne vender sig mod koblingen mellem vilje og normskabelse – på grund af allerede gældende normer. Derfor er principperne også formuleret og søgt legitimeret i opposition til original suverænitet. Og deres antagelse har for-d-ret overbevisningens understregning – men når penslen var ført, stod mesterværket også færdigt og i sin prangende skønhed og umådeholdne legitimation

påkalder det sig noget nær et eneherredømme. Mens *pacta sunt servanda* har magtet dette, står *jus cogens* i al væsentlighed stadig tilbage.

De bastante vægtninger af hovedregler og undtagelser bør således forstås i sammenhæng med staternes originale suverænitet – samme suverænitet, som besjæler retskildelæren og fortolkningslæren. Suverænitet er i denne sammenhæng det ukronede udgangspunkt. Kun en svækkelse eller nuancering af dette udgangspunkt vil afføde et mindre skær af begrebsmonisme over de enkelte principper i almindelighed. Det vil måske betyde en svækkelse af *pacta sunt servanda* og i hvert fald en styrkelse af *jus cogens*. Hertil kommer, at *jus cogens* også kan styrkes ad anden vej. Nemlig i det omfang stadig flere stadig mere konkrete rets-sædvaner fødes stadig kvikkere, men der er utvivlsomt en overgrænse herfor. Og traktatretskonventionens art. 53 gør det også ud for en – om end nok mest formel – hindring for en sådan udvikling.

Under alle omstændigheder er konklusionen klar: efter inkongruensproblemet hersker begrebsdualismen – i folkeretten.

KAPITEL XII

FOLKERETLIG SUVERÆNITET

1. *»Nothing in the Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state, or shall require the members to submit such matters to settlement under the present Charter; but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter 7«, FN Pagtens art. 2, stk. 7*

Umiddelbart kan denne bestemmelse, særligt vendingen »domestic jurisdiction«, forstås på to måder. Enten som den statslige jurisdiktion, der respekteres i folkeretten. Hermed garanterer bestemmelsen, at FN ikke vil handle folkeretsstridigt – hvilket for en retlig vinkel er en tautologi, da pagten i sig selv er en folkeretlig traktat, tilsvarende Brownlie (1990) s. 291ff. Og den – tautologiske – forståelse er da heller ikke i bedste overensstemmelse med, at forbehold for indgreb fra FN's side kun tages »in matters ... essentially within the domestic jurisdiction«. Lige-
frem uoverensstemmelse fordrer nok en modsætningsslutning, men uanset det er den alternative forståelse interessant. Efter den forståelse knyttes »domestic jurisdiction« til original suverænitet som et ikke fuldt ud dynamisk begreb. Tværtimod fordrer den originale suverænitet et reserveret domæne, som måske ikke til evig tid, men som dog i den relevante (sam)tid af princip holder folkeretlig regulering ude. Det er tanken om, at det af en højere normativ orden følger, at en del af den originale suverænitet er uoverdragelig. Denne tanke stemmer naturligvis ikke godt overens med, at Sikkerhedsrådet kan sætte sig ud over den.

Den sidste forståelse er og har været meget udbredt. Indre anliggender er et almindeligt politisk slagord. Og i folkeretlig teori har diskussion af et reserveret domæne været fremtrædende gennem lang tid. Mest af alt kan læren om et reserveret domæne ses som en gentagelse af inkongruensproblemet, samh. Jessup (1968) s. 41. Problemet er så blot givet et mindre format eller måske rettere en mere nuanceret løsning end det kontante og altfavnende valg mellem folkeret og suverænitet, som har været et tilbagevendende ståsted i diskussionen, se kap. VII, 1. Nuanceringen omkring det reserverede domæne tager sig sådan ud, at inkongruensproblemet efter en materiel fordelingsnøgle på nogle områder løses ved forkastelse af (original) suverænitet, på andre ved forkastelse af folkeret. På de første områder tillades folkeret derfor, mens folkeret på de andre områder, det reserverede domæne, er udelukket. I bund og grund er disse materielle nuancer dog et slet dække for en under alle omstændigheder begrebsmonistisk udgang på inkongruensproblemet. For selve formålet med skitsering af et reserveret domæne er ikke blot opstilling af et uinteressant negativ af den til enhver tid værende eller gældende folkeretlige regulering, men derimod opstilling af et konfrontationslys–

tent værn mod sådanne reguleringstiltag. Formålet med domænet er netop at foreskrive løsningen på en konfrontation med folkeretten. Og den løsning er ikke spor nuanceret, men tværtom en gentagelse af forrige århundredes fornægtelse af folkeretten – på det pågældende, større eller mindre område. Det reservede domæne er blot resultat af en kombination af de to begrebsmonistiske udgange på inkongruensproblemet. For så vidt står det stadig tilbage for den begrebsdualistiske løsning, som er skitseret i kapitel VIII.

Det reservede domæne kan som princip også sammenlignes med henlæggelsen af folkeretten i tidligere tider til naturretten, se navnlig kap. IV, 8. Her er forholdet så blot det omvendte: det (nu) reservede domæne er en reservation overfor folkeretlig regulering, hvor folkeretten tidligere var en naturretlig reservation overfor den interne ret, overfor statens tiltag.

Såfremt en begrebsdualistisk tilgang anlægges på inkongruensproblemet, så har det reservede domæne efter denne forståelse (heller) ikke megen betydning. Det kan gives den formulering, at det foreskriver, at såfremt et emne ikke er folkeretligt reguleret, så bliver det heller ikke med virkning for en hvilken som helst stat, medmindre denne stat samtykker heri og derved ophæver sin reservation, samh. Schwarzenberger & Brown (1976) s. 54. Og det er så ikke andet og mere end en sammenfatning af den originale suverænitets rolle i folkeretskildelæren, jf. kap. IX.

For at vende tilbage til FN Pagtens art. 2, stk. 7 så er den rette forståelse den førstnævnte: FN skal undlade intervention i den statslige jurisdiktion, som er folkeretligt anerkendt. Som sagt er dette en tautologi – fra en retlig vinkel. Men fra en politisk vinkel er det ingenlunde sådan, og FN er (også) en politisk organisation, samh. Kelsen (1966) s. 294ff. Se også Gerlach (1967) s. 43f., Jones (1979) s. 14ff. Denne forståelse er også bedst i overensstemmelse med den på mange måder mere klare, om end ikke mere heldige, formulering i Folkeforbundspagtens art. 15, stk. 8: »If the dispute between the parties is claimed by one of them, and is found by the Council, to arise out of a matter which by international law is solely within the domestic jurisdiction of that party, the Council shall so report, and shall make no recommendation as to its settlement«.

En række forskelle mellem denne artikel og FN Pagtens art. 2, stk. 7 kan umiddelbart påpeges. Mens begge bestemmelser angår organisationens intervention i mellemstatslige stridigheder, er det i Folkeforbundspagten op til »the Council« at afgøre, hvorvidt intervention er tilladelig, mens ingen sådan procesuel forskrift findes i FN Pagten. Det ligner en styrkelse af staternes (politiske) position under FN Pagten, samh. kap. VI, 3. Dette indtryk ændres ikke afgørende ved, at en anden forskel netop går på, at interventionsforbudet i FN Pagten ikke er absolut i den forstand, at det ikke gælder for Sikkerhedsrådet, idet også forbudet i Folkeforbundspagten var begrænset til endog nogle få artikler, se Brierly (1958) s. 82 og 88. Desforuden må det bemærkes, at mens kriteriet i Folkeforbundspagten var »international law«, er det i FN Pagten vendingen: »essentially within the domestic jurisdiction«. Ved den første formulering forstod PCIJ »matters which, ... are not, in principle, regulated by international law«, men dette domæne »is nevertheless restricted by obligations which it [a State] may have undertaken towards other States«, PCIJ Series B No. 4 s. 23f. Domænet var således alene af (politisk) betydning inden for Folkeforbundet og ikke en egentlig reservation over

for folkeretlig regulering, se for en fejlfortolkning af diktummet Kelsen (1966) s. 295f. Se også PCIJ Series B No. 7 s. 16. Forskellen i kriteriets formulering er derfor blot udtryk for en endelig drejning fra det på overfladen (noget) retlige til det (fuldt ud) politiske kriterium inden for et givent traktatkompleks.

Det reserverede domæne er ikke retligt relevant, hvilket vel er en endelig materiel svækkelse, en opgivelse af (original) suverænitet i sammenhængen, samh. kap. VI, 3. Se også *Structure* s. 215ff. i hvilken forbindelse, der kan henvises til kap. VIII, 3. Hvad angår de folkeretlige normer, kan de antages at være foruden original suverænitet. I denne materielle henseende er derfor alene *folkeretlig suverænitet* relevant – deraf navnet. Det reserverede domæne er ikke retligt at forstå som andet end negationen af øjeblikkets folkeretlige regulering. Som ekstern suverænitet har derfor heller ikke det reserverede domæne i sig selv nogen normativ funktion, samh. kap. VII, 1.

Dette kan kompliceres og relateres til rettighedssubjektivitet i medfør af nogle folkeretlige normer, hvis ubrydelighed så udgør reservationen, samh. Sørensen (1971) s. 64 som ved »Respekt for indre anliggender« forstod, at »ingen *udenforstående* stat eller international institution er berettiget til at blande sig i en stats *indre* anliggender«. Det er dog stadig en tautologi: det »udenforstående« kan selv sagt ikke flyde over i det »indre« og vice versa. Se også Waldock (1962) s. 173: »Out of the doctrine of sovereignty, however, grew another concept of a domain of matters of domestic jurisdiction reserved by international law itself to the exclusive jurisdiction of States«. Herved er det reserverede domæne på vej over i et begreb om territorial suverænitet, territorialhøjhed, der almindeligvis hævdes i folkeretten; herfor PCIJ Series B No. 4 s. 28 samt Brownlie (1990) s. 292, 366ff. og 631, *Topics* s. 409. Se videre afsnit 3 nedenfor.

2. Folkeretlig suverænitet – en første visit

Det følger af diskussionen i forrige afsnit, at der ikke i folkeretten i snæver forstand, dvs. når der bortses fra retskilde- og metodelæren, er plads til staters originale suverænitet, se også kap. VIII, 1. Tilbage står derfor et begreb om staters positive suverænitet – folkeretlige suverænitet, suverænitet i medfør af folkeretlige normer.

Folkeretlig eller positiv suverænitet (frihed) er kort sagt den (positive) frihed for tvang, som folkeretten afstedkommer – tilsigter at afstedkomme, såfremt normerne efterleves – i beskrivelsesrammer, som er negationer af den folkeretlige, jf. kap. VIII, 1. Det er en sikring af staten mod anden tvang end dén, som flyder af folkeretlig pligtsubjektivitet – en sikring ved folkeretten, folkeretlig rettigheds-subjektivitet. Folkeret er normer, normer er Sollen. De negerende beskrivelsesrammer, som den positive suverænitet måtte kunne knytte an til, er derfor ikke folkeret. De kan slet ikke tænkes som Sollen – fordi hvert normsystem, hver norm i princippet, hvad gyldighed angår, er selvstændig(t) og uanfægtet af andre syste-

mer, andre normer. Intet system har primat over et andet; intet system kan intervenere i et andet, jf. kap. II, 1 og VII, 2. Folkeretten kan ikke give grundlag for positiv suverænitet i andre normsystemer. Sådanne systemer har notorisk intet behov for beskyttelse og omsorg – som Sollen betragtet. De negerende beskrivelsesrammer må i stedet relatere sig til Sein. Folkeretlig suverænitet forudsætter derfor, at staten som Sollen kan relateres til staten som Sein og dermed til staten, som den tager sig ud i de ikke-normative beskrivelsesrammer, der nødvendigvis må være rammen om positiv suverænitet. Og såfremt den folkeretlige suverænitet skal kunne dække over normer, som tager sigte på at sikre stater over for andre stater, er det i forlængelse heraf en betingelse, at stater som Sein ikke er identiske; staten må have territorium eller befolkning, der ikke fuldt ud deles med alle andre stater, samh. afsnit 3.

Det skal understreges, at folkeretlig suverænitet uanset udsyn til Sein ikke baseres på en snigende legalistisk fejlslutning gående på den antagelse, at normerne er effektive, virksomme, sætter sig igennem. Folkeretlig eller positiv suverænitet er blot en gruppering af normer, som – *hvis* de er (var) effektive, samh. kap. IX, 1 – ville betyde opløsning af en tvangsfaktor i anden sammenhæng (beskrivelsesramme), fx af krig.

Denne entydige relatering til Sein er den første betingelse for, at et begreb om folkeretlig eller positiv suverænitet med rimelighed kan hævdes.

I denne sammenhæng skal det noteres, at positiv suverænitet ingen normativ forankring har i det normsystem, som begrebet defineres i forhold til; her i forhold til folkeretten. Det samme gælder (så) også for original, negativ suverænitet, der netop virker omkring bestemmelsen af de folkeretlige normer, samh. kap. VIII, 1. Positiv suverænitet tjener alene normbeskrivelsen, idet begrebet ordner eller grupperer en række normer til overskuelighedens fremme. Denne forståelse af positiv suverænitet som et fremstillings- eller beskrivelsesbegreb afføder nogle yderligere betingelser for dets rimelige anvendelse i folkeretten. Den analytiske værdi af positiv suverænitet betinges således af, at ikke alle folkeretlige normer trækkes ind under begrebet. I tæt sammenhæng hermed står den betingelse, at dét statsbegreb, som er at relatere til Sein, ikke bør dække kun én folkeretlig norm ind. For heller ikke da hjælper positiv suverænitet til fremme af nogen overskuelighed i beskrivelsen af folkeretlige normer. Derimod er det ikke som sådan nogen betingelse, at det Sein-relaterede statsbegreb dækker alle folkeretlige normer.

Det Sein-relaterede statsbegreb må i andre ord dække flere folkeretlige normer, som ikke alle er at gruppere under folkeretlig suverænitet. Dette er mindstekrav for, at et begreb om folkeretlig suverænitet har nogen mening, nogen analytisk værdi. I afsnit 3 afkridtes rummet for imødekommelse af disse krav.

3. »Es kann keine geteilte, beschränkte, halbe Gebietshoheit geben, so wie es keine geteilte, halbe, beschränkte Souveränität gibt«, *Das Problem* s. 82

Det står at læse i FN Pagtens art. 51, 1. pkt., at »Nothing in the present Charter shall impair *the inherent right* of individual or collective self-defence, if an armed attack occurs against a member of the organization, until the Security Council has taken the measures necessary to maintain international peace and security«.

Artiklen kan betragtes som en forrangsnorm. I tilfælde af modsigelse mellem pagtens øvrige artikler og den naturlige (inherent) selvforsvarsret, le »droit naturel«, har sidstnævnte forrang. At artiklen som hele pagten (traktaten) alene gælder for »a member of the organisation« turde være åbenbart, samh. FN Pagtens art. 2, stk. 6 og kap. IX, 3. Tillige synes artiklen at forudsætte, at den naturlige selvforsvarsret i hvert fald tilkommer alle medlemmer af FN – selvforsvarsretten er i egen natur(arv) universel.

Det diamentralt modsatte kunne forsøgsvis antages: selvforsvarsretten gælder, men ikke for nogen. Det er en norm uden norms subjekt. Men absurd, det er det også. Noget vrøvl; i sidste ende kan normer ikke tage sigte på andet end menneskelig adfærd. Forsøget kunne fortsættes: selvforsvarsretten gælder for alle, men ikke på noget sted. Også det ville være absurd og tilsvarende forvrøvlet – fordi intet menneske er foruden stedlig position. Og videre: selvforsvarsretten gælder for alle på alle steder, men ikke til nogen tid. Tilsvarende absurditet – fordi intet menneske er uafhængigt af tid. I andre ord: enhver norm forudsætter subjekt og dermed fx også rum og tid; enhver norm forudsætter »a sphere of validity«, »Geltungsbereich« med Kelsens ord.

Den nødvendige forbindelse mellem norm og subjekt, rum, tid (normsfære) er interessant i forbindelse med statens retlige begreb. Fra en (intern)retlig vinkel kan staten ikke forstås som andet og mere end et (internt) retssystem, hvorfor statsbegrebet netop bliver uden betydning for den interne ret, samh. *Ret og retfærdighed* s. 43f. og Ross (1959) s. 8f. Enhver anden forståelse vil være Sein – og for så vidt uvedkommende for (intern) ret og Sollen, jf. kap. II, 1. Herefter knyttes til staten, til retssystemet en kumulation af de deltagende normers normsfærer, herunder en kumulation af rum og personer. Dette kan udtrykkes i statens territorium og befolkning – i internretlig forstand. I den forstand favner territoriet altså steder eller rum, hvor (blot nogle) af retssystemets normer virker, mens befolkningen omfatter personer, der ifølge en eller flere normer er norms subjekter.

Disse internretlige overvejelser tvinger sig ikke igennem til folkeretten med logikkens styrke, saml. Kelsen (1966) s. 307f. og 381f. og hertil mere generelt *Decay* s. 45 om den monistiske wienerskole. Bestemmelser af folkerettens norms subjekter er i princippet et spørgsmål, som særegent kan afgøres af den enkelte norm; »In the opinion of the Court, the Organization was intended to exercise and enjoy, and is in fact exercising and enjoying, functions and rights which can only be explained on the basis of the possession of a large measure of international personality and the capacity to operate upon an international plane«, ICJ

Reports (1949) s. 174. Folkeretssubjekternes opregning bliver uundgåeligt et kludetæppe – men det ændrer ikke på, at staten til stadighed er det væsentligste folkeretssubjekt, samh. *Decay* s. 131. Folkeretten kan imidlertid ikke stille sig tilfreds med staters retssubjektivitet, idet staterne som uhåndgribelige, juridiske personer svæver ovenover menneskenes verden. Staternes retssubjektivitet giver for så vidt først mening, når staterne er blevet folkeretligt relateret til Sein – og tilendebringes analysen førend Sein-relateringen, vil det uundgåelige resultat blive folkerettens forlis, således *Decay* s. 4, 5, 7, 43, samh. s. 108ff. Fortsættes analysen omvendt, bør et folkeretligt statsbegreb påkalde sig interesse.

Der findes intet entydigt statsbegreb, som har vundet almindelig accept i folkeretlig teori og praksis. I kraft af ILC's tilbageholdenhed har art. 1 i Convention on Rights and Duties of States fra 1933 været teoriens vante udgangspunkt: »The state as a person of international law should possess the following qualifications: (a) a permanent population; (b) a defined territory; (c) government; and (d) capacity to enter into relations with the other states«; se AJIL (1934) official documents s. 75. Den sidste betingelse er noget nær tautologisk forstået på den måde, at »a person of international law« vel ikke uden besvær kan være foruden »capacity to enter into relations« med (andre) retssubjekter; når det således i »Starke's International Law« gøres gældende, at den fjerde betingelse er »the most important«, så dækker det over en afstandtagen fra konventionens materielle statsbegreb, som så i stedet erstattes af et formelt fremstillingsbegreb for stater, hvis udfyldning skydes ud af konventionens rammer, samh. Starke (1994) s. 85ff.

Den tredje betingelse om en regering (government), om handleevne kan ikke forstås foruden et effektivitetsprincip: en stat er først en stat, når den – som udøvende magt, som regering – har sat sig effektivt igennem på sit territorium, jf. fx Shaw (1991) s. 138 om »territorial effectiveness« som »the essence«. Særlig betoning har effektivitetsprincippet fået i John Crawford's »The Creation of States in International Law«. Heller ikke Crawford kan dog skjule samhørigheden mellem folkeretlige normer til bestemmelse af territorial adkomst og effektivitetsprincippet, hvilken samhørighed gør det vilkårligt, om territorium eller effektivitet (regering) skal betragtes som principalt; således hedder det på den ene side: »The only requirement is that the State must consist of a certain coherent territory effectively governed – a formula which demonstrates that the requirement of territory is rather a constituent of government and independence than a separate criterion of its own«; og på den anden side: »Moreover, international law defines 'territory' not by adopting private law analogies of real property, but by reference to the extent of governmental power exercised, or capable of being exercised, with respect to some area and population«, Crawford (1979) henholdsvis s. 40 og 42. Betingelser i statsbegrebet i form af territorium og effektivitet kan ikke holdes ude fra hinanden – men er i realiteten kun én. Og når det samtidig tages i betragtning, at effektivitetsprincippet op gennem dette århundrede har fået en betydeligt mere afdæmpet rolle i fikseringen af territorial adkomst og som sådan ikke længere er synonym med territorium, jf. kap. XIII, 1 og 3, bør den tilbagestående betingelse i statsbegrebet være adkomst til territorium, samh. Crawford (1979) s.

49, som netop inkorporerer afdæmpningen af effektivitetsprincippet i sit statsbegreb. Tilsvarende Shaw (1991) s. 139f.

Herefter bliver de centrale betingelser i statsbegrebet og dermed i den folkeretlige Sein-relateret af staten to klassikere: territorium og befolkning – i folkeretlig forstand.

Det er almindeligt i folkeretlige teori at nuancere statsbegrebet i højere grad end gjort i *Convention on Rights and Duties of States* og i den forbindelse opstille supplerende betingelser, se til eksempel Crawford (1979) s. 48ff., Brownlie (1990) s. 73ff., Shaw (1991) s. 140ff. Samh. Verdross & Simma (1984) s. 223ff., Oppenheim (1992) s. 120. Den mest udbredte tillæggsbetingelse er »independence« – uanset at den betingelse for en internretlig betragtning er en tautologi, jf. kap. VIII, 5, og for en folkeretlig betragtning blot er en gentagelse af metodelærens forankring i original suverænitæt, samh. kap. VIII, 1. En del forfattere anvender uafhængighedsbetingelse til klar udskillelse af forskellige (interne) statskonstruktioner såsom forbundsstater – uanset at fx delstater i en forbundsstat slet ikke i den forbindelse vil være folkeretssubjekter, herunder i øvrigt have egen adkomst til territorium og befolkning, og allerede af den grund er holdt ude fra en definition af staten som folkeretssubjekt, samh. ovenfor.

Som bemærket af John Crawford er den supplerende af statsbegrebet, sådan som det er udtrykt i fx *Convention on Rights and Duties of States*, ikke så meget orienteret mod statsbegrebets kerne som mod dets yderste grænse og afgørelsen af »the borderline cases«, jf. Crawford (1979) bla. s. 31. Samtidig taber nogle af de supplerende kriterier i vægt, når indsnævringen af statsbegrebet gennem yderligere betingelser følges af en stadig udvidelse af kredsen af andre typer af folkeretssubjekter som eksempelvis oprørspartier. De supplerende og forfinende betingelser omgør på ingen måde den ovenstående konklusion om, at territorium og befolkning er det folkeretlige statsbegrebs kerne.

Til folkerettens, den enkelte folkeretlige norms fiksering af normsubjekter hører almindeligvis – og i forlængelse af statsbegrebet – svar på fx spørgsmål om, hvorvidt en bestemt person er at regne for borger i en bestemt stat, og om, hvorvidt et bestemt jordstykke tilhører en bestemt stat, samh.: »The determination of a frontier line between two States is obviously a matter of international law«, *Frontier Dispute* s. 568. Heri ligger for så vidt ikke, at flere stater ikke kan være fælles om et territorium, eller at en person ikke kan have dobbelt statsborgerskab. Der impliceres heller ikke undsigelser af hverken terra nullius, pirater eller personer uden statsborgerskab. Og ej heller promoveres herved nogen almindelig formodning for, at samme statsbegreb dækker alle folkeretlige normer. Pointen er alene, at folkeretten, den folkeretlige norm almindeligvis ikke er foruden mulighed for at afgøre spørgsmål om endelig fiksering af staters territorium og befolkning. Og som specialfald heraf: »The delimitation of sea areas has *always* an international aspect; it cannot be dependent merely upon the will of the coastal State as expressed in its municipal law. Although it is true that the act of delimitation is necessarily a unilateral act, because only the coastal State is competent to undertake it, the validity of the delimitation with regard to other States depends on international law«, *Fisheries Case* s. 132. I almindelighedens fiksering af territorium og befolkning ligger nu ikke nogen materiel forskrift for, hvordan denne skal tage sig ud; det kan således ikke om territoriet afvises, at folkeretten blot

inkorporerer de internretlige løsninger af samme spørgsmål, saml. van Panhuys (1959) s. 155f.

I 1968, dvs. før ICJ afsagde dom i *North Sea Continental Shelf Cases*, prognosticerede Verzijl følgende svar på et afgrænsningsspørgsmål om kontinentalsokler: »The law of nations fortunately is much wiser than are the theorists, and it confines itself to saying: 'How I should like to help you with my rules, but alas, I have not yet been able to reflect sufficiently about the vast problems involved in this entirely new subject matter; excuse me therefore and be content for the moment with attempts at an amicable settlement; but I promise you that I will do my utmost to ensure that in future I shall no longer be obliged to leave you in the lurch'«, Verzijl (1968) I s. 277. Måske er det spor af samme holdning, som har givet førstenormen for kontinentalsoklens afgrænsning form af forhandlingsvejens betonedede anbefaling i *North Sea* s. 47, *Gulf of Maine* s. 292f. og 299 samt *Libya/Malta* s. 39.

Men som anført ovenfor ligger det ikke til folkeretten at forlade sig herpå. Egentlige normer for territoriets fiksering kan i almindelighed udfindes, også for den jurisdiktionsmodne kontinentalsokkel. Heri ligger intet potentielt brud med *opinio juris*. Kontinentalsoklen, herunder udstrækning af hver enkelt stats sokkel, er alene blevet et omsværmets spørgsmål i folkeretten, fordi stater er blevet indrømmet en begrænset, men eksklusiv jurisdiktion over soklen. De normer, som hjemler denne jurisdiktion, går næsten uundgåeligt hånd i hånd med en fiksering af selvsamme kontinentalsokkel. Såfremt de jurisdiktionshjemlende normer flyder af *opinio juris* – og det er ubestridt –, er der ingen svækkelse af dette princip at læse i nærværende, saml. *Gulf of Maine* s. 299.

Så vidt så godt. For et begreb om folkeretlig suverænitæt er det som nævnt i afsnit 2 nu afgørende, at staten mere entydigt kan relateres til Sein, kan hypostaseres. Denne relatering til Sein kan i folkeretten opnås ved fiksering af enten statens territorium eller befolkning, således at mindst et af disse begreber entydigt knyttes til Sein og dermed forbeholdes dén stat – i medfør af folkeretlige normer.

Sein-relateringen gennemføres folkeretligt i første række til territoriet, staten fikses til et eget stykke af jordkloden – territorium i folkeretlig forstand. »State territory is that defined portion of the globe which is subjected to the sovereignty of a state«, Oppenheim (1992) s. 563; »The legal competence of states and the rules for their protection depend on and assume the existence of a stable, physically delimited, homeland«, Brownlie (1990) s. 108; »Die Staaten sind menschliche Gemeinschaften, die in einem bestimmten Raume ihre Herrschaft ausüben«, Verdross (1964) s. 265; samh. Kratochwil (1994) s. 467. Se også kap. XIII, hvor normerne for territoriets fiksering skitseres. Grundlæggende for denne folkeretlige fiksering af territorium er dét, at staten har eget territorium (i folkeretlig forstand), forskelligt fra andre stater. Det er vel i den sammenhæng tvivlsomt, om en sådan *monosætning* er nogen selvstændig norm. Men om ikke andet er monosætningen et princip i den forstand, at folkeretlige normer for afgrænsning af territorium alle har det resultat for øje, at staten er ene om sit territorium.

I de folkeretlige normer for territoriets fiksering indeholdes ingen garanti for, at de er samstemmende med nogen folkeretlig norms normsubjekt og dermed med dét statsbegreb, som er det egentligt interessante i nærværende. Også normerne for territoriets fiksering har deres normsubjekter blandt stater, og disse er ikke nødvendigvis identiske med normens indhold, samh. *Ret og retfærdighed* s. 211:

»I folkeretten, fx, fremstilles i eet sæt regler hvilket område der henregnes til en bestemt stat som dennes territorium. At dette område har karakter af »territorium« er i sig selv *uden al mening*. En sådan opstår først i forbindelse med et andet sæt af regler, hvori udtrykkes hvilke retsfølger der knytter sig til et områdes karakter af territorium«; se til konkret illustration af Ross' synspunkt fx Crawford (1979) s. 32f. og Verdross & Simma (1984) s. 223, der ikke rigtigt finder nogle folkeretlige retsfølger at knytte umiddelbart til statsbegrebet og dermed statens territorium, befolkning. På den anden side har det næppe mening at fikse en stat i territorial eller for den sags skyld personel henseende, såfremt der ikke herved opnås i hvert fald en vis samklang med staten som folkeretligt normsubjekt. Samh. traktatretskonventionens art. 29. Dette meningskriterium afføder en formodning for samklang. Men egentlig samklang og dermed udfindelse af tû tû-begreber i normsystemet er ingen trivialitet, således som det implicit antages i mange fremstillinger af folkeretten, fx Brownlie (1990) s. 123. Samh. mere generelt Ross (1951) s. 468ff.

David Kennedy kommer ind på samme spørgsmål. Her indføres termen »process discourse« som et (norm)hul mellem folkeretskildelæren (sources) og de egentlige folkeretlige normer (substance) – »I mean doctrine and argument about problems of international participation or authority which are conducted relatively free of consideration of either substantive standards of behavior or sources of law«, *Structures* s. 109f. En videre opdeling af »process discourse« går i »Doctrines of 'participation' abstractly delimit[ing] the actors whose interests and nature will be constitutive of international law and whose substantive behavior will be controlled by international law« og »Doctrines of ... 'jurisdiction' abstractly delimit[ing] the avenues of legitimate interchange out of which authoritative norms grow and the spheres of activity which will be governed by substantive international law«, *Structures* s. 117. I andre ord går »participation« i folkeretlig normsubjektivitet, mens »jurisdiction« er en nærmere karakteristik af et bestemt normsubjekt eller type af subjekter – staten. Disse doktriner må nu ifølge Kennedy bæres af et svæv – »In order to retain their independence from both sources and substance, these doctrines treat participation issues in a particularly abstract way«, *Structures* s. 118. Svævet over hullet knyttes an til (endnu) et begrebspar – »objective« over for »subjective approach«: »The point of an objective approach to participation or jurisdiction is that it reflects sovereign equality, referring to sovereign treatment, thus preserving the neutrality of process and its independence from substance. Similarly, the point of a subjective approach to participation or jurisdiction is that it ratifies sovereign authority, defining the essential characteristics of sovereignty, thus preserving the independence of process from the consensual realm of sources«, *Structures* s. 122. Anvendelsen af dette begrebspar er i øvrigt underlagt synsvinklens vilkårlighed, alt »may be subject to reversal«, *Structures* s. 126, men på den anden side kan et (formelt) valg aldrig træffes, idet det vil udfylde (norm)hullet, *Structures* s. 128.

Dette er påstande. Kennedys oplevelse af argumentstrukturen er nærmest umulig at falsificere, såfremt »objective« og »subjective approach« i overens-

stemmelse med Kennedys oplevelse nu også er vilkårlige og særdeles tilpassningslette størrelser, se herom kap. XV, 1 med omtale af Kennedys analyse af *Nottebohm Case*. Mere interessant er her (norm)hullet. Det kan medgives Kennedy, at mange af de omhandlede principper ikke er folkeretlige normer som sådan. Det er op til hver enkelt folkeretlige norm at fikse og relatere sine subjekter og normssfære i øvrigt. Men heraf følger ikke en negativ, materiel afgrænsning af det folkeretlige normsystem (substance), som afskærer systemet fra at regulere fx territoriets udstrækning. For en principiel betragtning kan det naturligvis med Ross anføres, at sådanne normer ingen mening giver – »i sig selv«. Kennedy synes dog at have overspillet et tilsvarende synspunkt og som konsekvens antaget normhullet. For det må være klart, at ethvert meningskriterium i denne sammenhæng (også) er principielt suspect. Hertil kommer, at netop Ross' forbindelse mellem disse normer og så andre normer, som begunstiger det retlige system med (rets)virkninger, *Ret og retfærdighed* s. 211 citeret ovenfor, illustrerer »meningen« med normer for fx afgrænsning af territorium: disse virker som formodninger for (andre) folkeretlige normers normsfærer. Det er jo ikke sådan, at enhver normbeskrivelse følges af en omstændelige diskussion af den beskrevne norms normsfære. Derfor indeholder de fleste normsystemer en række normer, der foreskriver formodningsregler og dermed beforder den større klarhed over normsystemer, der eksempelvis mangler ved kontinentalsoklens bestemmelse (equity), der netop stort set ikke favnes af nogen formodningsregel. Fravigelser og brud på formodningen er dog selv sagt ikke umuligt; en kuriøs diskussion herom har i dansk forfatningsret været henlagt til gaderne i Paris, se nedenfor. Endeligt skal det anføres, at der ikke mellem disse betragtninger gemmer sig erkendelsesmæssige cirkler; da retsvidenskab er normbeskrivelse og ikke norm-inspiration (erkendelse), er der intet til hinder for, at formodningsreglen udstikker en formodning for også egen normsfære; om end dette heller ikke i princippet er tvungent.

Hvad nu angår Kennedy, så ligger han under for den samme forbindelse, som for Ross er meningsbærende. Den ene af hans hovedkategorier er – »jurisdiction«, og den implicerer en uddybning af staten som folkeretlig aktør; »delimit the avenues of legitimate interchange out of which authoritative norms grow and the spheres of activity which will be governed by substantive international law«, *Structures* s. 117. Senere hedder det sig: »Public international law concerning jurisdiction, by contrast, seeks to establish and delimit a field for sovereign powers. It deploys its doctrines and argument to differentiate sovereigns from one another, establishing an international regime of boundaries, both territorial and authoritative. Although jurisdiction discourse also operates independent of sources doctrine, it focuses on retaining its independence from substance – and upon its service to the substantive normative order. By defining the ambit of sovereign powers without elaborating normative limits to sovereign authority, jurisdiction discourse establishes an international legal regime without impinging upon sovereign autonomy«, *Structures* s. 151f. I andre ord er fiksering af territorium ikke blot en fiksering af et (muligt) normrum, men også af »authoritative boundaries«, af »the spheres of activity« – af »jurisdiction«. Tilsvarende *Topics* s. 125ff. Re-

gulering af staters (adgang til) jurisdiktion kan dårligt siges ikke at være et eksempel på »issues of sovereign conflict and co-operation«, elementer i »a social order« og som sådan egentlig folkeret (substance), samh. *Structures* s. 196. Og ved at antage en sådan enentydig kobling eller biimplikation mellem »substance« og territoriets fiksering, kan det sidste dårligt hævdes at være normtomt rum (hul), men synes snarere at burde forstås som del af – »substance«, af folkeretlige normer.

Disse overvejelser kan herefter ikke føre til andet end den konklusion, at et statsbegreb særligt via formodningsregler for fiksering af territoriet og dermed for normrum i folkeretten – og i sammenhæng med monosætningen, »to differentiate sovereigns from one another«, *Structures* s. 151 – er blevet relateret til Sein. Et begreb om folkeretlig suverænitet vil derfor kunne tjene analytiske mål i nærværende sammenhæng, samh. afsnit 2 ovenfor. Men hermed har den folkeretlige teori ikke stillet sig tilfreds. Almindeligvis kobles Sein-relationen – som hos Kennedy – til normer for myndighedsudøvelse i den ene eller anden forstand. Territorialhøjhedens grundsætning, »Gebietshoheit«, »territorial sovereignty«, »souveraineté territoriale« er denne traditions slagord; samh. Verdross & Simma (1984) s. 655 og 659f. Højheden gives ét af to udtryk. De fandt begge deres tilhængere i *The Case of the S. S. Lotus*, idet de synes at have været det udslagsgivende skel mellem dissens og ikke-dissens, samh. kap. IX, 2.

Først lød det fra de seks, ikke-dissentierende dommere:

»Now the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that – failing the existence of a permissive rule to the contrary – it may not exercise its power in any form in the territory of another State. *In this sense jurisdiction is certainly territorial*; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention. It does not, however, follow that international law prohibits a State from exercising jurisdiction in its own territory, in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad, and in which it cannot rely on some permissive rule of international law. Such a view would only be tenable if international law contained a general prohibition to States to extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, and if, as an exception to this general prohibition, it allowed States to do so in certain specific cases. But this is certainly not the case under international law as it stands at present. Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable. ... In these circumstances, all that can be required of a State is that it should not overstep the limits which international law places

upon its jurisdiction; within these limits, its title to exercise jurisdiction rests in its sovereignty«, *Lotus* s. 18f. og igen s. 25.

I andre ord hævdes en sammenhæng mellem territorium og jurisdiktion i tvangshåndhævelsens forstand, »sense«. Denne hævvelse lægger sig tæt op ad en særlig men ikke usædvanlig definition af et retsbegreb, nemlig ret som (fysisk) tvangshåndhævede normer, se fx *Ret og retfærdighed* s. 46. Samh. *Lærebog* s. 179. Videre kan da knyttes an til et effektivitetsprincip – »Dans cette configuration historique le territoire étatique apparaît comme le cadre d'une autorité qui, sous la dénomination de souveraineté, s'exerce de façon exclusive envers toute autre unité politique dotée de prérogatives semblables«, de Visscher (1967) s. 101. Tilslutning findes hos eksempelvis *Lærebog* s. 180 og 213, Oppenheim (1992) s. 564, Gulmann mfl. (1989) s. 137, Schwarzenberger & Brown (1976) s. 52, Kelsen (1966) s. 307f. For en misforståelse, se *Topics* s. 130f. og 139, hvor Heiskanen i realiteten – modsat PCIJ – tilslutter sig nedenstående udtryk for højheden.

Til forskel fra ovenstående diktum hed det sig senere i dommer Loders dissens:

»The family of nations consists of a collection of different sovereign and independent States. The fundamental consequence of their independence and sovereignty is that no municipal law, in particular case under consideration no criminal law, can apply or have binding effect outside the national territory. This fundamental truth, which is not a custom but the direct and inevitable consequence of its premiss, is a logical principle of law, and is a postulate upon which the mutual independence of States rests. The criminal law of a State applies in the first place to all persons within its territory, whether nationals or foreigners, because *the right of jurisdiction over its own territory is an attribute of its sovereignty*. The criminal law of a State may extend to crimes and offences committed abroad by its nationals, since such nationals are subject to the law of their own country; but it cannot extend offences committed by a foreigner in foreign territory, without infringing the sovereign rights of the foreign State concerned, since in that State the State enacting the law has no jurisdiction«, *Lotus* s. 34f. og igen s. 38.

Samme syn på sagen findes i dissenserne fra Weiss, Nyholm, Moore og Altamita, se *Lotus* henholdsvis s. 44f., 59f., 68 og 95; vedrørende Lord Finlays dissens henledes opmærksomheden på *Lotus* s. 51f. Dette udtryk for territorialhøjhed eller suverænitæt er ikke knyttet blot til tvangshåndhævelsen, men til statens jurisdiktion i almindelighed. I tilslutning til dette syn, eksempelvis Lawrence (1928) s. 48f., Brierly (1958) s. 77, Hart (1961) s. 69, Brierly (1963) s. 162, Schachter (1982) s. 245f., Verdross & Simma (1984) s. 655, Akehurst (1987) s. 143, Brownlie (1990) s. 108 og 287, *Rigsfællesskabet* s. 279f. Se også *Einheit* s. 34, *Das Problem* s. 82, O'Connell (1970) s. 599, jf. s. 325. Kritisk er Mann (1964) s. 23ff., saml. Mann (1984) s. 20ff.

Før end de to dikta diskuteres nærmere, skal én mulig misforståelse afblæses. I begge varianter gør højhedsretten det ud for en adgang til større eller mindre udøvelse af myndighed på et territorium, som prima facie er eksklusivt reserveret til den stat, der har adkomst hertil. Det vil være en misforståelse at opfatte denne højhedsret som blot et specialfald af statens negative eller originale suverænitet i gældende folkeret. Nok er frihed og original suverænitet udgangspunktet, jf. kap. IX, 2. Og således er det udgangspunktet, at stater kan virke og regulere, hvor de lyster. Højhedsretten er imidlertid så den videre antagelse, at staternes myndighedsudøvelse i en eller anden forstand begrænses til eget territorium – ved klynger af folkeretlige normer. Som pligtsubjekt er staten afskåret fra andre staters territorium, som rettighedssubjekt forskånet for konkurrence på eget territorium med andre stater. Den originale suverænitet berettiger derfor til en modsætningslutning fra pligtsubjektiviteten til, at staten har jurisdiktion over eget territorium, »within these limits, its title to exercise jurisdiction rests in its sovereignty«, *Lotus* s. 19 og hertil kap. IX, 2. Hertil kommer så rettighedssubjektiviteten, der sikrer denne højhedsrets eksklusivitet: udgangspunktet var jo frihed for også andre stater til fri udfoldelse, og kun ved disse andre staters iagttagelse af (klyngen af) de folkeretlige normer opnår staten eksklusiv jurisdiktion eller (blot) eksklusiv adgang til tvangshåndhævelse på sit territorium. De højhedsrettigheder, som her diskuteres, knytter derfor ikke an til original suverænitet. Dette forudsættes da også i begge dikta samt i teorien, eftersom højhedsret eller suverænitet kun benævner retlige kompetencer, over hvilke der i henhold til folkeretten hviler et prima facie-skær af eksklusivitet.

Når nu opmærksomheden igen vendes mod de to ovenfor refererede dikta fra *The Case of the S. S. Lotus*, skal det bemærkes, at der heri tilsyneladende rummes en vis vilkårlighed med hensyn til udstrækningen af de forskellige folkeretlige sæt eller klynger af normer. I det første diktum antages forbudsnormen mod tvangshåndhævelse uden for eget territorium at være generel, »a permissive rule« er påkrævet. Omvendt, når talen falder på (anden) jurisdiktion – her er ingen »general prohibition«, men tværtimod »a wide measure of discretion«, som kun gennembyrdes »in certain cases by prohibitive rules«. Helt modsat er det, hvad angår jurisdiktion i almindelighed ud over territoriets grænser, i Loders dissens at læse: »Like all exceptions, however, such an exception must be strictly construed and cannot be substituted for the well-established rule, to which it is an exception«, *Lotus* s. 35. Tilsvarende hedder det sig i fx Nyholms dissens: »Thenceforward it cannot be maintained – as the judgment sets out – that, falling a positive restrictive rule, States leave other States free to edict their legislations as they think fit and to act accordingly, even when, in contravention of the principle of territoriality, they assume rights over foreign subjects for acts which the latter have committed abroad«, *Lotus* s. 60.

Denne vilkårlighed i vurderingen af, hvad der er hovedregel og hvad særregel i relation til jurisdiktion (i almindelighed), har fundet sig et eget dansk udtryk. »Der er efter dansk forfatningsret intet i vejen for at det ved lov forbydes en franskmænd at ryge i gaderne i Paris. Noget andet er, at der kun vil være ringe mulighed for faktisk at håndhæve et sådant forbud, og at håndhævelsen ville pådrage Danmark et folkeretligt ansvar«, Ross (1959²) s. 16 med henvisning til engelsk, forfatningsretlig litteratur.

Hertil replicerede Max Sørensen i sin anmeldelse: »Kan dette virkelig være rigtigt? Det er givet, at der er folkeretlige begrænsninger – nogle ganske klare, andre vage og uskarpe – i en stats kompetence, både territorielt og personelt. Er det ikke rimeligt at indfortolke i alt fald de klare folkeretlige kompetencebegrænsninger som forudsatte begrænsninger også i de ved grundloven fastsatte kompetencer? Der er jo heldigvis spørgsmål, som en grundlovsgiver ikke mener

det nødvendigt at tage udtrykkelig stilling til, fordi svaret er selvfølgelig. At den danske forfatning, selv uden udtrykkelig forskrift, ikke i det væsentlige skulle holde sig indenfor de rammer, som folkeretten har afstukket for den, forekommer mig uantageligt», Sørensen (1959) s. 443. Se i tilslutning hertil Opsahl (1962) s. 289.

Siden svarede Ross (1980) s. 18: »Selv om en grundlovsbestemmelse som den omtalte skulle blive givet i Danmark – eller selv om vor nugældende grundlov skulle fortolkes som hævdet af Max Sørensen – følger heraf dog ikke den af ham hævdede konsekvens. Vel er det sandt, at begreberne territorium og befolkning er relevante for den folkeretlige afgrænsning af staternes magtsfærer, men denne relevans kan ikke udtrykkes på den måde, at de danner en grænse for de øverste statsorganers, specielt lovgivningsorganets, kompetence. Som udviklet i *Folkeret*, § 26, begrænser territorialhøjhedens grundsætning ikke staternes lovgivningskompetence, således at staten skulle være afskåret fra at knytte retsvirkninger til kendsgerninger, der har fundet sted udenfor territoriet, specielt også handlinger begået af personer der ikke er danske statsborgere. Enhver stat tillægger faktisk i vist omfang sin lovgivning ekstraterritorial og ekstrapersonal gyldighed«.

Skal Ross eller Max Sørensen følges? Spørgsmålet synes vilkårligt – i *Lærebog* s. 215 søger Ross fornuftens templer og i *The Case of the S. S. Lotus* gik seks dommere den ene vej, seks dommere den anden vej; heldigvis var der kun én præsident for domstolen, samh. (stadig) domstolsstatutens art. 55, stk. 2. Alene i Moores dissens brydes sammenhængen mellem formodning (hovedregel) – for eller imod ekstraterritorial jurisdiktion – og resultat. Og uanset at valg af hovedregel således tager sig væsentligt ud for den juridiske argumentation, så er det i princippet et kompliceret skøn over normers omfang, som impliceres. Omfangsbestemmelse af en norm tager sig ganske ubehændig ud uden for *lex specialis*-konstruktioner; der kendes ikke en formel for regelkrydsningers løsning, som foreskriver den mindre norms forrang. Almindeligvis vil valg af hovedregel derfor blot forfølge en juridisk tradition, og som *The Case of the S. S. Lotus* illustrerer, afføder dette valg en fortrøstningsfuld balast for selvopfyldelse, en art Ødipus-effekt spiraliseret ud langs en tidsakse i en hermeneutisk cirkel, som gentagne gange krydser den juridiske tradition med de konkrete retsnormers indhold og omfang. Problemet er så blot i nærværende, at der for så vidt ikke (længere) er nogen ubestridt og i den forstand triviel, ukontroversiel juridisk tradition at falde tilbage på. Som illustreret ovenfor er også den folkeretlige teori i dette århundrede delt på spørgsmålet, i hvert fald når et principielt (og bevidst) svar søges.

Begge udtryk for højheden kan imidlertid afstives – til ubrydelighed, blandt deres egne. Det er i den sammenhæng, suverænitetsbegrebet tjener.

Afstivningen tager sig almindeligvis ikke ud som en forståelse af højheden som kompetence-norm. Det vil da også være et utvivlsomt fejlgreb, samh. *Lærebog* s. 180 og 121f. om »kompetencefordelingsnorm«, herunder analogien til ejendomsretten, og også Max Sørensen ovenfor i forrige småtryk samt Mann (1964) s. 15f. og i øvrigt kap. I, 3. Fejlgrebets utvivlsomhed bunder i, at jurisdiktion umiddelbart er udøvelse af myndighed i medfør af intern ret. Staterne udnytter ikke jurisdiktion som en kompetence i folkeretten, som en kompetence til (fx) udstikkelse af folkeretlige normer. Territorialhøjhedens grundsætning betragtet som kompetencenorm er derfor en kobling på tværs af tvungen dualisme, samh. kap. VII, 2. I territorialhøjhedens grundsætning – som hævdes at være en folkeretlig norm – ville et folkeretligt fikseret territorium blive relateret til den jurisdiktion, som kan ligge i forlængelse af intern suverænitæt, jf. kap. VIII, 4. Her kobles altså fra

folkeret til intern ret. Når territorialhøjhedens grundsætning så videre præciseres eller modificeres – som afvigelserne noget vagt kaldes –, kobles der tilbage til folkeretlige normer for staters jurisdiktion.

Men selvom territorialhøjhedens grundsætning betragtes som forholdsnorm i folkeretten, undgås en parodi på dette fejlgreb ikke; fortsættelse følger – nedenfor.

Hvad angår det første udtryk for territorialhøjhed, som går på, at alene tvangsudøvelse, men ikke jurisdiktion som sådan er territorielt bestemt, så kan det afstives ved at udstille slægtsforholdet med et særligt, positivistisk retsbegreb som direkte nedstamning. Dette retsbegreb finder et særkende i tvangshåndhævelsen: »Ved en stat forstås i folkeretten det stabiliserede, selvstyrende samfund på territorial basis«, *Lærebog* s. 135.

Afstivning med dette retsbegreb er ikke uproblematisk. Første vanskelighed omkring begrebet er, hvad der forstås ved tvangshåndhævelse, således at denne adskiller sig fra både eftersidning i skolen og bankrøverens pistolklik. Kort sagt: hvori retsfølger adskiller sig fra følger af andre normbrud. Og – hvad der overhovedet legitimerer den opfattelse, at ethvert normbrud skal følges af en sanktion. Så selvom det skulle kunne antages, at et sådant særligt tvangshåndhævelsesbegreb kan gives, oprinder endnu et spørgsmål: hvad legitimerer en modsætningslutning fra dette begreb, således at alle normer, som ikke foreskriver den særlige tvangshåndhævelse, er at betragte som ikke-retlige; hvad legitimerer, at dette retsbegreb er retsbegrebet; hvad udelukker en bredere definition, som ikke blot dikterer en simpel modsætningslutning? Første problematisering går derfor i, hvorvidt der til enhver tvangshåndhævelse er knyttet retsnorm og jurisdiktion. Den anden og lige så afgørende problematisering går i, hvorvidt enhver retsnorm og jurisdiktion bakkes op af tvangshåndhævelse. I mangel af løsning på blot ét af de to problemer falder denne afstivning.

Jeg skal ikke her drive nogen vidtrækkende forfølgelse af emnet, men blot skitsere et par refleksioner. Problemet er i og for sig ikke at bestemme, hvorvidt en norm er en retsnorm eller ej. Problemet er alene at bestemme, hvilket begreb som forener de normer, der allerede er givet retlige. I andre ord er problemet ikke et retsdogmatisk erkendelsesproblem, men (alene) et retsfilosofisk spørgsmål; definitionsproblemet kalder ikke på preskription og erkendelseskæder ledende til det eneste rigtige retsbegreb, men er derimod forsøg på sammenfatning og deskription af de normer, der nu engang hører til retssystemet. I dette skær forekommer det mig tvivende, at udgangspunktet ikke tager form af formodning for ét simpelt retsbegreb, men derimod for, at retsbegrebet er defineret ved opregning, defineret ved de normer, som beskrives i retsdogmatikken, defineret ved den juridiske tradition. Eneste tvangsfrie udgangspunkt er for mig at se definitorisk mangfoldighed. Fra mange sider findes der bidrag til den opfattelse, at definition af ret ved tvangshåndhævelse i hvert fald ikke kan stå alene. *Lex imperfectum* kan således ikke undgå i sin tvetydighed at provokere synspunktet. Slående er det tillige, at eksempelvis Kelsen ikke forlader sig på dette retsbegreb alene, men også her bringer grundnormen i anvendelse og lader den forlene sit retssystem med særegenhed. (Tragi)Komisk er Kelsens omsiggribende og højtidelige diskussion af folkerettens retsskær i skæbnefællesskab med forståelse af krig som tvangshåndhævelse, se fx Kelsen (1966) s. 16ff. Delikat og forsvindende er Ross' konklusion: »Folkeretten er en konventionel, *tvangsfri* orden med afledet retspræg«, *Lærebog* s. 58. Samh. Hindmarsh (1932) s. 315: »International law, whether customary or conventional, has been assumed to rest ultimately on moral or non-physical sanctions«, »positive international morality«, Austin (1832) s. 12.

Efter min mening holder tvangshåndhævelsens retsbegreb næppe. Det bør således ikke afvises, at normer foruden sanktioner kan tænkes; normer for fiksering af territorium, til eksempel. Og i alle tilfælde: indtrykket af, at det her diskuterende retsbegreb er en overdreven forenkling eller trivialisering, står.

Afstivning af den anden formulering af territorialhøjheden kan tage sig ud som en sammensmeltning af territorium (og befolkning) i folkeretlig og i internretlig forstand. Territoriet i internretlig forstand er jo netop det område, hvor staten virker – og virker alene, set fra den internretlige synsvinkel. Se til eksempel *Rigsfællesskabet* s. 279 om »statens kvalitet« og med henvisninger til i første række »den statsretlige litteratur«, fra Holck til Zahle. En sådan systemoverskridende afstivning, et sådant mix af folkeret og intern ret, er selv sagt uheldigt. Hertil kommer, at et sæt normer for territoriets fiksering søges koblet til en jurisdiktionens normklynge, der egentlig stedligt er af væsentlig mere upræcis karakter, men som er søgt dækket bag den præcision, som præger normerne for territoriets fiksering. Herved er normklyngen, som regulerer jurisdiktion i almindelighed, blevet overpræciseret i territorielt henseende – og har derved ligget nærmest forsvarsløs for angreb fra det modsatte synspunkt. Overpræciseringen er skæbnessvanger for også afstivningen, »The territoriality of criminal law, therefore, is not an absolute principle of international law and by no means coincides with territorial sovereignty«, *Lotus* s. 20.

Apropos skibe, så kan den lidet tvangsfrie forståelse af et skib som flydende territorium, fx *Lotus* s. 23 og 25 samt Gulmann mfl. (1989) s. 140, Henkin (1989) s. 283, næppe heller ses som andet end en tilsvarende afstivning: fordi skibets flag udpeger den jurisdiktionskompetente stat, er skibet en del af statens territorium, fordi ønsket er en enentydig relation mellem territorium og jurisdiktion.

Begge former for afstivning sammenfattes ofte i ordet: »suverænitet«, hvilket ord i øvrigt alene udgør den hyppigste form for afstivning af koblinger mellem territorium og myndighedsudøvelse, jurisdiktion, *territorialhøjhed*. Højheden er suverænitet – uanset hvilket af dens to udtryk, der vælges. Men hvorfra kommer dette suverænitetsbegreb, begrebet om intern suverænitet i folkeretten – hvad ligger dér (heri)? Tvangshåndhævelsen står som indbegreb af internretlige retsfølger. Alternativets jurisdiktion favner (desuden) de faktiske, retsstiftende kendsgerninger i intern ret. Retsstiftende kendsgerninger og retsfølger er de sider af Sein, som kan omgive Sollen, den normative sammenknytning, og som i sidste ende er udtryk for, at normer ikke er fritsvævende ordgæder men direktiver rettet mod menneskelig adfærd. I intern ret er staten (retssystemet) suverænitetens subjekt, den (såkaldt) absolutte suverænitet fri for enhver normsubjektivitet, samh. kap. VIII, 5. Betegnelse af højhederne som suverænitet kan ikke forstås som andet end en *reflex* fra et sådant internretligt suverænitetsbegreb, samh. kap. I, 3 og i øvrigt om reflexens historiske rødder, kap. XVI, 2. Denne reflex er en interpolati-on, utilladelig i sit (i dag) systemoverskridende væsen. Og folkeretlig suverænitet, et fremstillingsbegreb, tjener ikke i den forstand noget analytisk formål – i folkeretten, samh. Brownlie (1990) s. 288: »The manner in which the law expresses the content of sovereignty varies, and indeed the whole of the law could be expressed

in terms of the coexistence of sovereignties»; »Sovereignty in the international law of to-day expresses simply the totality of the powers and rights which every independent States claims in virtue of its statehood and in its relations with other States«, Waldock (1962) s. 156.

Det manglende analytiske formål er særligt udtalt ved udlægning af suveræniteten og højhed som jurisdiktion (i almindelighed). Den normklynge, som ville være at henlægge til et sådant begreb om folkeretlig suverænitet, rummer ikke bag den territorialle overpræciserings dække en sådan grad af tilknytning til Sein, til territoriet, at det giver nogen mening at drive netop denne normklynge og ikke enhver anden folkeretlig rettighedssubjektivitet ind under den folkeretlige suverænitet, samh. afsnit 2 ovenfor; om der overhovedet er nogen anden rettighedssubjektivitet. Og mere skarpt: det giver ingen mening at karakterisere jurisdiktion i den ene eller anden form i medfør af folkeretlige normer som suverænitet i folkeretten. Folkeretlig suverænitet er netop den frihed, som følger af de folkeretlige normer i andre beskrivelsesrammer end folkerettens; folkeretlig suverænitet er netop positiv suverænitet i folkeretten, men negativ suverænitet i en anden beskrivelsesramme, jf. kap. IV, 7. Og en sådan anden beskrivelsesramme kan ikke være fx intern ret (Sollen), jf. afsnit 2. Eneste grund til at henlægge folkeretlige normer for jurisdiktion til et suverænitetsbegreb er derfor reflexen fra et begreb om intern suverænitet, samh. *Das Problem* s. 82; en interpolation, intern suverænitet er jo netop intern – i dag.

I princippet anes samme kritik hos Mann (1964) s. 15f.: »Legislative jurisdiction should be clearly distinguished from sovereignty. The doctrine of legislative jurisdiction answers the question whether and in what circumstances a State has the right of regulation. If, and insofar as, the right exists, it is exercised by the State in virtue of its sovereignty. The distinction is, therefore, pronounced. It is the same as that between public international law and municipal law in general; the former is the higher law which decides upon the rightful existence of power, the latter is the subordinated instrument whereby the State as sovereign gives effect to the power allowed by it«. Mann ligger dog under for nogen uklarhed omkring forholdet mellem intern ret og folkeret. Det er således ikke helt klart, hvad der bestemmer over/underordningsforholdet, men det bunder velsagtens i, at Mann beskriver jurisdiktion fra et folkeretligt og ikke internretligt perspektiv. Men at lade staten udøve denne jurisdiktion – i modsætning til den internretlige jurisdiktion – »in virtue of its sovereignty« er så et fejlgreb. Mann synes i andre ord også at forfalde til den flaksen mellem folkeret og intern ret, som konstituerer reflexen; samh. ovenfor i et tidligere småtryk om forståelse af højhed (suverænitet) som kompetencenorm.

I første omgang er denne reflex *formel*, eftersom det for så vidt blot er en strid om ord og suverænitetsbetegnelse, således når den danske grundlovs § 20 siges at give hjemmel for suverænitetsafgivelse, jf. kap. VIII, 5. Men – som begreb er suverænitet ikke ladet med tomhed. I intern ret er suveræniteten ubegrænset, hævet over norms subjektivitet, jf. kap. V, 4. Og dette begrebskendetegn kan overføres med reflexen, som således ville komme til at tage sig *materiel* ud. Denne mulighed, risiko, fare skal drøftes nærmere i de følgende kapitler.

De hidtidige overvejelser har gået i territorial Sein-relatering. Hertil kommer i anden række en gennemførelse af Sein-relateringen i folkeretten med udsyn til

befolkning og nationalitet, samh. Weis (1979) s. 36 om »the 'Vattelian fiction'«. Også her har den folkeretlige tradition tænkt videre og tænkt personalhøjhed, hvorved forstås, at der tilkommer staten »en ubegrænset magt over sine borgere«, *Lærebog* s. 235. Se også Sørensen (1971) s. 73 og Gulmann mfl. (1989) s. 138. De samme indvendinger, som ovenfor er blevet knyttet til territorialhøjhed, gør sig – mutatis mutandis – gældende med hensyn til denne personalhøjhed. Den finder sit udgangspunkt i forståelse af staten som Sein i form af personificering i undersåtterne, ikke mindst i statsborgerne – »Gleichwohl konnte sie jene nicht verdrängen, da jeder Staat primär ein Personenverband ist, dessen Grundlage ein persönliches Treueverhältnis zwischen Staat und Staatsvolk bildet«, Verdross & Simma (1984) s. 230; i *folkeretten*. Videre udtrykker personalhøjheden en selv med territorialhøjheden – forstået som eksklusiv jurisdiktion – uoverensstemmende kobling mellem statsborgere og jurisdiktion, som da heller ikke har været betegnet som ligefrem en *grundsætning*. Efter behag kan personalhøjhed forstås som en – måske tilladelig – personel over- eller underpræcisering. I alle tilfælde vil suverænitetsbegrebet også i dén sammenhæng være en *reflex*.

Konklusivt finder statens Sein-relatering sted gennem statens territorium og befolkning, sådan som det netop udtrykkes i folkeretlige statsbegreber. Det er omkostningsfrit at forstå statsbegrebet som ikke som sådan selvstændige normer men som rettere en sammenfatning af folkeretlige normer.

4. Roser og vilkårlighed

»What's in a name? That which we call a rose
By any other name would smell as sweet.
So Romeo would, were he not Romeo called,
Retain that dear perfection which he owes
Without that title. Romeo, doff thy name;
And for thy name, which is no part of thee,
Take all myself«, *Shakespeare*.

Pointen i dette i dansk retslære efterhånden næsten legendariske citat er den semantiske vilkårlighed, som omgiver valget af ord og sætninger som sproglige udtryk for en given mening. Uanset hvordan fænomenet benævnes, så ændrer det ikke på fænomenet. Rosen afstemmes ikke fysisk efter sit benævnelse; det gælder også de forelskedes kærlighed – om end det må være klart, at deres semantiske problem ikke er koblet til Romeo som fornavn, men til Montague som efternavn. Samme i princippet semantiske vilkårlighed omgiver den folkeretlige suverænitet. Ordet »suverænitet« anvendes om en række forskellige normklynger. Men meningen med denne anvendelse af ordet har fortonet sig – i uklarhed, samh. kap. I, 1. Det er særligt uheldigt, fordi folkeretlig suverænitet – som ord i almindelighed – blot tjener beskrivelsens lethed, i nærværende sammenhæng særligt ønsket om

en analytisk klar gruppering eller udskillelse af folkeretlige normer. Folkeretlig suverænitet har ingen anden berettigelse, end hvad udkomme dets hverv som analytisk fremstillingsbegreb måtte føre med sig. Det kan derfor ikke undskyldes at tømme begrebet for analytisk indhold – hvilket netop sker med den i afsnit 3 omtalte reflex. Det bør stå fast, at folkeretlig suverænitet alene relaterer sig til territorium respektiv befolkning som det folkeretlige statsbegrebs relation til Sein. Derfor klæder folkeretlig suverænitet som begreb ikke fx normer for jurisdiktion i almindelighed, der i et vist omfang i en kumulation af normrum overlapper territoriet, men som ikke holder sig herinde for, og som derfor bryder ud af kalejdoskopets ramme.

Folkeretlig suverænitet er et fremstillingsbegreb, som favner de folkeretlige normer, der har til hensigt at beskytte staten som Sein. Hvad angår territoriet, sammenfattes disse normer almindeligvis i et princip om non-intervention, et interventionsforbud. Et eksempel herpå er netop den selvforsvarsret i FN Pagten, som er omtalt indledningsvis i afsnit 3. Et andet eksempel er forbud mod staters tvangshåndhævelse af normer på andre staters territorier. Den fejlkobling, som blev beskrevet ovenfor i afsnit 3, bestod jo netop heller ikke alene i at knytte tvangshåndhævelse til territorium, men at koble jurisdiktion i form af tvangshåndhævelse til territorium – en sondring, som synes noget rigoristik, men som dog er velbegrundet som følge af en markant forskel i værdiladningen af de to koblinger eller sammenknytninger, samh. kap. XVI. Ross forstår i øvrigt intervention(sforbudet) som »i det væsentlige ... et politisk fænomen, ... [hvis] værdi efter omstændighederne måles med en politisk alen«, *Lærebog* s. 216.

Hvad angår befolkningen som eksponent for staten som Sein, bør den folkeretlige suverænitet favne normer, der beskytter statsborgerne – samt eventuelt statens repræsentanter i øvrigt – mod andre staters overgreb – på dem. Navnlig mindstekravene til behandling af fremmede statsborgere samt diplomatretten favnes heraf.

Interventionsforbudet diskuteres i kapitel XIV, mens normer til sikring af befolkningen (i øvrigt) er henlagt til kapitel XV. Forinden skitseres principperne for fiksering af staten som Sein i folkeretten, idet de ovenfor i afsnit 2 fastlagte mindstekrav erindres – fiksering af territorium behandles i kapitel XIII, spørgsmålet om nationalitet i kapitel XV, 1. Ud over at disse kapitler således beskriver normer, som med rette kan henlægges til et begreb om folkeretlig suverænitet, fungerer de samtidig som stadige studier i reflexen, særligt i materiel form. Disse sideløbende studier afsluttes i kapitel XVI.

Tilbage står at mærke sig Ross' ord om »suverænitetsbegrebet«:

»Man kan finde vidtløftige drøftelser af begrebets rette definition uden at det med ord siges, hvilken videnskabelig interesse der knytter sig til at opstille et sådant begreb. Man overser herved at videnskabens genstand er problemer og deres løsning. Begrebsdannelsen er alene et middel hertil, og ethvert begreb må derfor være knyttet til en bestemt problemstilling. Når begrebet, trods megen kritik, stadig kan spille en så dominerende rolle hænger det sikkert sammen

med, at der til det mere eller mindre bevidst er associeret følelsesbetonede forestillinger om statsmagtens *højhed* og *hellighed*«, Lærebog s. 39.

Denne sidste, massepsykotiske analyse er ikke helt overbevisende, samh. kap. I, 3. Først og fremmest er begrebsanvendelse tradition. Det gælder også suverænitets, herunder brugen af ordet som pendant til højhedsrettighed til dække for jurisdiktion, se kapitel XVI, 2 om denne brugs rod i naturretten. Der kan dog stadig spørges til meningen med et fremstillingsbegreb om positiv suverænitets eller frihed. Anvendelsen af disse begreber er muligvis befordret af inkongruensproblemet – som substitutter for den devaluerede originale suverænitets, samh. kap. VII, 1 og 4. For mig at se er berettigelsen dog klar. I virkelighedens verden er det vanskeligt at forestille sig en stat uden eget territorium eller befolkning. Og der er ingen tvivl om, at folkerettens hovedformål stadig er definition og værn af det internationale samfunds hovedaktør: staten som *Sein*. Det gør det nyttigt at samle disse normer i en *Sein*-suverænitets; også fordi den folkeretlige omgang med navnlig disse normer kan tænkes at være præget af den oplevede vigtighed.

KAPITEL XIII

TERRITORIAL SEIN-RELATERING

1. »*En se faisant, au cours des siècles, à la fois plus rares et plus pacifiques, les appropriations territoriales se sont progressivement soumises à des règles de droit dont l'effectivité dans la possession a toujours fourni le critère*«, de Visscher (1967) s. 101

Effektivitetsprincippet dækker i nærværende sammenhæng over territoriets henregning til den effektive besidder; »det gebet henregnes til en bestemt stat, hvor denne stats magtorganer udfolder sig effektivt og bestandigt«, *Lærebog* s. 181. I *Legal Status of Eastern Greenland* udtalte PCIJ: »Before proceeding to consider in detail the evidence submitted to the Court, it may be well to state that a claim to sovereignty based not upon some particular act or title such as a treaty of cession but merely upon continued display of authority, involves two elements each of which must be shown to exist: the intention and will to act as sovereign, and some actual exercise or display of such authority«, *Eastern Greenland* s. 45f. I det sidste, mere objektive element ligger et krav om et mindstemål af statslig myndighedsudøvelse. Elementets væsentligste slagside er at gøre det ud for skel-nemærke mellem modstridende krav (intentioner) om adkomst; »It is impossible to read the records of the decisions in cases as to territorial sovereignty without observing that in many cases the tribunal has been satisfied with very little in the way of actual exercise of sovereign rights, provided that the other State could not make out a superior claim. This is particularly true in the case of claims to sovereignty over areas in thinly populated or unsettled countries«, *Eastern Greenland* s. 46. I al væsentlighed er det objektive element derfor relativt. Modsat tager det subjektive element, »the intention and will to act as sovereign«, sig mere absolut ud – som en *conditio sine qua non*.

Det subjektive element har været omdiskuteret – som alle andre betingelser orienteret mod staters intention, hvad enten det er i selve folkeretten eller i retskilde- og metodelæren. Den subjektive betingelse, det subjektive element kaldes her *animus possidendi* (occupandi). Ian Brownlie giver en dækkende beskrivelse af kritikken: »However, it is notorious that the notion of animus possidendi may create more problems than it solves, and Ross has described the subjective requirement of the 'will to act as sovereign' as 'an empty phantom'. In truth the subjective criterion involves the imputation of a state of mind, involving a legal assessment and 'judgment', to those ordering various state activities. This approach expects too much and is unrealistic in seeking a particular and coherent intention in a mass activity by numerous individuals. Furthermore, the criterion begs the question in many cases where there are competing acts of sovereignty«, Brownlie (1990) s. 140, saml. s. 7 med betydelig større velvilje over for *opinio juris*. Den anden og sidste betragtning falder, allerede fordi *animus possidendi* ikke er eneste betingelse, men tværtom i tilfælde af modstridende krav lader et mere objektive element om »to decide which of

the two is the stronger«, *Eastern Greenland* s. 46. Den første betragtning hos Brownlie er i princippet blot en kombination af to indvendinger, som allerede er tilbagevist i kap. IX, 3: nemlig dels, at statsvilje eller –intention er en fiktion, og dels, at den er middelbar, uden for rækkevidde og iagttagelsesevne, omgivet med notoriske bevisvanskeligheder. Imidlertid modsiger den anden indvending den første: noget ikke-eksisterende kan slet ikke bevises og kan derfor ikke være omgivet af bevisvanskeligheder. Og selv den anden indvending om bevisvanskeligheder bøjer i hvert fald Brownlie af for ved at opstille tre funktioner for animus possidendi. Som den første nævnes, at adkomst til territorium ad denne vej alene kan tilkomme stater, hvilket imidlertid slet ikke er et spørgsmål om normindhold, men om norms subjektivitet. Dernæst gives animus possidendi den negative funktion, at såfremt den besiddende stat anerkender en anden stats adkomst til territoriet, erhverves det ikke; her er bevisvanskelighederne selvsagt intakte. I den sammenhæng skal måske ses den bevisbyrderegel, som gør det ud for den tredje funktion: »the dominant nature of the activity taken as a whole must be explicable only on the basis that the existence of sovereignty is assumed«. Bevisbyrdereglen forekommer dog noget firkantet, samh. kap. IX, 4.

Det subjektive element, animus possidendi (occupandi), er ingen analytisk krøbling, saml. *Lærebog* s. 197 om »primitiv animistisk mystik«. Animus possidendi er adkomstbegrebets pendant til opinio juris og afslører som sådan, at hvert enkelt territoriums grænser i princippet bestemmes ved egne folkeretlige normer, sådan som det allerede i 1814 blev lagt til grund i Wiener-traktaten, jf. kap. VI, 1. Det er imidlertid markant, at hvor opinio juris typisk formuleres med udsyn til flere stater, jf. »their being conscious of having a duty«, *Lotus* s. 28, er animus possidendi konsekvent formuleret i entalsform, »the intention and will to act as sovereign«, *Eastern Greenland* s. 46; hvor opinio juris i sin almindelige formulering lægger op til, at stater skal komme overens, er formulering af animus possidendi begrænset til staten, som altså udmærket kan være af en opfattelse uoverensstemmende med andre stater. Den formuleringstekniske forskel afspejler, at hvor der ved opinio juris tvangfrit kan sondres mellem den konkrete tvist og retsanvendelse, subsumption på den ene side og så normen mere generelt og med den tilslutningen til normen (opinio juris) på den anden, falder de to forhold sammen ved animus possidendi, netop fordi normen dér alene regulerer en konkret afgrænsning af et territorium. Forskellens konsekvens bliver, at det væsentlige i adkomstbegrebet bliver det objektive – og et centralt spørgsmål derfor, hvor langt det element i effektivitetsprincippet rækker; se også kap. XIV, 1 om nationalitet, hvor det objektive element er enerådende.

Som det anes af det første citat ovenfor fra *Legal Status of Eastern Greenland*, antog PCIJ ikke, at faktisk besiddelse var eneste vej til territoriums erhvervelse. Tværtom gav PCIJ udtryk for, at det gængse er »sovereignty based ... upon some particular act or title such as a treaty of cession«, *Eastern Greenland* s. 45. I nyere, positivistisk tid har en del forfattere imidlertid hævdet, at effektivitetsprincippet faktisk var det eneste, »Les titres proprement juridiques, tel qu'un traité de cession, n'opèrent pas par eux-mêmes établissement de la souveraineté; il ne suffisent pas davantage à la conserver. Le traité de cession, n'opère transfert que s'il est suivi par une prise de possession effective«, de Visscher (1967) s. 102. Se også *Lærebog* s. 150, 180ff. og 195ff., Kelsen (1966) s. 420ff., Crawford (1979) s. 40 og 42, Gulmann mfl. (1989) s. 139 og 140. Samh. Kelsen (1986) s. 21. Brierly

(1949) s. 148 så i princippet anerkendelse en mulighed for at undgå, at »advertise the impotence of the law«, »une résistance du réel opposée à certains aspects abusifs d'un pouvoir plus ou moins fictif«, de Vissher (1967) s. 7 – eller på latin: »Iudicia enim vigent adversus eos qui invalidiores se sentiunt : in eos qui pares se faciunt aut putant, bella sumuntur«, *Belli ac Pacis Prolegomena* [19]. Se tilsvarende *Corfu Channel* s. 34f. og *Decay* s. 88 om særligt interventionsforbud.

Antagelse af effektivitetsprincippet som omdrejningspunkt for al fiksering af territorium svækker i væsentlig grad et begreb om folkeretlig suverænitet. Der er ikke megen mening i at beskytte stater mod fysisk intervention, såfremt en sådan fysisk intervention under alle omstændigheder vil bringe statens eksistens til op-hør i takt med, at dens effektive besiddelse af territoriet glipper. »Würde der Grundsatz der Effektivität schrankenlos gelten, dann würde sich damit das VR selbst aufheben. Die Begrenzung des Effektivitätsprinzips zeigt sich mit besonderer Deutlichkeit in der Haltung des modernen VR gegenüber rechtswidrig begründeten Tatsachen, also etwa Änderungen des territorialen Besitzstandes, im Widerspruch zu Gewaltverbot und Selbstbestimmungsrecht der UN-Charta«, Verdross & Simma (1984) s. 52; se også Verzijl (1968) I s. 297. Dette er dog på den anden side en utvivlsom overdrivelse. Effektivitetsprincippet genkalder ikke inkongruensproblemet. Princippet er ikke i strid med antagelse af folkeret, allere-de fordi princippet i sig selv er netop en folkeretlig norm; se hertil diskussionen i afsnittets slutning. Princippet udrydder heller ikke alle andre folkeretlige normer, eftersom opinio juris ikke altid afkræves nye stater, jf. kap. IX, 3. Retten til uska-delig passage i ydre territorialfarvand ville stå. De normer, som et effektivitets-princip modsiger, er normer, som netop i et dynamisk perspektiv vender sig mod, at det effektive er det retmæssige; fx forbud mod magtanvendelse, herunder in-tervention – FN Paktens art. 2, stk. 4.

Enkelte forfattere har søgt at sætte sig ud over denne diskussion: »Men dette udelukker ikke at den faktisk bestående tilstand kan være folkeretsstridig. ... de højhedsretlige virkninger knytter sig til den faktiske besiddelse af et vist territori-um, hvilket ikke udelukker at besiddelsen kan være retstridig«, *Lærebog* s. 181; »Die territoriale Souveränität (territorial sovereignty) wird meistens mit der Ge-bietshoheit (territorial supremacy) verwechselt. In Wahrheit decken sich aber beide Begriffe nicht. Das ergibt sich schon daraus, daß ein Staat die territoriale Souveränität über ein bestimmtes Gebiet besitzen kann, in dem zugleich ein an-derer Staat die Gebietshoheit ausübt«, Verdross (1964) s. 266f. Se også Verdross & Simma (1984) s. 655 og 659f. I et vist omfang kan disse tiltag imødekommes. De opgiver nemlig fejlkoblingen mellem normer for territoriets fiksering og så normklyngen, der regulerer jurisdiktion eller adgang til tvangshåndhævelse, samh. kap. XII, 3 om territorial overpræcisering. Men reflexen fra det internretli-ge suverænitetsbegreb består. Verdross taler stadig om »Die territoriale Sou- vranität«, uanset at det må være klart, at denne suverænitet uden (fejl)koblingen mister enhver tilknytning til Sein. Se også kap. XII, 2. Når der bortses fra reflexen og fra den inkonsekvens, som består i samtidig anfægtelse og forfægtelse af (fejl)koblingen, er de undvigende synspunkter uinteressante, fordi de blot gør det

ud for en fortsat understregning af den effektive besiddelse som eneste omdrejningspunkt for de normer, der bestemmer territoriets fiksering.

Alf Ross magtede i øvrigt ikke en tvangfri gennemførelse af effektivitetsprincippet. Det afsløres i følgende slutning: »Derimod medfører den blotte invasion, eller den foreløbige, militære okkupation ... endnu ikke egentlig overgang af territoriet. Men den krigeriske okkupation medfører dog, som en mellemtilstand, at territorialhøjheden i vist omfang overgår til okkupanten. At der dog kun er tale om udøvelse af denne på modstanderes vegne *fremgår af en række folkeretlige regler* om den krigeriske okkupation der i hovedsagen går ud på, at okkupanten overtager den politiske magt, men – med forbehold af sine militære interesser – er pligtig at udøve denne til bevarelse af status quo og beskyttelse af befolkningens private, økonomiske, og kulturelle liv på det hidtige retsgrundlag«, *Lærebog* s. 196. Passagen indeholder en slutning fra »en række folkeretlige regler« til omfanget af okkupantens del i territorialhøjheden. Ross afleder territorialhøjhed af normer for territoriets henregning og ikke af den effektive besiddelse af territoriet.

Teorien om effektivitetsprincippet som eneste omdrejningspunkt for den normative fiksering af staters territorium står ikke alene. Tværtimod skal den ses og forstås i sammenhæng med et begreb om ret (stat) som tvangshåndhævede normer, se fx *Lærebog* s. 179. Charles de Visscher gjorde sig til tidens talsmand for effektivitetsprincippet som folkerettens krumtap, »elle reflète hautement l'esprit de ce droit«, de Visscher (1967) s. 11 og tilsvarende fx Balekjian (1970) s. 5 og 9ff. Se også Bleckmann (1982) s. 85. Denne ophøjelse af effektivitetsprincippet bryder med dets historiske rødder, som findes i reaktioner på Tordesillas-traktaten i kampen mellem europæiske stater om kolonisering af alene det uciviliserede terra nullius, jf. Grewe (1984) s. 313 og 464 og ovenfor i kap. III, 2.

Den mere moderne betoning af effektivitetsprincippet er en overbetoning grundende på interpolation af et særligt stats- eller retsbegreb. I sig selv er dette begreb ikke heldigt, se kap. XII, 3. Og effektivitetsprincippet finder ikke støtte i folkeretlige normer som omnipotent princip. Tværtom er der tale om greb af ét blandt flere principper, som herefter er blevet pustet op.

Effektivitetsprincippets omnipotens finder da heller ikke på nogen måde støtte i det diktum, som indledningsvis blev citeret fra *Legal Status of Eastern Greenland*. PCIJ gør i dommen gældende, at »the critical date is July 10th, 1931«, *Eastern Greenland* s. 45, dvs. dagen for Norges fremsættelse af krav om adkomst til Østgrønland. Ses det i sammenhæng med, at dommen foreskriver krav om »some actual exercise or display of such authority«, *Eastern Greenland* s. 46, så kunne det herud af læses, at PCIJ i denne sag tilsluttede sig effektivitetsprincippet, den stadige hævde af myndighed som afgørende kriterium for adkomst. Domstolens krav om »critical date« må dog ses i sin egen sammenhæng, som refererer til »The Danish claim«, der »alleges – to use the phrase employed in the Palmas Island decision of the Permanent Court of Arbitration, April 4th, 1928 – a title 'founded on the peaceful and continuous display of State authority over the island'«, *Eastern Greenland* s. 45. I sammenhængen bør »the critical date« derfor blot forstås som det seneste tidspunkt, hvor den stadige hævde af dansk myndighed skal være vekslet til adkomst til territorium, samh. ICJ Reports (1950) s. 59f. I den forbindelse kan PCIJ's nedtoning af effektivitetens minimum bemær-

kes, se *Eastern Greenland* s. 46ff., fx s. 48: »That the King's claim amounted merely to pretensions is clear, for he had no permanent contact with the country, he was exercising no authority there. The claims, however, were not disputed. No other Power was putting forward any claim to territorial sovereignty in Greenland, and in the absence of any competing claim the King's pretensions to be the sovereign of Greenland subsisted«, samh. Smedal (1930) s. 56ff. og 73ff. Effektivitetsudøvelse – af hvilken »Legislation is one of the most obvious forms«, *Eastern Greenland* s. 48 – tager sig herefter mest af alt ud som bevisdatum for intention, både hos den besiddende og hos andre stater, samh. Lauterpacht (1950) s. 416: »What is true is that, all other things being equal, effective occupation constitutes, except as against the lawful sovereign, a title superior to any competing title«.

I *Affaire de l'île de Clipperton* formuleredes betingelserne for adkomst over (tidligere) »territorium nullius« i den italienske konges voldgiftsdom fra 1931 som følger: »Il est hors de doute que par un usage immémorial ayant force de loi juridique, outre l'animus occupandi, la prise de possession matérielle et non fictive est une condition nécessaire de l'occupation. Cette prise de possession consiste dans l'acte ou la série d'actes par lesquels l'État occupant réduit à sa disposition le territoire en question et se met en mesure d'y faire valoir son autorité exclusive. En bonne règle et dans les cas ordinaires, cela n'a lieu que lorsque cet État établit sur le territoire même une organisation capable de faire respecter ses droits«, *Clipperton* s. 1110. I denne passage indeholdes et krav om effektiv besiddelse, som afviger fra det, der er skitseret i *Legal Status of Eastern Greenland*. I dén sag var den blotte lovgivning »one of the most obvious forms of the exercise of sovereign power«, *Eastern Greenland* s. 48. I nærværende sag tages front mod »possession matérielle et non fictive« og et (større) krav om effektiv fysisk besiddelse opstilles – som hovedregel; det hedder sig nemlig nu videre: »Mais cette mesure n'est, à proprement parler, qu'un moyen de procéder à la prise de possession et par suite ne s'identifie pas avec elle. Il peut y avoir aussi des cas où il n'est pas nécessaire de recourir à ce moyen. C'est ainsi que, si un territoire, par le fait qu'il était complètement inhabité, est, dès le premier moment où l'État occupant y fait son apparition, à la disposition absolue et incontestée de cet État, la prise de possession doit être considérée, à partir de ce moment, comme accomplie et l'occupation est achevée par cela même«, *Clipperton* s. 1110. Voldgiftsdommen tillagde herefter adkomsten til Frankrig – ud fra en fransk løjtnants proklamation af fransk suverænitet i 1858, idet »Il n'y a aucun motif d'estimer que la France ait ultérieurement perdu son droit par derelictio, puisqu'elle n'a jamais eu l'animus d'abandonner l'île, et le fait de n'y avoir pas exercé son autorité d'une manière positive n'implique pas la déchéance d'une acquisition déjà définitivement achevée«, *Clipperton* s. 1110f.

Begge sager går i retning af at forstå den effektive besiddelse som ikke i første række statsmagts fysiske manifestation gennem tvangshåndhævelse af retsnormer, men som myndighedsudøvelse i mere bred forstand, herunder ikke mindst lovgivningsaktivitet. Saml. stadig Oppenheim (1992) s. 688f. Denne modifikation

af princippet er et grundstød mod den ovenfor refererede lære om, at adkomst til territorium er lig fysisk faktisk besiddelse af samme. Dette peger ikke nødvendigvis frem mod sammenbrud af de folkeretlige normer for territoriets fiksering. Men det peger på, at disse normer ikke i første omgang er orienteret mod den effektive fysiske besiddelse. Ikke-fysiske, såkaldt fiktive kriterier er påkrævet. Praksis kan i høj grad forstås derhen, at det afgørende, objektive element i adkomstbegrebet er en vægtning af staters udøvelse af myndighed i bred forstand, hvorved det bestemmes, hvilken stat der har – og har haft – den egentlige adkomst; spørgsmålet går derfor i vægtning af de udslag, som staternes intention, »the intention and will to act as sovereign«, *Eastern Greenland* s. 46, har ført med sig. »What is of decisive importance, in the opinion of the Court, is not indirect presumptions deduced from events in the Middle Ages, but the *evidence which relates directly to the possession* of the Ecrehos and Minquiers group«, *Minquiers & Ecrehos* s. 57 og tilsvarende s. 59 samt s. 71: »As to the above-mentioned acts from the nineteenth and twentieth centuries in particular, including the buoying outside the reefs of the group, such acts can hardly be considered as *sufficient evidence of the intention of that Government to act as sovereign* over the islets; nor are those acts of such a character that they can be considered as involving a manifestation of State authority in respect of the islets«. Se også *Minquiers & Ecrehos* s. 67.

I disse sager har spørgsmålet således ikke været, hvilken stat adkomsten skulle tildeles, men hvilken stat som allerede havde adkomst til territoriet. Det kan også formuleres derhen, at spørgsmålet om adkomst lægges ud til de enkelte staters intention (*animus possidendi*). Princippet formuleres klart af Max Huber, voldsgiftsdommeren i *Island of Palmas Case* fra 1928: »It appears to follow that sovereignty in relation to a portion of the surface of the globe is the legal condition necessary for the inclusion of such portion in the territory of any particular State. Sovereignty in relation to territory is in the present award called 'territorial sovereignty'«; »the continuous and peaceful display of territorial sovereignty (peaceful in relation to other States) is as good as a title«, *Island of Palmas* s. 838f. og 839. Sagerne går i udøvelse af myndighed (jurisdiktion), fordi sådan udøvelse forudsætter adkomst til territoriet – i henhold til folkeretlige normer. Argumentet er i andre ord funderet på den territoriale overpræcisering af jurisdiktionens normklynge, »the functions of a State«, som er blevet analyseret i kapitel XII, 3. For så vidt betyder det blot, at argumentet ikke kan fungere som universelt kriterium. Men det implicerer tillige en afstandtagen fra blot at se effektivitetsprincippet som tvangshåndhævelsens synonym og dermed fra det retsbegreb, som i teorien har støttet effektivitetsprincippet som almenyldigt omdrejningspunkt, også ved fiksering af territorium. I stedet har effektivitetsprincippet i praksis sigtet til staters egen mening om rette adkomsthaver og lader de udtryk, som en sådan intention finder i udøvelse af jurisdiktion, være et væsentligt kriterium.

Efter det positivistiske intermezzo har effektivitetsprincippet igen fundet hvile i en position, som er dækket af en betydelig mængde historisk stov. Dets hege-

moni hævdes stort set ikke længere i teorien, »it is not a magical formula applicable to all situations«, Lauterpacht (1950) s. 418. Se også Crawford (1976/7) s. 95.

Den teoretiske reaktion mod det bredtfavnende effektivitetsprincip finder et klart, men overdrevent udtryk i Verzijls karakteristik af princippet som »the magical effect of causing hard facts to prevail over existing legal positions, or to effect by their own force changes in the existing law«, Verzijl (1968) I s. 293. Nogenlunde samme udtryk medgives effektivitetsprincippet i Anthony Cartys »The Decay of International Law?«. Også Carty vægter effektivitetsprincippet som meta-folkeretligt: »The State had seized territory by its own strength. It had not been given it by an international legal order, which had determined that certain conditions had been met for the acquisition of territory«, *Decay* s. 49, og sammenfatter princippet i »the leap from the fact that States assert and exercise control over territory to the postulate that an international legal system exists«, *Decay* s. 56. Herefter umuliggjorde effektivitetsprincippet alskens muligheder for folkeretlig regulering – »The effect of taking over private property concepts into a supposed international law of territory was to make it conceptually impossible even to pose the question whether a people could have a right to self-determination«, *Decay* s. 53, jf. s. 47 for mere generelle betragtninger.

Det afgørende fejlgreb bag synspunkter som Cartys er, at effektivitetsprincippet naturligvis ikke er andet og mere end en folkeretlig norm, jf. Crawford (1979) s. 4; effektivitetsprincippet er ikke »hard facts« og Sein, men Sollen: en norm, som positivistisk drevne forfattere gav et ubegrænset omfang, hvilket moderne folkeret kraftigt har indsnævret. Ved at hæve effektivitetsprincippet op over folkeretsnormerne, men dog stadig betragte princippet som folkeretligt, formår Carty at tilføre folkeretten netop den forarmelse (»decay«), som han ellers hævder er folkerettens egen. Særligt udsøgt tager Cartys fejlgreb sig ud, når effektivitetsprincippet – efter som metafolkeretligt Sein-princip at have kortsluttet forskellige (mulige) folkeretlige normer – afslutningsvis sænkes ned til folkeret og Sollen med disse ord: »Now the most that a possible legal order could mean is that the principle of effectivity with respect to territorial change has legal character«, *Decay* s. 56. Havde Carty fra først af anlagt denne – den eneste meningsfulde – forståelse af effektivitetsprincippet som en (mulig) folkeretlig norm, havde han undgået sit vidnesbyrd om folkerettens forfald og umuligheden af normer om fx folkenes ret til selvbestemmelse, samh. *Decay* s. 53ff., jf. s. 47. Cartys analyse og kritik af folkeretten som sådan er et ypperligt eksempel på materiel anvendelse af reflexen fra et internretligt suverænitetsbegreb – og i forlængelse heraf: på den ulykke, som dén reflex kan afstedkomme, se hertil kap. XII, 3 og mere generelt kap. XVI, 4.

I det øjeblik reflexen brydes og drejes bort fra folkeretten, er effektivitetsprincippets rolle i folkeretten af i dag langt mere afdæmpet. Effektivitetsprincippet gør det i tilfælde af strid om opnåelse af adkomst til et territorium ud for et skøn over, hvilken animus possidendi og dermed i nogenlunde afledt form: hvilken udøvelse af jurisdiktion der er mest kvalificeret, jf. afsnit 3 nedenfor. Effektivitetsprincippet bygger således på idéen om et skøn over, til hvilken stat territoriet

skal gå, idet det så forudsættes, at stater ikke som udgangspunkt kan dele adkomsten – monosætningen, jf. kap. XII, 3.

2. »it is not a question of applying equity simply as a matter of abstract justice, but of applying a rule of law which itself requires the application of equitable principles«, *North Sea* s. 47

Det retlige skøn som princip for afgrænsning af territorium tager sig ud som en modsætning til den effektive, tvangshåndhævende besiddelse. Det er rummet for et sådant skøn i folkeretten, som skal diskuteres i dette afsnit. I den forbindelse knyttes indledningsvis an til de maritime afgrænsningsspørgsmål, navnlig af territorialsoklen og den eksklusive økonomiske zone, som i en verden med – for en historisk betragtning – forholdsvis faste landegrænser er blevet nutidens væsentligste afgrænsningsproblem. Det hænger naturligvis også sammen med en stadig udvidelse af søterritoriet, som senest har fundet udtryk i United Nations Convention on the Law of the Sea fra 1982, ikrafttrådt 1994. I denne konventions del V (gen)findes nydannelsen: den eksklusive økonomiske zone, og samtidig tilsigter konventionen at ændre principperne for kontinentalsoklens afgrænsning fra et udnyttelsesprincip til i al væsentlighed et afstandsprincip, art. 57, ligesom det ydre territorialfarvands udstrækning endeligt blev fikseret i traktatsform i konventionens art. 3.

Som introduktion til disse afgrænsningsspørgsmål kan følgende citater tjene:

»The contiguous zone and the continental shelf are in this respect concepts of the same kind. In both instances the principle is applied that the land dominates the sea; it is consequently necessary to examine closely the geographical configuration of the coastlines of the countries whose continental shelves are to be limited. ... since the land is the legal source of the power which a State may exercise over territorial extensions to seaward, it must first be clearly established what features do in fact constitute such extensions«, *North Sea* s. 51;

»It is the land which confers upon the coastal State a right to the waters of its coasts«, *Fishes Case* s. 133;

»legally a coastal State's rights over the continental shelf are both appurtenant to and directly derived from the State's sovereignty over the territory abutting on that continental shelf. ... it is solely by virtue of the coastal State's sovereignty over the land that rights of exploration and exploitation in the continental shelf can attach to it, ipso jure, under international law. In short, continental shelf rights are legally both an emanation from and an automatic adjunct of the territorial sovereignty of the coastal State«, *Aegean Sea* s. 36.

I sammenhæng med det citerede diktum fra ICJ's dom i *Aegean Sea Continental Shelf Case* refererer ICJ til *North Sea Continental Shelf Cases*, hvorfra det først citerede diktum stammer. Denne reference kan dog ikke skjule, at der i de ni år, som ligger mellem dommenes afsigelse i henholdsvis 1978 og 1969, er sket en drejning også i principperne for kontinentalsoklens afgrænsning. I *North Sea Continental Shelf Cases* flyder principperne fra det fysisk faktiske stykke land,

som tilkommer staten. ICJ grundlagde i denne første sag det princip, at kontinentalsoklen og dermed staters ret hertil direkte var bestemt ved »a natural prolongation of its land territory into and under the sea«, *North Sea* s. 51 og også s. 31 og 47, der kun indirekte var bestemt »by virtue of its sovereignty over the land«, *North Sea* s. 22 og 29. I *Aegean Sea Continental Shelf Case* flyder principperne derimod direkte og ikke i en bestemt aflednings form af en suverænitet, som tilkommer staten over dette stykke land; se også fx *Libya/Malta* s. 41. Dommen er blot ét eksempel på den stadig større modvilje i også ICJ mod princippet om »natural prolongation«, som var at spore i de domme, som fulgte *North Sea Continental Shelf Cases*, se også *Anglo-French* §§ 79, 100 og 107, *Tunisia/Libya* s. 80, *Gulf of Maine* s. 277 og *Guinea(-Bissau)* § 117. I *Case Concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)* omformulerede ICJ endeligt princippet om natural prolongation: »What it does mean is that where the continental margin does not extend as far as 200 miles from the shore, natural prolongation, which in spite of its physical origins has throughout its history become more and more a complex and juridical concept, is in part defined by distance from the shore, irrespective of the physical nature of the intervening seabed and subsoil. The concepts of natural prolongation and distance are therefore not opposed but complementary; and both remain essential elements in the juridical concept of the continental shelf«, *Libya/Malta* s. 33 og videre s. 35f.

ICJ bemærker sig i denne passage en omformulering af princippet om »natural prolongation« gående fra et fysisk til et juridisk begreb. Udviklingen i princippet for afgrænsning af kontinentalsoklen knyttes til en sontring mellem Sein og Sollen, samh. kap. II, 2. Herved opnås en vis illusion om en harmonisk retsudvikling, som i sin tiltagende rationalitet har været tvungen – væk fra naturens tyranni og over til juraens renhed, samh. *Libya/Malta* s. 35f. Tankegangen er uanset disse gevinster og det beskedne dække for domstolens brud med egen, tidligere praksis fejlgrebet. Én ting er, at juridiske, folkeretlige principper for kontinentalsoklens fiksering i sagens natur er normative. Men heraf følger ikke, at disse normer skal have et bestemt indhold, som fx er negativt afgrænset efter et mindstekrav om frit juridisk skøn, der ikke ligger under for andre videnskaber som fx den geologiske eller geomorfologiske. Det er selvfølgelig ikke korrekt at modstille princippet om natural prolongation med »rules of law made by man«, saml. Weil (1989) fx s. 31, 33, 47–49 og 85ff. og måske særligt s. 28: »The principles of equity, of equality of States and of non-encroachment would be compromised if the whims of nature were allowed to dictate maritime boundaries to governments and international tribunals«. I dette følelsesudbrud forudsættes det, at »equity« og »non-encroachment« er de retligt relevante principper for løsning af afgrænsningsstridigheder, hvilket naturligvis ikke er andet og mere end en diskussion af korrekt normbeskrivelse, som kun kan formuleres i og ikke deduceres fra »equality of States«, samh. også Weil (1989) s. 35f. og 87, Fastenrath (1991) s. 139ff. samt kap. XVI, 3. Synspunktets manglende balast udstilles allerede, når det tages i betragtning, at under alle omstændigheder kun kyststater indrømmes del i søterritoriet, hvilket alt andet lige er en regel, som også knytter an til det fysisk faktiske, samh. *North Sea* s. 49, *Tunisia/Libya* s. 61, *Libya/Malta* s. 41 og igen modstillingen som bagvedliggende spøgelse i følgende suspekterte diktum fra *Gulf of Maine* s. 296: »it is ... correct to say that international law confers on the coastal State a legal title to an adjacent continental shelf or to a maritime zone adjacent to its coasts; it would not be correct to say that international law recognizes the title conferred on the State by the adjacency of that shelf or that zone, as if the mere natural fact of adjacency produced legal consequences«.

Baggrunden for det endelige skift i *Case Concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)* i principper for bestemmelse af adkomst (title) til kontinentalsoklen – i hvert fald inden for 200 miles – fra »natural prolongation« til et afstandsprincip relateres af ICJ til netop 1982-konventionen, jf. *Libya/Malta* s. 33 med ikke mindst følgende princip: »Although there can be a continental shelf where there is no exclusive economic zone, there cannot be an exclusive economic zone without a corresponding continental shelf«. Komisk nok tømte et kompromis mellem tilhængere af »equity« og »equidistance« samme traktats bestemmelser om kontinentalsoklens fiksering for indhold, se herom fx *Gulf of Maine* s. 294, *Tunesia/Libya* s. 49 og *Libya/Malta* s. 30f. Samh. *Jan Mayen* s. 59 og hertil Charney (1994) s. 236f. Om equity-harmonisering af art. 6 i Convention on the Continental Shelf fra 1958 og de heri nævnte »special circumstances«, se *Anglo-French* §§ 70 og 75 samt *Jan Mayen* bla. s. 57ff. og 62f.

Hvorom alting er, knytter såvel »natural prolongation« som afstandsprincippet mere eller mindre direkte an til staters suverænitet, jf. de indledningsvise citater – hvor suverænitet anvendes (formelt) i den reflekterede form beskrevet i kap. XII, 3 og i al væsentlighed blot er et andet navn for adkomst til territorium, samh. afsnit 1 ovenfor. »Land dominates the sea«; »It is the land which confers upon the coastal State a right to the waters of its coasts«, *Fisheries Case* s. 133 – et princip som fik sin historiske debut med Bynkershoeks afgrænsning af territorialfarvandet ved (landbaserede) kanoners rækkevidde; »Aujourd'hui tout l'espace de mer, qui est à la portée du canon le long des côtes, est regardé comme faisant partie du territoire«, *Droit des Gens* I, xxiii, § 289. Tilknytningen til (land)territoriet illustreres videre af, at bestemmelse af kontinentalsoklen er underlagt et større skøn end bestemmelse af det indre territorialfarvand – »There is also a direct correlation between the notion of closest proximity to the coast and the sovereign jurisdiction which the coastal State is entitled to exercise and must exercise, not only over the seabed underneath the territorial waters but over the waters themselves, which does not exist in respect of continental shelf areas where there is no jurisdiction over the superjacent waters, and over the seabed only for purposes of exploration and exploitation«, *North Sea* s. 37. Over (fx) kontinentalsoklen udøver staterne ikke »sovereignty properly speaking«, Weil (1989) s. 4 men modsat fx s. 60, men har kun adkomst til særlige rettigheder med henblik på undergrundens udnyttelse, samh. *Guinea(-Bissau)* § 124. Modsat med jurisdiktion over territorialfarvandet. Dette har efter *North Sea Continental Shelf Cases* resulteret i en sondring mellem »equity« og »special circumstances« relateret til afstemning af henholdsvis kontinentalsokkel (og eksklusiv økonomisk zone) og territorialfarvand, og hvor »special circumstances« vel er et mere behersket begreb, samh. *Anglo-French* § 70 og *Gulf of Maine* s. 292, *Jan Mayen* s. 57ff. og 62f. Saml. 1958-traktaten, hvor der var langt op til en fælles metode. For genforening, se Weil (1989) s. 135ff; se også O'Connell (1984) II s. 695f. og 705ff.

Princippet for adkomst til søterritoriet – såvel som til luftrummet under det ydre (rum) samt til undergrunden, også under det ydre (rum) – er således adkomst til (land)territorium, samh. afsnit 1. Til dette princip om adkomst (title) knyttes

principper for afgrænsning (delimitation) af hver enkelt stats søterritorium, for hvilke det gælder, at afgrænsningens fleksibilitet stiger med afstanden til land.

Princippet for afgrænsning er blevet navngivet rimelighed (equity); i Truman-proklamationen hedder det, at afgrænsning af kontinentalsokler »shall be determined ... in accordance with equitable principles«, optrykt i AJIL (1946) official documents s. 46ff. Det er naturligvis ikke som sådan meget sigende, heller ikke når det formuleres i Weil (1989) s. 62: »It has often been observed that every freedom must stop at the point where its exercise begins to intrude on someone else's. The same is true of maritime delimitation: one party's projection must stop when it would run the risk of impinging on that of the other. To put it *precisely*, it is a question of deciding how far it is possible to go without going too far«. Spørgsmålet er, om »equity« kan præciseres (yderligere).

Principielt er afgrænsningsspørgsmålet ikke snævert knyttet til adkomstbegrebet, samh. *North Sea* s. 22f., *Tunisia/Libya* s. 43, 46f. og 61, *Anglo-French* § 246, *Libya/Malta* s. 30, 34, 35f. og 46f. og *Jan Mayen* s. 66f. Ofte antages afgrænsningsspørgsmålet dog at finde sit udgangspunkt i en midtlinie eller en ligeafstand. Ikke fordi ligeafstandsprincippet i sig selv betragtes som en sædvanlig-retlig regel, jf. *North Sea* s. 33ff. og også *Gulf of Maine* s. 297, *Tunisia/Libya* s. 79, *Guinea(-Bissau)* § 102, *Libya/Malta* s. 37f. og 55f., men fordi der over den lige fordeling hviler en rimelighedens formodning. Se *North Sea* s. 36 og 52f., *Gulf of Maine* s. 300f. og 327ff., *Libya/Malta* s. 47, *Jan Mayen* s. 60f. og 66f. »Equity« – eller endnu mere delikat: »reason« – fungerer endvidere som en yderligere korrektion af dette udgangspunkt og bliver således »the fundamental norm of customary international law governing maritime delimitation«, der i *Gulf of Maine* s. 300 formuleres således: »delimitation is to be effected by the application of equitable criteria and by the use of practical methods capable of ensuring, with regard to the geographic configuration of the area and other relevant circumstances, an equitable result«.

Den senere forståelse af termen »equity« er blevet givet tilsyneladende forskellige formuleringer i retsanvendelsen.

Først hed det, at »it is not a question of applying equity simply as a matter of abstract justice, but of applying a rule of law which itself requires the application of equitable principles«, *North Sea* s. 47, hvilket synspunkt er gentaget i ICJ Reports (1974) s. 33. Og i sammenhængen kan også de ivrigt gentagne modstillinger af »equity« og ex aequo et bono ses, jf. *North Sea* s. 48, *Gulf of Maine* s. 278, *Guinea(-Bissau)* § 88, *Tunisia/Libya* § 71 og *Libya/Malta* s. 38f. – i hvilken sammenhæng det er naturligt at mærke sig domstolsstatuttens aldrig anvendte art. 38, stk. 2.

Synspunktet er altså det, at folkeretten ikke blot henviser til et begreb om »equity«, men indeholder normer til fiksering heraf. Men hvad går normerne da ud på? Og hvordan sikres det nu, at »the applicable law« kan fostre »an equitable solution«? Hvad andet end rimelighed afføder altid rimelighed? Hvad er rimelighed – andet end normernes forskrift? Det sidste spørgsmål er vist nok afgørende. Rimelighed (equity) er i vidt omfang ingen selvstændig norm for kodning af af-

grænsningsproblematikken. Det er det slagord, som de – eventuelt – egentlige normer eller principper for afgrænsning smykkes med, samh. *North Sea* s. 48: »Whatever the legal reasoning of a court of justice, its decisions must by definition be just, and therefore in that sense equitable«. Tilsvarende betragtninger gør sig gældende med hensyn til et udsagn som dette: »The Court ... does not, however, consider that the existence of this 'special circumstance' in the Atlantic region gives it carte blanche to employ any method that it chooses in order to effect an equitable delimitation of the continental shelf«, *Anglo-French* § 245.

Denne inkorporering af »equity« i det folkeretlige normsystem allerede fra begyndelsen betyder, at der for så vidt ingen overgang er til følgende forståelse af »equity«: »Equity as a legal concept is a direct emanation of the idea of justice. ... the legal concept of equity is a general principle directly applicable as law«, *Tunisia/Libya* s. 60. I forlængelse heraf refereres til »equity« som et metaretligt ideal til indretning af (en del af) fortolkningslæren: »Moreover, when applying positive international law, a court may choose among several possible interpretations of the law the one which appears, in the light of the circumstances of the case, to be closest to the requirements of justice«, *Tunisia/Libya* s. 60 og tilsvarende i *Frontier Dispute* s. 567f. og 662 om »equity infra legem«. Samh. kap. X, 4.

Saml. Weil (1989) fx s. 161f. og 172, hvorefter den netop omtalte afgørelse tager sig ud som en »volte-face«. Samme forfatter er dog på den anden side fortaler for følgende sædvanekonstruktion: »It cannot be denied that a delimitation on which two States agree reflects *their* view of the equity of both the method of delimitation and the result, since governments are hardly likely to subscribe to a solution which *they* would consider inequitable. The moment one finds that, in *the great majority of cases*, States regard as equitable delimitations based on equidistance or one of its variants, it is difficult to see why international tribunals should refuse to integrate this element of State conduct into the determination of the customary rules governing the matter«, Weil (1989) s. 154. Her forudsætter Weil åbenbart, at det ligger fast, at afgrænsningen skal være rimelig (equitable), men i øvrigt er dette så blot en ramme, som er at udfylde med videre normdannelse. »Equity« fødes altså som blot et slagord – også ifølge Weil.

På den anden side udvikles begrebet om »equity« omkring *Case Concerning The Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*. Begrebet synes at blive løst fra den selvmodsigelse, som indeholdes i de første begreber, der dels forudsætter »equity« i almindelighed, dels forudsætter »equity« inden for folkeretten som et specialfald af det almindelige. Men samtidig understreger de tidlige domme, at det er »equity« i folkeretten, som er interessant. »Equity« i almindelighed afvises som argument. Det vil sige, at folkeretten vælges i første række, og »equity« herefter blot er en afledning af dette valg. Og i andre ord: ved fokusering på »equity« i folkeretten afvises det begreb om »equity« i almindelighed, som ellers forudsættes i de første begreber; »equity« i folkeretten er herefter ikke specialfald af et mere almindeligt begreb om »equity«, men tværtimod en afledning fra folkeretten – som ord et forsøgende dække, som er at sprede ud over et hvilket som helst resultat på afgrænsningsspørgsmålet i medfør af folkeretlige normer. Ifølge ICJ.

Ifølge en analytisk betragtning efterlader den umiddelbare tomhed i begrebet om »equity« to spørgsmål. Det første ligger i fortsættelse af det foregående, efter-

som en fiksering af normerne for grænselinier mellem konkurrerende adkomster (delimitation) endnu ikke er opnået. Er der tale om et frit skøn, eller indsnævres skønnet i det mindste af normer? Hertil kommer nu et nyt, andet spørgsmål: hvorfor har udsmykningen med begrebet »equity« overhovedet fundet sted?

(Accept af) Tomheden genfindes i form at de politiske kompromiser, som affødte art. 74, stk. 1 og 83, stk. 1 i United Nations Convention on the Law of the Sea fra 1982. Begge artikler, om afgrænsning af henholdsvis den eksklusive økonomiske zone og kontinentalsoklen, har følgende formulering: »The delimitation ... between States with opposite or adjacent coasts shall be effected by agreement on the basis of international law, as referred to in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice, in order to achieve an equitable solution«.

Artiklernes formulering har selv sagt ikke kunnet hjælpe retsanvendelse meget, se hertil Chamey (1994) s. 227f. På den anden side er slige brede traktatshenvisninger til folkeretten i al almindelighed bestemt ingen særegen undtagelse og derfor heller ikke retsanvendelsen ubekendt.

Det kan nu spørges, om ICJ's sondring mellem »equity« i almindelighed og »equity« i folkeretten kan stå – eller om »equity« bliver hjem for et (helt) frit skøn. Det sidste svar blev stærkt promoveret i ICJ's dom i *Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*:

»In a matter of this kind, international law – and in this respect the Chamber has logically to refer primarily to customary international law – can of its nature only provide a few basic legal principles, which lay down guidelines to be followed with a view to an essential objective. It cannot also be expected to specify the equitable criteria to be applied or the practical, often technical, methods even where they are also, in a different sense, called 'principles'. Although the practice is still rather sparse, owing to the relative newness of the question, it too is there to demonstrate that each specific case is, in the final analysis, different from all the others, that it is monotypic and that, more often than not, the most appropriate criteria, and the method or combination of methods most likely to yield a result consonant with what the law indicates, can only be determined in relation to each particular case and its specific characteristics«, *Gulf of Maine* s. 290; »It will then be for the Chamber to select, from this range of possibilities, the criteria that it regards as the most equitable for the task to be performed in the present case, and the method or combination of practical methods whose application will best permit of their concrete implementation«, *Gulf of Maine* s. 312 og også s. 325f. Derfor var i hvert fald mange af disse »equitable principles« heller ikke at betragte som normer, *Gulf of Maine* s. 298f. og 313, hvor der i øvrigt hævdes en begrænset betydning af *opinio juris* i sædvaneretten, se kap. IX, 4. Se også ekkoet i *Guinea(-Bissau)* bla. §§ 88f.

ICJ's egen-forståelse i sagen forekommer måske lidt kompliceret. På den ene side hævdes det, at det rimelige bestemmes ud fra den konkrete sag, der således ene-vældigt er om at fikse også de rimelige principper. På den anden side oplever ICJ det som en selvfølge, at sådanne rimelige principper må udfindes, fra hvilke den konkrete løsning så deduceres. I andre ord bestemmes princippernes egnethed ud fra sagens fakta, hvorefter en løsning på sagen bestemmes ud fra samme, generelle principper. ICJ går ikke den umiddelbart mere enkel vej blot at hævde, at sagens løsning er rimelig – udfundet ved et rimeligt skøn. Og ICJ forklarer heller ikke oplevelsen af nødvendigheden i omvejen omkring de rimelige principper. Det er blot at læse i »the fundamental norm«, altså »delimitation is to be effected

by the application of equitable criteria and by the use of practical methods capable of ensuring, with regard to the geographic configuration of the area and other relevant circumstances, an equitable result», *Gulf of Maine* s. 300.

Omvejen omkring de rimelige principper er tvungen – og som sådan ingen egentlig omvej. ICJ kan ikke opretholde nogen illusion om, at også de rimelige principper ligger under for et (såkaldt) frit skøn. Det kan ikke antages, at rimelighedens fyldestgørelse tager sin begyndelse på en tabula rasa, samh. *North Sea* s. 50. En sådan begyndelse kan ikke ende i andet end et uendeligt mylder af fakta omkring den konkrete sag, mellem hvilke heller ikke ICJ ville forstå at sondre, ikke ville kunne skelne det relevante fra det irrelevante, det ulige fra det lige. Netop principperne tjener det formål at skærpe relevanskravet til faktum og kun tage højde for den del af faktum, som et princip tillægger vægt. Det er absurd at forestille sig et indledende rimelighedens valg mellem uendeligt mange principper. I sig selv måtte også dette valg bero på principper osv. Konkretionen finder sin grænse ikke før men efter eller ifølge principperne, samh. *Gulf of Maine* s. 328. Andet kan ikke stå til troende. I *Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area* lagde ICJ da også sin afgørelse i forlængelse af parternes forslag, *Gulf of Maine* s. 325, og ender – som vanligt – med at finde sit udgangspunkt i en ligedeling, jf. *Gulf of Maine* s. 327f., saml. s. 315. Se også Tanja (1989) s. 196, Evans (1992) s. 2f., 17ff. og 32f.

En række principper for rimelighed har fundet frem til retsanvendelsens sale – eksempelvis (most) »natural prolongation« og »without encroachment« (on the natural prolongation) i fx *North Sea Continental Shelf Cases*, »the half-effect solution« for øer i fx *The UK/France Continental Shelf Case*, »the configuration of the coastlines« i fx *Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, »equitable integration« med nabostaternes rettigheder i fx *Guinea/Guinea-Bissau Maritime Delimitation Case*, »proportionality« i *Continental Shelf Case (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, og »the resources of the area of overlapping claims« i *Case Concerning Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen*. Disse principper skal ikke videre diskuteres her, hvor det interessante i al væsentlighed er en understregning af, at afgrænsningsspørgsmålene under alle omstændigheder binder an til et om ikke uendeligt så dog heller ikke ubetydeligt skøn. Det understreges af, at »equitable principles« ikke nødvendigvis forstås som garantier for også »equitable solutions«, hvorfor rimelighed i begge afskygninger er betingelser, se til eksempel ovenfor om »the fundamental norm« i *Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*. Og det belyses tillige af, at proportionalitet fungerer som en sidste udgang, »an auxiliary criterion«, på en alt i alt urimelig rimelig løsning, se til eksempel *North Sea* s. 52 og 54, *Anglo-French* s. 116f., *Gulf of Maine* s. 328 og 334f., *Tunisia/Libya* s. 75f. samt *Jan Mayen* s. 65ff.

Den mest tvangsfrie forståelse af denne praksis er, at rimelighedens forskellige principper er specialfald af et relevans-krav eller en ramme for »equity«, som af princippet fordrer et vist minimum af geografisk tilknytning. Men inden for denne ramme er »equity« så også blot »equity«. Det er ikke elegant herindenfor at anta-

ge en sontring mellem »equity« i almindelighed og i folkeret. Udfyldelse af rammen er at betragte som subsumption og som sådan netop barn af – equity, samh. kap. X, 4.

Disse skønsmæssige principper, »equitable principles«, for maritim afgrænsning, særligt af kontinentalsoklen, kan selv sagt ikke direkte overføres til land: »the process by which a court determines the line of a land boundary between two States can be clearly distinguished from the process by which it identifies the principles and rules applicable to the delimitation of the continental shelf«, *Frontier* s. 578. Dette synspunkts oprigtighed følger af, at den maritime adkomst og afgrænsning i høj grad støtter sig på et allerede fikseret (land)territorium, for hvis egen afgrænsning fx et (lige)afstandsprincip er nonsens. Hertil kommer, at mens afgrænsning af søterritorium tager udgangspunkt i, at flere stater har adkomst til samme område, så er afgrænsning af landterritorier samtidig en afgrænsning af, hvilken stat der – alene – har adkomst over hvad, se også Weil (1989) s. 91ff. På den anden side er metoden til afgrænsning af land- og søterritorium »essentially the same«, *Aegean Sea* s. 35f. – særligt kan heller ikke fikseringen af landterritorium sige sig fri for subsumption. En præcis formulering af rummet for anvendelse af »equity« i afgrænsning af landterritorium gives i *Frontier* s. 633: »The Chamber would however stress more generally that to resort to the concept of equity in order to modify an established frontier would be quite unjustified. ... The Chamber thus concludes that it must recognize that Soum is a frontier pool; and that, in the absence of any precise indication in the texts of the position of the frontier line, the line should divide the pool of Soum in two, in an equitable manner. Although 'Equity does not necessarily imply equality' (North Sea Continental Shelf, I. C. J. Reports 1969, p. 49, para. 91), where there are no special circumstances the latter is generally the best expression of the former« – et diktum, som er gentaget i ICJ Reports (1992) s. 514. Samh. Bardonnnet (1981) s. 74.

Afslutningsvis er det blot at understrege, at dette subsumptionens skøn ikke er det samme som ex aequo et bono. Det sidste er netop et skøn, som (slet) ikke er bundet af, (slet) ikke er i medfør af retsnormer. Alt efter temperament kan det retlige skøn – med ICJ – opfattes som en raffineret, juridisk metode; således Jiménez de Aréchaga i en separate opinio: »the notion of justice is not divorced from or opposed to that of equity. Its having authority to apply equitable principles does not entitle a court to reach a capricious decision in each particular case, but to reach that decision which, in the light of the individual circumstances, is just and right for that case. Equity is thus achieved, not merely by a singular decision of justice, but by the justice of that singular decision«, *Tunisia/Libya* s. 106. Eller det retlige skøn kan (mis)forstås som en tragedie, der underminerer hele retsområdets troværdighed; fra Gros' dissens i *Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*: »in the present state of international law according to the Court's jurisprudence in the 1982 Judgment based on the convention text of that year, anything may henceforth be deemed relevant for the purpose of reaching an equitable result if the States concerned agree to hold it so or the judge is convinced of its relevance. I find this closer to subjectivism than to the application of the law to the facts with a view to the delimitation of maritime areas«, *Gulf of Maine* s. 377. Se også oversigten hos Wallace (1992) s. 44ff. En skepsis Gros' ændrer dog ikke på, at skøn over sokkelafgrænsning er forskellige fra et skøn ex aequo et bono, saml. Janis (1988) s. 60, Tanja (1989) s. 75 og 296, Gulmann mfl. (1989) bla. s. 184, Rosenne (1989) s. 170f., *Structures* s. 36, note 46, 97f. og 205, *Topics* s. 466, note 1. Se også Kelsen

(1986) s. 48 samt mere generelt Rousseau (1944) I s. 930ff., der skelner mellem »L'équité, moyen d'atténuer l'application du droit« og »L'équité, moyen de compléter l'application du droit« (»ex æquo et bono«).

3. Det folkeretlige adkomstbegreb

I de to foregående afsnit er det blevet slået fast, at skøn spiller en central rolle i fikseringen af en stats territorium. Løsningen af stridigheder om territorium på land finder sit udgangspunkt i et skønnets bestemmelse af de modstridende krav styrke. Effektivitetsprincippet favner i den sammenhæng bredt – nemlig al myndighedsudøvelse fra en stats side. Afgrænsningen af søterritorium finder sit omdrejningspunkt i et mere geografisk-orienteret skøn – om end udgangspunktet er landterritorium. Disse skøn er ikke nødvendigvis ens, samh. *Island of Palmas* s. 870 og også ovenfor i afsnit 2 med citater fra *The Frontier Dispute*. Indledningsvis favnes begge skønsp principper dog af et spørgsmål om, hvorvidt de udtømmende regulerer principperne for territoriers fiksering.

Hvad angår fiksering af (land)territorium, former teorien ofte diskussionen efter en mangedelt opregning af muligheder for erhvervelse (acquisition) af adkomst til territorium. Almindelige er kategorier som afståelse (cession), besættelse (occupation), tilvækst (accretion), hævde (prescription) samt erobring (subjecti-on, conquest). Se fx Lawrence (1928) s. 145ff., Whiteman (1963) 2 s. 1028ff., Akehurst (1970) s. 182ff., Verdross & Simma (1984) s. 752ff. og Oppenheim (1992) s. 677ff. Kritik er udbredt; nogle hævder, at mangfoldigheden blot bunder i specialfald af ét enkelt princip, fx *Lærebog* s. 198, mens andre hævder en endnu større kompleksitet, fx Brownlie (1990) s. 131. Max Huber angreb mangedelingen med effektivitetsprincippet i *Island of Palmas Case*: »However, if the contestation is based on fact that the other Party has actually displayed sovereignty, it cannot be sufficient to establish the title by which territorial sovereignty was validly acquired at a certain moment; it must also be shown that the territorial sovereignty has continued to exist and did exist at the moment which for the decision of the dispute must be considered as critical. This demonstration consists in the actual display of State activities, such as belongs to the territorial sovereign«, *Island of Palmas* s. 839 og også s. 850 og 867ff. Huber fastslog endog, at »claim to sovereignty essentially on the title of peaceful and continuous display of State authority over the island ... would in international law prevail over a title of acquisition of sovereignty not followed by actual display of State authority«, *Island of Palmas* s. 867.

Brownlies påstand om, at afgrænsningsspørgsmålene er mere vanskelige end som så, egner sig bedre som konklusion end som udgangspunkt for en konstruktiv analyse af spørgsmålet. Udfindelsen af et hovedprincip for afgrænsning af territorium kan derfor tage sin begyndelse i en modstilling af Max Hubers synspunkt med den mere traditionelle mangedeling. Der er ingen forskel på de to opfattelser, hvad angår erhvervelse eller besættelse af terra nullius. Effektivitets-

princippet finder netop her sin almindeligt (aner)kendte hjemstavn. I væsentlig grad er det sager herom, som er gennemgået ovenfor i afsnit 1, hvortil der henvises. Den tilsyneladende forskel mellem opfattelserne sætter ind, når oprindelig adkomst til territoriet er opnået, har været anerkendt. Da vil traditionen forlade sig på sin kumulation af overdragelsesmåder, mens Huber i al væsentlighed vil stille ind på effektivitetsprincippet, jf. ovenfor. Opfattelserne er dog næppe i al væsentlighed uforenelige. Hævd som overdragelsesmåde lægger sig tæt op ad effektivitetsprincippet. Tilvækst som tilegnelsesmåde rummer heller ikke problemer, eftersom effektivitetsprincippet ikke fordrer myndighedsudøvelse overalt på territoriet og derfor udmærket kan favne senere erhvervet territorium, jf. *Eastern Greenland* s. 45ff.

Almindeligvis tager de to opfattelser front mod hinanden, hvad angår overdragelse ved fx traktat. Huber vil nemlig til stadighed hævde effektivitetsprincippet: »The title of discovery, if it had not been already disposed of by the Treaties of Münster and Utrecht would, under the most favourable and most extensive interpretation, exist only as an inchoate title, as a claim to establish sovereignty by effective occupation. An inchoate title however cannot prevail over a definite title founded on continuous and peaceful display of sovereignty«, *Island of Palmas* s. 869. Tilsvarende fx de Visscher (1967) s. 102 og *Lærebog* s. 181, samh. *Clipper-ton* s. 1110f. Denne konfrontation med effektivitetsprincippet er givetvis ikke korrekt. Som nævnt i afsnit 1 er kravet til den effektive udøvelse af jurisdiktion relativt. Såfremt ingen modstående krav er at finde, er kravet meget ringe. I tilfælde af modstående krav er effektivitetsprincippet hjem for et skøn eller en vægtning af disse krav, spørgsmålet er alene »to determine which of the Parties has produced the more convincing proof of title«, *Minquiers & Ecrehos* s. 52. Max Huber forudsætter, at den blotte adkomst beroende på traktat ikke har nogen værdi i denne vægtning. En sådan opfattelse er imidlertid blevet tilbagevist i senere praksis, jf. afsnit 1 med omtale af blandt andet PCIJ's dom i *Legal Status of Eastern Greenland*. Som sådan ligger begrundelsen lige for: »In general, when two countries establish a frontier between them, one of the primary objects is to achieve stability and finality. This is impossible if the line so established can, at any moment, and on the basis of a continuously available process, be called in question, and its rectification claimed, whenever any inaccuracy by reference to a clause in the parent treaty is discovered. Such a process could continue indefinitely, and finality would never be reached so long as possible errors still remained to be discovered. Such a frontier, so far from being stable, would be completely precarious«, ICJ Reports (1962) s. 34, jf. s. 15f. Se også ICJ Reports (1959) s. 227ff. samt O'Connell (1984) II s. 696.

Herefter kan traditionen og Huber mødes. Strid om territorium løses gennem vægtning af de modstridende krav. Disses vægt er i al væsentlighed konkret bestemt. Men under alle omstændigheder tager metoden udgangspunkt i, at adkomsten ikke gives, men (blot) blotlægges med afgørelsen. Adkomsten eksisterede også forud, se *North Sea* s. 22 samt *Jan Mayen* s. 66f. Derfor spiller udøvelsen af jurisdiktion en væsentlig rolle, fordi denne jurisdiktion som regel antages at finde

sin hjemmel i folkeretlige normer, der har udsyn til adkomst for det pågældende territorium. I et vist omfang forudsætter jurisdiktion derfor adkomst, og i dette omfang tages faktisk udøvelse af jurisdiktion til indtægt for adkomst; således ender John Crawfords oprindelige tilslutning til effektivitetsprincippet i denne formodningsregel: »the existence of a system of government in, and referable to, a specific territory indicates without more a certain legal status, and is in general a pre-condition for statehood«, Crawford (1979) s. 46f. Men dette er ikke den eneste type af lodder. Tidligere fastslået adkomst til territoriet har selvsagt også vægt – som ophav for en stærk formodning for fortsat adkomst, samh. Brownlie (1990) s. 143 og ICJ Reports (1992) s. 169. Formodningsreglens styrke afspejles i betingelser for hævde, som i bund og grund blot er et andet navn for de tilfælde, hvor den effektive udøvelse af jurisdiktion overvægtter en tidligere adkomst. Uanset at disse betingelser er omstridte, står det vist nok klart, at protester fra en stat med tidligere adkomst almindeligvis vil forhindre hævde, se fx MacGibbon (1953) s. 306ff., Crawford (1979) s. 419f., Brownlie (1990) s. 157f. og Oppenheim (1992) s. 706f. Såfremt ingen tidligere adkomst kan spores og såfremt udøvelsen af jurisdiktion ikke udpeger nogen bestemt stat, samh. *Island of Palmas* s. 854f., men det på den anden side ikke længere er oplagt at forstå territoriet som terra nullius, synes »equity« som et geografisk-baseret skøn at måtte være det sekundære eller residuale princip for afgrænsning af territorium, se ovenfor i afsnit 2 samt ICJ Reports (1992) s. 514: »the Chamber considers it right to fall back on equity *infra legem*«.

Begrebet om »equity« blev primært illustreret gennem sager om afgrænsning af kontinentalsoklen, hvilket skyldes, at princippet har fundet det største råderum her. På sin vis kan equity i disse sager opfattes som det primære princip; tilsvarende med hensyn til fx territorialfarvandet, hvor medianprincippet står stærkt, se herom fx O'Connell (1984) II s. 658ff., Oppenheim (1992) s. 613f. samt 1982-konventionens art. 15. Forskellen mellem »equity« som et primært eller sekundært princip er dog en strid om ord al den stund, at adkomst næppe selvstændigt hævdes til kontinentalsoklen, som netop knytter an til adkomst til territorium. I *North Sea Continental Shelf Cases* blev dette, i forlængelse af artikel 2 i 1958-konventionen, udtrykt som følger: »the rights of the coastal State in respect of the area of continental shelf that constitutes a natural prolongation of its land territory into and under the sea exist ipso facto and ab initio, by virtue of its sovereignty over the land, and as an extension of it in an exercise of sovereign rights for the purpose of exploring the seabed and exploiting its natural resources. In short, there is here an inherent right. In order to exercise it, no special legal process has to be gone through, nor have any special legal acts to be performed. Its existence can be declared (and many States have done this) but does not need to be constituted. Furthermore, the right does not depend on its being exercised. To echo the language of the Geneva Convention, it is 'exclusive' in the sense that if the coastal State does not choose to explore or exploit the areas of shelf appertaining to it, that is its own affaire, but no one else may do so without its express consent«, *North Sea* s. 22. På baggrund af et princip om, at »land dominates the sea«, er der sædvanligvis ikke nogen selvstændig dynamik i adkomsten til søterritorium, herunder kontinentalsoklen. Afgrænsningen heraf kan ofte ikke tage udgangspunkt i nogle tilkendegivelser om særskilt adkomst til søterritoriet, se fx *Jan Mayen* s. 53ff. som ikke fandt nogen pendant til Ihlens erklæring. Tilbage står så kun et princip om »equity« – så længe fiksering af blandt andet kontinentalsoklen ikke er blev givet et eget, udfyldende normsæt, samh. kap. XII, 3.

Det centrale i denne sammenhæng er at mærke sig, at effektiv besiddelse i den ene eller anden form intet krav er i sig selv for den fortsatte adkomst til et territorium. Det betyder, at en stat ikke som sådan blot kan fratvinges sit territorium ved magt, jf. Marek (1968) s. 126, Crawford (1979) s. 49, 58, 407 og 418. Og derfor giver det mening i folkeretten videre at opstille et begreb om folkeretlig suverænitet i relation til territoriet – til beskyttelse af stater. Det havde ikke – i samme grad – været tilfældet, såfremt kernen i de folkeretlige normer for statens bestemmelse havde ligget under for en effektivitet, mod hvilken beskyttelse netop burde være det fremmest under et begreb om folkeretlig suverænitet. Der ville ikke have været megen mening i at opstille et forbud mod magtanvendelse og (fysisk) intervention i en anden stat, såfremt denne intervention og en hertil knyttede overgang af den effektive besiddelse per se førte til overgang af adkomsten til territoriet og dermed til ændring af stater som Sein.

KAPITEL XIV

INTERVENTION OG SUVERÆNITET

1. »*Between independent States, respect for territorial sovereignty is an essential foundation of international relations*«, *Corfu Channel* s. 35

Intervention har ikke været nogen letomgængelig størrelse i folkeretten; »There are few questions in the whole range of International Law more difficult than those connected with the legality of intervention, and few have been treated in a more unsatisfactory manner«, Lawrence (1928) s. 121. Til eksempel har de forfattere, der antager et effektivitetsprincip som omdrejningspunkt for al (tvangs)fiksering af territorium, ikke haft den store forståelse for et interventionsforbud i folkeretten. »Intervention må derfor indtil videre betragtes i det væsentlige som et politisk fænomen, og dens værdi efter omstændighederne måles med en politisk alen. Ofte vil, netop i mangel af en international tvangsmagt, stormagternes kollektive intervention eller en enkelt magts dominerende indflydelse indenfor et vist »rum« kunne være surrogater for en retlig organiseret fredsorden«, *Lærebog* s. 216f., samh. s. 286 med note 7. Se også Kelsen (1966) s. 73ff., *Decay* s. 87ff. og for en generel diskussion Thomas & Thomas (1956) s. 74ff. Denne forståelse er i og for sig konsekvent, eftersom interventionsforbudet mister en væsentlig del af sit indhold med dén formulering af effektivitetsprincippet, som disse forfattere foretrækker, jf. kap. XIII, 1 og 3. I samme omfang er Brierlys anerkendelse af et interventionsforbud ikke oplagt konsekvent, samh. Brierly (1949) s. 284ff. samt Brierly (1963) s. 402f. og 411f.

Som vist i kapitel XIII, 1 ligger disse forfattere imidlertid under for en overvurdering af ét effektivitetsprincip – deres opfattelse er så at sige ikke tvangfri. Interventionsforbudet har da også almindelig støtte. Fra praksis kan anføres følgende diktum fra *The Corfu Channel Case*: »This justification took two distinct forms in the United Kingdom Government's arguments. It was presented first as a new and special application of the theory of intervention, by means of which the State intervening would secure possession of evidence in the territory of another State, in order to submit it to an international tribunal and thus facilitate its task. The Court cannot accept such a line of defence. The Court can only regard the alleged right of intervention as the manifestation of a policy of force, such as has, in the past, given rise to most serious abuses and such as cannot, whatever be the present defects in international organization, find a place in international law. Intervention is perhaps less admissible in the particular form it would take here; for from the nature of things, it would be reserved for the most powerful States, and might easily lead to perverting the administration of international justice itself«, *Corfu Channel* s. 34f. Samh. Brownlie (1963) s. 289 med henvisninger.

ICJ relaterede i dommen interventionsforbudet til »respect for territorial sovereignty«, hvorfor den britiske intervention i form af minerydning i kanalen »co[n]stituted a violation of Albanian sovereignty«, *Corfu Channel* s. 35. Derimod havde »United Kingdom Government« ikke »violated Albanian sovereignty by sending the warships through this Strait«, eftersom »It is, in the opinion of the Court, generally recognized and in accordance with international custom that States in time of peace have a right to send their warships through straits used for international navigation between two parts of the high seas without the previous authorization of a coastal State, provided that the passage is innocent«, *Corfu Channel* s. 28.

Tilsvarende hed det i ICJ's dom i *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* om interventionsforbudet, »that, in the view of generally accepted formulations, the principle forbids all States or groups of States to intervene directly or indirectly in internal or external affairs of other States. A prohibited intervention must accordingly be one bearing on matters in which each State is permitted, by the principle of State sovereignty, to decide freely. One of these is the choice of a political, economic, social and cultural system, and the formulation of foreign policy. Intervention is wrongful when it uses methods of coercion in regard to such choices, which must remain free ones«, (*Para*)*Military* s. 108 og 111 om »the principle of respect for State sovereignty, which in international law is of course closely linked with the principles of the prohibition of the use of force and of non-intervention«. Fra teorien kan til eksempel anføres Oppenheim (1992) s. 428 om interventionsforbud som »the corollary of every state's right to sovereignty, territorial integrity and political independence«, hvortil hos Gerlach (1967) s. 2 svarer, at »Dieses Interventionsverbot dient dem Schutz der Souveränität, auf deren Achtung jeder Staat einen Anspruch hat«, således at definitionen af intervention har »alle die Souveränität eines Staates verletzenden Einmischungen zu erfassen«, Gerlach (1967) s. 126; »Jeder Staat hat auf Grund seiner Souveränität das Recht, frei und ungehindert aus einer Vielzahl von Möglichkeiten seine politischen Entscheidungen zu treffen. Gegen diese Freiheit richtet sich die Intervention«, Gerlach (1967) s. 128. Thomas og Thomas lader interventionsforbudet have udsyn til »the theory of the independence of the sovereign state, the very foundation stone of international law«, mens det med henvisning til den intervenerende stat noget komplekst hedder sig: »Under international law no state can expect to retain the right of sovereign decision called independence, when by its conduct it makes clear that it cannot or will not fulfil the international law obligations of an independent and sovereign state; for it is obvious that state sovereignty is subject to limitations and that states are not above the law of nations but are subjected to it. Thus the right of independence is subjected to the restrictions imposed by international law. Freedom envisaged by the right of independence connotes freedom from control of other states, not freedom from the restrictions of international law which binds all states«, Thomas & Thomas (1956) henholdsvis s. 75 og 77f.

Såvel teori som praksis definerer intervention og begrunder videre et forbud mod intervention med et suverænitetsbegreb – der forekommer så lidet kontroversielt som noget. Det er muligt, at Thomas og Thomas med suverænitet i den sammenhæng forstår original suverænitet, i hvert fald er det aktuelle suverænitetsbegreb hos disse forfattere tilsyneladende det samme for såvel interventionsforbudets rettigheds- som pligtsubjekt. Men ellers dækker ordet »suverænitet« i denne sammenhæng øjensynligt over en vis grad af *eksklusiv* jurisdiktion i medfør af folkeretten, se fx *(Para)Military* s. 111. Et klart udtryk finder det (såkaldte) suverænitetsbegreb hos Lawrence (1928) s. 115: »Independence may be defined as the right of a state to manage all its affairs, whether external or internal, without control from other states. This right of independent action is the natural result of sovereignty; it is, in fact, sovereignty looked at from the point of view of other nations. When a state is entirely its own master, it is sovereign as regards itself, independent as regards others. Independence is, therefore, predicated by modern International Law of all the sovereign states who are its subjects«. Se også Gerlach (1967) s. 128ff.

Disse betragtninger er specialfald af reflexen – fra intern ret, jf. kap. XII, 3. Denne opkobling af intervention til reflexen trækker nogle bemærkelsesværdige følger efter sig. Såfremt interventionsforbudet flyder af staters eksklusive jurisdiktion (suverænitet) og dermed af staters frihed til myndighedsudøvelse, ville dette forbud ikke vende sig mod intervention i situationer, hvor staten ikke var fri men tværtimod underlagt en folkeretlig pligt, hvad enten det måtte være et forbud eller et påbud. I disse situationer ville der impliceres et interventionsmæssigt *carte blanche* – for så vidt uanset om pligten er brudt. Det er ikke nødvendigvis nogen folkeretlig tragedie, eftersom andre normer kan tage over, hvor interventionsforbudet slipper, fx magtanvendelsesforbudet i FN Paktens art. 2, stk. 4: »The Court concludes that acts constituting a breach of the customary principle of non-intervention will also, if they directly or indirectly involve the use of force, constitute a breach of the principle of non-use of force in international relations«, *(Para)Military* s. 109f. Imidlertid er det ikke noget ypperligt argument i relation til forståelsen af interventionsforbudet, at det er uden betydning. I tilfælde af, at den stat, som bliver offer for intervention, havde brudt en eller anden folkeretlig pligt, kunne det i praksis afgørende spørgsmål blive, hvorvidt den intervenerende stat alene intervererede af denne grund eller også af andre grunde, som ligger indenfor den eksklusive jurisdiktion. Et sådant skøn over intention rummer, uanset hvor udbredt det ellers er i folkeretten, ikke noget retsteknisk fortrin. Afgørende er imidlertid, at et sådan valg slet ikke anerkendes. Således ville det være meningsløst at føre lange diskussioner om, hvorvidt selvforsvarsret konkret lovliggør intervention, såfremt en almindelig adgang til repressalier (stadig) anerkendtes og derved satte interventionforbudets omfang, samh. *(Para)Military* s. 70ff., 119ff. og passim – og for den sags skyld også de diskussioner af andre undtagelser, som nævnes i de følgende afsnit. Den tidligere anerkendelse af undtagelse fra interventionsforbudet i tilfælde af en stats folkeretsbrud bortgik nogenlunde samtidig med, at adgangen til repressalier og anden magtanvendelse blev forbudt i folke-

retten, herom Oppenheim (1992) s. 419, note 12 og s. 439, note 4. Se også Higgins (1963) s. 217f., Brownlie (1963) s. 220 og 265, Danecke (1972) s. 37, Barsotti (1986) s. 79ff.

Til antikvarisk eksempel på tidligere anerkendelse udtaler John Westlake følgende om den form for intervention, der består i »interference of a state in affairs pending between two or more other states«: »Little remains to be said on the former after the observations which we have made on the principle of balance of power. When the relations between any two or more states have either passed into war or reached a degree of tension clearly threatening war, to deny the right of any other state to intervene in support of justice would be to deny the existence of an international society. When an analogous situation exists between individuals in a nation provided with a police, if the police are not present, as they cannot always be, it is both the right and the duty of bystanders to put an end to a brawl or to intercept a blow by which a brawl would be commenced. Still more must this be at least a right among states not provided with a police, but having commercial and other interests unavoidably affected by a war in any part of the world, while it commonly happens that several of them have also separate interests connected with the quarrel or with the way in which it may be settled. In such circumstances the motive for intervention is always present in more or less strength, and the general judgment of history has never condemned statesmen for acting on it, when it has been adequate to compensate the damage and risk attendant on widening the area of an international quarrel, and when the action taken on it has been consonant with justice«, Westlake (1910) s. 317f.

Uanset at ordene gennemstrømmes af sus fra raritetskabinettet, genfindes et (meget) lignende argument i Schwebels dissens i (*Para*)*Military* s. 350.

I *The Corfu Channel Case* udtalte ICJ: »The Court recognizes that the Albanian Government's complete failure to carry out *its duties* after the explosions, and the dilatory nature of its diplomatic notes, are extenuating circumstances for the action of the United Kingdom Government. *But to ensure respect for international law, of which it is the organ, the Court must declare that the action of the British Navy co[n]stituted a violation of Albanian sovereignty*«, *Corfu Channel* s. 35. Samh. ICJ Reports (1980) s. 3, 32f. og 44. I bund og grund gøres jurisdiktion som suverænitet betragtet her absolut i den forstand, at jurisdiktion (suverænitet) anerkendes uanset folkeretlig pligtsubjektivitet. I overensstemmelse med det internationale suverænitetsbegreb forstås den reflekterede suverænitet som et absolut virkende i hele beskrivelsesrammen, samh. kap. V, 4 og XVI. Denne brug af reflexen er endnu kun formel og som sådan tilladelig.

Det samme gælder vel også indledningsvis den forfølgelse af det suveræne interventionsforbud, som Thomas og Thomas sætter i scene. Til at begynde med hedder det her: »It is true that a respect for territory is included within the scope of the duties of states. *But the idea of territorial jurisdiction, of independence, of sovereignty* is broader than respect for territory only, no matter how sacred that territory may be thought to be. The right of internal independence or internal self-determination signifies the right of self-government by the nation, the supreme authority to control all persons and things within its boundaries subject only to rules of general international law and obligations assumed by international treaty. Within this sphere there is ordinarily a right to be free from intervention by other states«, Thomas & Thomas (1956) s. 68 – »The basis for the principle [of

non-intervention] is the theory of the independence of the sovereign state, the very foundation stone of international law. Postulating from this theory, it can be *deduced* that it is incumbent upon states not to intervene in the affairs of sister states, for intervention is an act which usurps the sovereign attributes of the state against which it is invoked – an infringement of the independence of the state intervened«, Thomas & Thomas (1956) s. 75. I andre ord kom definitionen af intervention til at lyde som følger: »intervention occurs when a state or group of states interferes, in order to impose its will, in the internal or external affairs of another state, sovereign and independent, with which peaceful relations exist and without its consent, for the purpose of maintaining or altering the condition of things«, Thomas & Thomas (1956) s. 71.

Se mere eller mindre tilsvarende fx Hall (1904) s. 284, Strupp (1930) s. 121, Jessup (1968) s. 172ff. Om Gerlachs definition, se nedenfor. Winfield kunne behændigt kommentere dette omfang af interventionsbegrebet: »a reader, after perusing Phillimore's chapter upon intervention, might close the book with the impression that intervention may be anything from a speech of Lord Palmerston's in the House of Commons to the partition of Poland«, Winfield (1922/3) s. 130. Behændigheden er dog letkøbt, eftersom ikke enhver intervention nødvendigvis er ilde set – i folkeretten.

Efter denne indledningsvise deduktion fra et suverænitetsbegreb kommer det videre spørgsmål, hvorvidt intervention kan være retmæssig – og i bekræftende fald i hvilket omfang. Generelt hedder det hos Thomas og Thomas: »It can then be said that there are special circumstances when intervention may be legitimate under general international law even though intervention by one state in the sphere of interests of another is normally illegitimate. Accordingly intervention is legal at general international law when exercised in pursuance of the right of self-defense, as a sanction, and by consent«, Thomas & Thomas (1956) s. 78. Denne snævre adgang til indskrænkende fortolkning af interventionsforbudet kan vise sig noget problematisk. Ifølge de samme forfattere skulle interventionsforbudet ikke blot favne »the use of force« men også »a lesser type of compulsion, i.e., political or economic«, Thomas & Thomas (1956) s. 72; blot dét, at en stat søger at tilvinge sig indflydelse over en anden stats jurisdiktion, kan meget vel implicere intervention. Hermed virker interventionsforbudet imidlertid også som en væsentlig begrænsning af denne anden stats jurisdiktion, eftersom de politiske eller økonomiske konsekvenser for andre stater af udøvelse af denne jurisdiktion vil fremstå som folkeretligt suspekte og egnet til intense analyser under interventionsforbudets fortolkning. Interventionsforbudet ville da begrundes i et princip om uafhængig og suveræn jurisdiktion, som det dog samtidig ville indskrænke i ikke uvæsentlig grad. Principielt kan så bredtfavnende et interventionsforbud derfor ikke som sådant deduceres fra den jurisdiktion, som tilkommer staten, fordi forbudet afføder indskrænkninger i samme jurisdiktion. Endvidere følger det af denne gensidighed mellem jurisdiktion og intervention, at det i disse tilfælde ville kunne hævdes, at selve anklagen om en anden stats intervention i sig selv ville være at betragte som intervention i denne anden stats forhold, og interventions-

forbudet ville herefter tage sig ud som en vægtning af disse krydsende interventions styrke; måske med formodning for, at den mest magtfulde af staterne – såfremt en sådan konkret kunne udpeges – blev dømt som den intervenerende. Thomas og Thomas er berøvet udsyn til disse konsekvenser, fordi de har isoleret et ubegrænset suverænitetetsbegreb til alene at virke til gunst for rettighedssubjektet. Mere adækvat er så Gerlachs definition: »Intervention ist ... jede Einmischung eines Staates in die Angelegenheiten eines anderen Staates gegen dessen Willen, wenn die Einmischungsmethode oder das Ziel bereits gegen eine Völkerrechtsnorm verstoßen oder sonst das Verhalten des eingreifenden Staates unter Berücksichtigung des Verhältnisses von Mittel und Zweck zu einer nicht *sozialadäquaten* Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Adressaten führt«, Gerlach (1967) s. 214.

Gensidighedsproblemet er særegent for det bredtformulerede interventionsforbud kombineret med en snæver adgang til gennembrydning af forbudet. Og derfor undgås det problem sædvanligvis, fordi det kun er den snævre adgang for retmæssig intervention, som er antaget i almindelighed – en antagelse af snæverhed, som sandsynligvis bunder i et traditionelt fællesskab omkring materiel brug af reflexen, samh. afsnit 5 nedenfor. Det er netop mod indskrænkning i et allerede fikseret interventionsforbud, at reflexen virker som argument. Før principperne for indskrænkende fortolkning af interventionsforbudet i øvrigt gennemgås, skal omfanget af selve forbudet søges af(s)kridtet. Og som det vil ses, tjener suverænitet almindeligvis *ikke* som slagord i denne normens almentolkning.

2. Interventionsforbud

Det er ikke mærkværdigt, at interventionsforbudet hos de forfattere, som forstod territorialhøjhed som eksklusiv adgang til tvangshåndhævelse, men ikke til udøvelse af (almindelig) jurisdiktion, stort set indskrænkes til alene at være vendt mod magtanvendelse eller trusler om magtanvendelse. Se *Lærebog* s. 216, Kelsen (1966) s. 73 og Brierly (1949) s. 284. Men også i øvrigt synes det klart, at den fysiske magtintervention, evt. blot truslen herom, er kernen i interventionsforbudet. Således udtalte ICJ i *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*: »Intervention is wrongful when it uses methods of coercion in regard to such choices, which must remain free ones. The element of coercion, which defines, and indeed forms the very essence of, prohibited intervention, is *particularly* obvious in the case of an intervention which uses force, either in the direct form of military action, or in the indirect form of support for subversive or terrorist armed activities within another State«, (*Para*)*Military* s. 108. Kernen i interventionsforbudet er således beskyttelse af staten som Sein – folkeretlig suverænitet; se endog Danecke (1972) s. 37 om »das entscheidende Kriterium« fra det mindre end intervention som »der gebieterische Charakter der Einmischung«, samh. Danecke (1972) s. 57ff., særligt s. 60ff.

Hvad angår territoriet, kommer interventionsforbudet herefter til at binde an til den grad af eksklusivitet, som staten kan hævde i forbindelse med tilstedeværelse på dette. Et eksempel på en undtagelse er uskadelig passage gennem (ydre) territorialfarvand, jf. *Corfu Channel* s. 28 citeret ovenfor i afsnit 1. Om forurening som intervention, se M'Gonigle & Zacher (1979) s. 143ff., 160ff. og 203f. Fra praksis kan nævnes klassiske *Trail Smelter*, RIAA III s. 1905ff.

I almindelighed sættes grænsen dog ikke ved sådan magtanvendelse, samh. Lawrence (1928) s. 120: »The essence of intervention is force, or the threat of force in case the dictates of the intervening power are disregarded«. Hvad angår *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, så må det være klart, at der ikke kan sluttes modsætningsvis fra det ovenfor givne diktum; også fordi det indledningsvis hed, at »the Court will define only those aspects of the principle which appear to be relevant to the resolution of the dispute«, (*Para*)*Military* s. 108. I samme dom hed det om andre tvangsfaktorer på den ene side: »In the view of the Court, while the arming and training of the contras can certainly be said to involve the threat or use of force against Nicaragua, this is not necessarily so in respect of all the assistance given by the United States Government. In particular, the Court considers that the mere supply of funds to the contras, while undoubtedly an act of intervention in the internal affairs of Nicaragua, as will be explained below, does not in itself amount to a use of force«, og på den anden side: »At this point, the Court has merely to say that it is unable to regard such action on the economic plane as is here complained of as a breach of the customary-law principle of non-intervention«, (*Para*)*Military* henholdsvis s. 119 og 126. Det er muligt, at det første af de to dikta skal ses som en udvidelse af tvangsfaktorerne i stedet for en udvidende fortolkning af indirekte magtanvendelse. I den sammenhæng er det ikke givet, hvilken tilgang der vil føre det mest vidtrækkende interventionsforbud med sig. I alle tilfælde synes det klart, at der her – uden for anvendelse af magt – er tale om et skøn og ikke et absolut forbud, samh. Thomas & Thomas (1956) s. 72. For en meget kategorisk, men også ganske uspecificeret opdeling i direkte og indirekte magtanvendelse akkom-pagneret af den – sandsynligvis forkerte – antagelse, at FN Pagtens art. 2, stk. 4 alene angår den direkte anvendelse, *Topics* særligt s. 394.

Tilsvarende hedder det fx hos Farer (1986) s. 127: »I conclude that under some circumstances, economic coercion can be a violation of international law. However, in the light of State practice, I believe that the circumstances in which this will be the case are so unusual that a State's use of economic power to influence another State is prima facie legitimate; and an enormously heavy burden of proof must lie on the State claiming that economic coercion constitutes aggression, and therefore justifies a violent response«; Oppenheim (1992) s. 434: »Interference which is sufficiently coercive to constitute intervention may take a variety of forms. It may involve the use of armed force in the direct form of military action, or in a more indirect form as where support is given to subversive or terrorist armed activities in another state. Other forms of coercion, involving economic or political measures rather than resort to military action, may also constitute intervention, where they have the necessary coercive effect«.

Den sidste vending kan forstås på to måder. Enten sådan, at interventionsforbud statueres, hvor en almen gyldig grænse for »coercive effect« er forpasset. Denne forståelse kan åbne op for det gensidighedsproblem omkring interventionsforbudet, som er skitseret ovenfor i afsnit 1 i forbindelse med analysen af Thomas og Thomas' bredtfavnende interventionsbegreb (og -forbud) – en dobbelttydighed i interventionsbegrebet, som så måtte skjules ved reflexen, dvs. begrundelsen af interventionsforbudet ved alene den truede stats såkaldte suverænitæt (jurisdiktion). Alternativt kan vendingen forstås relativt, således at »the necessary coercive effect« bestemmes konkret ved krydsning af de deltagende staters interesser og således modveje den truede stats interesse med betydningen af et interventionsforbud for den – potentielt – intervererende stat. Teorien synes almindeligvis – stadig – at lægge sig på en linie, som svarer til den sidstnævnte forståelse. Som nævnt i også afsnit 1 sigter reflexen i første række på subsumptionen og ikke almentolkning af interventionsforbudets indhold.

En sådan interesseafvejning til fiksering af interventionsforbudet er naturligvis teoretisk kompleks, men en vis vejledning kan nok hentes i de interesseafvejninger, som allerede ligger bag andre folkeretlige normer. Når der nu i hvert fald ikke længere består nogen pligt til at anerkende nye stater eller regeringer, jf. Brownlie (1990) s. 92, er det nærliggende på den baggrund at anrette en formodning mod, at sådan manglende anerkendelse er omfattet af interventionsforbudet, samh. Thomas & Thomas (1956) s. 242ff. og 263ff. Omvendt, når et forbud mod magtanvendelse er etableret i nutidens folkeret, så er der en stærk formodning for, at sådan magtanvendelse er omfattet af interventionsforbudet – »The Court concludes that acts constituting a breach of the customary principle of non-intervention will also, if they directly or indirectly involve the use of force, constitute a breach of the principle of non-use of force in international relations«, (*Para*)*Military* s. 109f. Der er dog selv sagt grænser for denne vejledning, dels fordi det trods alt ikke kan lægges til grund, at interventionsforbudet blot er en refleksion af andre folkeretlige normer, dels fordi – og i tæt meningssammenhæng med det første – at ændringer i andre normer ikke nødvendigvis er udtryk for en så væsentlig ændring i interessernes vægt, at det bør omforme interventionsforbudet. Men til en formodning kan vejledningen måske nok i de fleste tilfælde række. Heraf flyder vist nok, at interventionsforbudet må formodes centreret omkring magt (force) som tvangsfaktor. I den sammenhæng bør det også holdes for øje, at der traditionelt ikke hævdes noget princip, der – mere eller mindre som indskrænkende fortolkning – i nogle tilfælde alligevel kunne tillade (blot) økonomisk eller politisk intervention. Men – inddragelse af andre tvangsfaktorer, fx økonomiske eller (andre) politiske, kan vel næppe på forhånd udelukkes. Se også O'Connell (1965) 1 s. 325f. og 328ff. En videre fordybelse heri er for så vidt ikke relevant, eftersom der vil være tale om en udvidelse af interventionsforbudet ud over beskyttelsen af staten som *Sein* og dermed ud over det begreb om positiv suverænitæt, som her gives indhold. Samtidig ligger det fast, at reflexen ikke traditionelt spiller nogen materiel rolle i denne sammenhæng, idet det så samtidig bemærkes, at den her skitserede afvejning angår tvangsfaktorer og derfor er for-

skellig fra den definition og begrundelse af intervention(sforbudet) med suverænitet, som blev studeret i afsnit 1.

Efter skitseringen af interventionsforbudets indhold står et videre spørgsmål om forbudets eller princippet omfang, dvs. et spørgsmål om gennembrud af forbudet ved indskrænkende fortolkning. I den sammenhæng taler ICJ om »conduct prima facie inconsistent with the principle of non-intervention« og »prima facie acts of intervention«, jf. *(Para)Military* henholdsvis s. 109 og 126. I andre ord er udgangspunktet, at interventionsforbudet står. Herfra er der ikke langt til en (stærk) formodning mod indskrænkende fortolkning. Dette kan tilskrives blot almindelige fortolkningsbidrag fra den juridiske tradition, samh. *Topics* s. 409 og 463 med henvisning til netop »territorial sovereignty«. Men samtidig lurder reflexens materielle potentiale.

Udnyttelse af dette potentiale og dermed et forvarsel om, at reflexen spiller en helt andet og materiel rolle i subsumptionen, indeholdes i det ganske uantagelige synspunkt, at interventionsforbudet slet ikke skulle kunne gennembrydes. Karl Strupp afviste således muligheden for indskrænkende fortolkning: »Toute intervention est illicite, mais il n'y a pas d'intervention là où un Etat agit en vertu d'un droit lui appartenant«, Strupp (1930) s. 122. Tilsvarende vist nok Vattel, se *Droit des Gens* fx II, iv, § 54. I Singh's separate opinion i *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* hedder det i noget bredere vendinger: »I cannot conclude this opinion without emphasizing the key importance of the doctrine of non-intervention in the affairs of States which is so vital for the peace and progress of the international community. To ignore this doctrine is to undermine international order and to promote violence and bloodshed which may prove catastrophic in the end. The significant contribution which the Latin American treaty system along with the United Nations Charter make to the essentials of sound public order embraces the clear, unequivocal expression given to the principle of non-intervention, to be treated as a sanctified absolute rule of law whose non-observance could lead to disastrous consequences causing untold misery to humanity«, *(Para)Military* s. 156.

Indskrænkning af rummet for indskrænkende fortolkning til ingenting har vel aldrig været almindeligt antaget. Men på den anden side kan en afvisning af enhver indskrænkende fortolkning næppe betegnes som ekstrem. Diskussionen går primært i indskrænkende fortolkning som hjemmel for intervention med (fysisk) magt. Og da er det klart, at rummet for indskrænkende fortolkning er gjort meget beskedent. Singh argumenterer ovenfor for dette resultat med blandt andet det magtanvendelsesforbud, som indeholdes i FN Pagten. Det er dog næppe afgørende, eftersom hele tankemønsteret omkring gennembrud af interventionsforbudet trækker på rødder, som er ældre end disse forbud; fundamentet er ikke gjort i dette århundrede, igennem hvilket mønsteret tværtimod har været nærmest en trivialitet, se fx Hall (1904) s. 285ff., Westlake (1910) I s. 318ff. og von Liszt (1918) s. 60ff. Spørgsmålet er så, om reflexen også spiller materielt ind i dette mønster. I det omfang, reflexen tager del i den juridiske tradition, er spørgsmålet naturligvis særdeles komplekst.

3. »Any law, international or municipal, which prohibits recourse to force, is necessarily limited by the right of self-defence«, *Annual Digest* 15 s. 364

Med al ønskelig tydelighed betones det i dette diktum, at retten til selvforsvar ikke primært er en undtagelse til interventionsforbud men derimod til magtanvendelsesforbud – og således i sig selv med udsyn til »sovereignty or territorial integrity«, Thomas & Thomas (1956) s. 171. Imidlertid er det ikke udelukket, at selvforsvarsretten kan drive til intervention. I det tilfælde vil handlingen stadig være ret og interventionen altså ikke forbudt. Også på andre måder er dette diktum tankevækkende. Dinstein advarer mod sådanne »axiomatic propositions«, Dinstein (1988) s. 171, og det kan der vel være noget om. På den anden side hævder samme forfatter sammesteds, at »This postulate may have always been true in regard to domestic law«. Advarslen gælder altså alene folkeretten. Det er imidlertid ikke umiddelbart overbevisende, såfremt selvforsvarsretten – som også i diktummet – forstås som blot en indskrænkende fortolkning af et magtanvendelsesforbud, dvs. en subsumptionens undtagelse. For fortolkeren er i såvel folkeret som intern ret et – menneske; se fx Lawrence (1928) s. 125 om »The right to self-preservation« som beroende på »parity of reasoning«. Subsumptionen er som nævnt i kapitel X, 4 snarere end regler underlagt et svævende skøn, styret af (kultur)traditioner og andre samlebegreber. Det betyder, at Dinstein hævder en særlig folkeretlig tradition omkring selvforsvar, med et mere folkeretligt udtryk: *retten* til selvforsvar. Og det betyder endvidere, at det beror på en misforståelse, når selvforsvarsretten dadles for sin status som »inherent right« eller »droit naturel«, saml. Kelsen (1950) s. 791f., Verdross (1964) s. 23, Kelsen (1966) s. 61 og Dinstein (1988) s. 169f.; Combacan (1986) s. 9 vælger helt at overse begrundelsen. Se også (*Para*)*Military* s. 94, 102f. samt Goodrich & Hambro (1949) s. 297 og 299, Simma (1991) s. 621f. Om FN Pagtens art. 51, se nedenfor.

Det vil i øvrigt næppe gøre nogen forskel, om selvforsvarsretten betragtes som en del af almentolkningens udkommende og således som en negativ betingelse for overhovedet at statuere magtanvendelsesforbudet, samh. Higgins (1963) s. 167: »The basic rule – that force may not be used aggressively, but only in self-defence – is too broad to be of much guidance«. Under alle omstændigheder bliver resultatet det samme – gennembrud af et forbud mod magtanvendelse. Derimod kan denne betragtningsvinkel måske lettere forklare, dels at (alene) selvforsvarsretten nævnes i FN Pagten som afvigelse fra magtanvendelsesforbudet i art. 2, stk. 4, dels at der i den generelle diskussion har været en modvilje mod at »svække« magtanvendelsesforbudet yderligere, samh. Dinstein ovenfor.

Efter at naturretten i forrige århundrede oplevede sit i al væsentlighed endelige tæppefald og måtte overlade scenen til positivist, fortonede også teorien om retfærdig krig, bellum justum, sig. Se herom Dinstein (1988) s. 61ff. og Grewe (1984) særligt s. 131ff., 240ff., 623ff. og 728ff. I stedet blev princippet noget ind i indeværende århundrede det, at ingen krig var folkeretligt forbudt. På det tidspunkt var det selvsagt pudsigt at opretholde et forbud mod intervention, eftersom den mest kvalificerede intervention: krig, dog var lovlig og krigserklæringen blot en formel sontring, samh. Jessup (1968) s. 157. Tilsvarende pudsigt var det at

hævde en ret til selvforsvar al den stund, at væbnet svar i form af krig ikke var forbudt. Folkeretten regulerede alene jus in bello.

I 1928 blev Briand-Kellogg pagten undertegnet og folkeretten tog stand som jus contra bellum (ad bellum). I FN Pagtens art. 2, stk. 4 hedder det således: »All members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any member or state or in any other manner inconsistent with the purposes of the United Nations«. Det blev diskuteret i *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, hvorvidt magtanvendelsesforbudet nu var at betragte som sædvaneretligt, se *(Para)Military* s. 98ff.

I alle tilfælde er retten til selvforsvar i dag så langt fra at være pudsigt, at den kan siges at være – naturlig (inherent), jf. FN Pagtens art. 51, 1. pkt.:

»Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence, if an armed attack occurs against a member of the organization, until the Security Council has taken the measures necessary to maintain international peace and security«.

Artiklen præciserer ikke selve begrebet om selvforsvarsret, hvorimod der som indledningsvis antydnet er et indicium for (naturlig) sammenhæng med magtanvendelsesforbud som indskrænkning af det forbud. Dinstein (1988) s. 172ff. fortolker artiklen derhen, at den »permits self-defence solely when an 'armed attack' occurs«, ligesom ej heller »declarations of war« eller »mobilization« hører ind under artiklen. Tilsvarende forsigtighed findes hos Brownlie (1963) s. 256f. og 269ff., Jessup (1968) s. 166, Verdross & Simma (1984) s. 287f., Röling (1986) s. 5, Farer (1986) s. 124ff., Akehurst (1987) s. 261f., Hargrove (1987) s. 138f. Hvad der ikke gøres klart dér, er, at denne fortolkning bygger på en modsætningsslutning af artiklen, hvis belæg er tvivlsomt, allerede fordi en sædvaneretlig adgang til selvforsvar strækker sig længere. Se for dette synspunkt Goodrich & Hambro (1949) s. 301, Thomas & Thomas (1956) s. 170, Bowett (1958) s. 187ff., Higgins (1963) s. 199ff., Delivanis (1971) s. 59ff., Schwebel (1972) s. 479ff. og Bowett (1986) s. 40 – samt Dinstein (1988) s. 165 og 172. Retten er netop »inherent«; »It cannot ... be held that Article 51 is a provision which 'subsumes and supervenes' customary international law. It rather demonstrates that in the field in question, the importance of which for the present dispute need hardly be stressed, customary international law continues to exist alongside treaty law. The areas governed by the two sources of law thus do not overlap exactly, and the rules do not have the same content. This could also be demonstrated for other subjects, in particular for the principle of non-intervention«, *(Para)Military* s. 94, se også s. 103 sammenholdt med s. 104, 110f. og 127, samh. s. 348ff. i Schwebels dissens. Med også hovedparten af de sidstnævnte forfattere bør art. 51 i stedet fortolkes således, at i tilfælde af »an armed attack« gælder magtanvendelsesforbudet (og eventuelt interventionsforbudet) ikke, hvorimod adgangen til selvforsvar i andre situationer må ligge under for et mere konkret skøn.

I dette lys er det vist nok mest frugtbart ikke først at søge en definition af »armed attack« for dernæst at mobilisere afvejningskriterierne for andre tilfælde, hvor udøvelse af selvforsvar kan være berettiget. Alternativet til denne todelte tilgang er den indledningsvis opstilling eller blot anvendelse af afvejningskriterier med efterfølgende karakteristik af det som »armed attack«, der ud fra en generel betragtning måtte synes at berettige selvforsvar, mens anden, mere konkret adgang til selvforsvar bygges på sædvaneret. I og for sig er også denne alternative tilgang todelte. Men fordelene ved den er, at den tager udgangspunkt i den mest bredtfavnende norm, nemlig den sædvaneretlige og ikke traktatsretlige selvforsvarsret. Muligvis er denne tilgang derfor ikke blot mere frugtbar, men også mere tvangfri.

ICJ's flertal i *Case Concerning Military and Paramilitary Activities Case in and against Nicaragua* så sig nødsaget til at gøre brug af den førstnævnte tilgang, eftersom »reliance is placed by the Parties only on the right of self-defence in the case of an armed attack«, (*Para*)*Military* s. 103. På den anden side gjorde domstolen herefter nogle synspunkter gældende, som har stødt på modstand blandt tilhængere af samme tilgang. ICJ udtalte blandt andet: »But the Court does not believe that the concept of 'armed attack' includes not only acts by armed bands where such acts occur on a significant scale but also assistance to rebels in the form of the provision of weapons or logistical or other support. Such assistance may be regarded as a threat or use of force, or amount to intervention in the internal or external affairs of other States«, (*Para*)*Military* s. 103f. For kritik, se Dinstein (1988) s. 181ff.: »very baffling«, Hargrove (1987) s. 138ff.: »otherworldliness of such distinctions« og »deeply unwise«. Eftersom ICJ her udlægger (fortolker) retten til selvforsvar, må det være klart, at dette ikke i sig selv kan fordre påvist et eget ophav i »customary international law«, saml. Dinstein (1988) s. 183.

Som sagt skal der her søges gennemført en omvendt tilgang. Interessant er ikke i første omgang en definition af »armed attack«, men derimod en indkredsning af de lodder, som det sædvaneretlige princip om selvforsvarsret gør brug af i en afvejning af, hvorvidt retten kan gives i en given situation.

Selvforsvar er at forstå som »armed self-help«, se YILC (1980) I s. 54, som (»a lawful«) »use of force (principally, counter-force), under the conditions prescribed by international law, in response to the previous unlawful use (or, at least, threat) of force«, Dinstein (1988) s. 165. Bowett opstiller følgende »characteristics«: »(1) The right of self-defence lies against conduct by states which is delictual as being in breach of a duty established by international law. (2) The exercise of the right of self-defence presupposes the absence of any alternative means of protection for certain essential rights of the state which are endangered. (3) The danger to those rights must be serious, and must be actual or imminent. (4) The measures of self-defence taken must be reasonable, limited to the necessity of protection, and proportionate to the danger«, Bowett (1958) s. 269. Som også udtrykt i Bowetts fjerde karakteristikum, knytter berettigelsen af selvforsvar videre an til – efter sigende – to kriterier: »the necessity and the proportionality of the measures taken in self-defence«, samh. (*Para*)*Military* s. 103. Se også Dinstein (1988) s. 190f. og 227ff.; notevekslingen omkring *The Caroline Incident* er det klassiske hjem for kriterierne, samh. Delivanis (1971) s. 59; om *The Caroline*

Incident, se Jennings (1938) s. 82ff. Eventuelt kan kriterierne smeltes samme til blot et krav om selvforsvar som »reasonably necessary«, Hargrove (1987) s. 143. Det er dog mest af alt en tautologi – for kan det unødvendige være proportionalt eller rimeligt? Afgørende er derfor alene proportionalitetsprincippet, som i bund og grund blot er en forfinet betegnelse for et skøn, der komprimerer de konkrete hensyn i to modstående lodder. Etableringen af et mulighedernes rum for den indskrænkende fortolkning i udklædning som »necessity« er derimod foruden (anden) realitet, samh. Brownlie (1963) s. 46, McDougal & Feliciano (1994) s. 217f., 230.

Den skønsmæssige kerne i retten til selvforsvar skal ses i lyset af, at selvforsvar netop er rum for indskrænkende fortolkning af forbud mod magtanvendelse og intervention (ved magt) og som sådan et subsumptions specialfald. I konktionens natur bør et sådant skøn kun vanskeligt og sjældent fordelagtigt kunne præciseres yderligere – i generelle vendinger, saml. Brownlie (1963) s. 261ff. Den yderligere præcision, som søges gennemtvunget ved at opgive (supplerende) sædvaneretlig regulering og lade retten til selvforsvar være udtømmende defineret ved FN Pagtens art. 51, er i sig selv en modsætningsslutning beroende på et lidet elegant forhold til interventionsforbudets pligtsubjekter. Det er muligt, at reflexen virker materielt i den sammenhæng; herpå ændrer det i og for sig ikke, at den almindelige argumentationen orienterer sig mod FN – »The whole object of the Charter was to render unilateral use of force, even in self-defence, subject to control by the Organization«, Brownlie (1963) s. 273, samh. FN Pagtens art. 1, stk. 1. Og naturligvis: der er ingen magisk garanti for, at skønnet indskrænkes ved afskrivning af supplerende sædvaneretlig regulering; også art. 51 skal fortolkes.

4. »Nothing would be a more foolish footnote to man's demise than that his final destruction was occasioned by a war to ensure human rights«, Franck & Rodley (1973) s. 300

Oprindelig var humanitær intervention anerkendt, se fx *Belli ac Pacis* II, xxv, viii, II, xx, xxxviii og *Droit des Gens* II, iv, § 56. Anerkendelsen blev ikke som sådan svækket med det – netop – negative, originale suverænitetsbegrebs dominans i forrige århundredes reserverede domæne, men blev måske tværtimod opblødt, se Brownlie (1963) s. 338 med note 2. I indeværende århundrede har humanitær intervention (derfor) været mødt med nogen skepsis – i folkeretten. Fx hedder det stadig hos Brierly (1949) s. 286: »It is probably the realization of this possible contradiction between law and morality that leads some writers to regard humanitarian reasons as a legal justification for intervention; but it involves a radical departure from the present basis of international law to maintain that a state's treatment of its own subjects is, in the absence of any treaty protection, anything but a domestic matter which it may decide at its own discretion«, samh. Brierly (1963) s. 403; »Like civil obedience, however, this sense of superior 'necessity'

belongs in the realm not of law but of moral choice, which nations, like individuals, must sometimes make, weighing the costs and benefits to their cause, to the social fabric, and to themselves«, Franck & Rodley (1973) s. 304. Samh. Tesón (1988) passim.

I dag har anerkendelsen af humanitær intervention en næsten almindelig udbredelse: »There can be no doubt that the provision of strictly humanitarian aid to persons or forces in another country, whatever their political affiliations or objectives, cannot be regarded as unlawful intervention, or as in any other way contrary to international law«, (*Para*)*Military* s. 124. Se også Bowett (1958) s. 95, Tesón (1988) s. 200 og 245ff., Oppenheim (1992) s. 442ff. Afvisende er dog Brownlie (1963) s. 342, Brownlie (1973) s. 139ff., Franck & Rodley (1973) s. 304f., Brownlie (1974) s. 217ff. og Verwey (1986) s. 68 og 70ff. Samh. Thomas & Thomas (1956) s. 372ff., Lillich (1973) passim samt Schweigman (1993) s. 96 og 109.

Bortses der fra de principielle afvisninger har det videre spørgsmål så været, hvilket omfang denne ret til intervention antager. Tre bud herpå kan nævnes:

(1) »The three paradigmatic cases justifying humanitarian intervention are genocide, slavery and widespread torture«, D'Amato (1987) s. 226.

(2) »The characteristics of such aid were indicated in the first and second of the fundamental principles declared by the Twentieth International Conference of the Red Cross, that 'The Red Cross, born of a desire to bring assistance without discrimination to the wounded on the battlefield, endeavours – in its international and national capacity – to prevent and alleviate human suffering wherever it may be found. Its purpose is to protect life and health and to ensure respect for the human being. It promotes mutual understanding, friendship, co-operation and lasting peace amongst all peoples' and that 'It makes no discrimination as to nationality, race, religious beliefs, class or political opinions. It endeavours only to relieve suffering, giving priority to the most urgent cases of distress'«, (*Para*)*Military* s. 124f. Se også nedenfor i afsnit 5 om ICJ's egen mod-sætningsslutning heraf.

(3) »Die humanitäre Intervention ist ein gebieterisches Einmischen eines anderen oder mehrerer anderer Staaten in die inneren und äußeren Angelegenheiten eines Staates, der sich einer Verletzung der Menschenrechte schuldig gemacht hat, mit dem Ziel, weitere Verletzungen zu unterbinden und eine künftige Gewährleistung dieser Rechte durch den Verletzerstaat zu erzwingen«, Denecke (1972) s. 38.

Det er almindeligt i sammenhængen at afvise (yderligere) adgang til intervention under påberåbelse af (andre) folks ret til selvbestemmelse, se Thomas & Thomas (1956) s. 220f., Schwebel (1972) s. 483ff., Verwey (1986) s. 68ff. og Oppenheim (1992) s. 445f. Samh. Tesón (1988) s. 5: »I define humanitarian intervention as the proportionate transboundary help, including forcible help, provided by governments to individuals in another state who are being denied basic human

rights and who themselves would be rationally willing to revolt against their oppressive government«. ICJ har i sammenhængen udtalt: »It has to consider whether there might be indications of a practice illustrative of belief in a kind of general right for States to intervene, directly or indirectly, with or without armed force, in support of an internal opposition in another State, whose cause appeared particularly worthy by reason of the political and moral values with which it was identified. For such a general right to come into existence would involve a fundamental modification of the customary law principle of non-intervention«, (*Para*)*Military* s. 108.

Det er nu klart, at Uwe Daneckes begreb om humanitær intervention er væsentligt mere bredtfaende end dét, som udtrykkes i *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, for slet ikke at tale om D'Amatos. Forskellen bliver ikke mindre af, at Danecke tillige gør brug af et snævert begreb om intervention omkring »der gebieterische Charakter«, Danecke (1972) s. 37. Denne forskel i materiel afgrænsning bunder i det forhold, at mens ICJ og D'Amato synes at skitsere et område, hvor intervention vil være tilladt, så er Daneckes materielle afgrænsning blot indledningen til videre anvendelse af et proportionalitetsprincip, »nicht jede Menschenrechtsverletzung Anlaß zu einer Intervention geben kann«, Danecke (1972) s. 65. Samh. Tesón (1988) s. 207 og i øvrigt s. 201ff. med en kritisk analyse af ICJ's dom i *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*. Forskellen i materiel afgrænsning behøver derfor ikke nødvendigvis at give sig udslag i forskellig vurdering af en konkret situation. Forskellen består som udgangspunkt kun i, at mens særligt ICJ udstikker en materiel ramme med et minimum af skøn, så hævder Danecke en materiel ramme og et væsentligt større skøn herinde for. Daneckes anvendelse af proportionalitetsprincippet ved humanitær intervention svarer til dén, som er skitseret i relation til selvforsvarsretten ovenfor i afsnit 3.

Årsagen til og berettigelsen af ICJ's som D'Amatos indsnævring af den materielle ramme og dermed udelukkelse af proportionalitetsprincip og skøn vil blive analyseret i afsnit 5 nedenfor.

Se nedenfor i kapitel XV, 3 om intervention til fordel for egne borgere i udlandet – af Tesón kaldt »The second type of humanitarian intervention«, Tesón (1988) s. 5; samh. Schweigman (1993) s. 92 med note 2. I den sammenhæng kan det bemærkes, at Verwey, »for the purpose of the present study«, definerer humanitær intervention som »the protection by a State or group of States of fundamental human rights, in particular the right of life, of nationals of, and residing in, the territory of other States, involving the use or threat of force, such protection taking place neither upon authorization by the relevant organs of the U. N. nor upon invitation by the legitimate government of the target State«, Verwey (1986) s. 59. Hvad angår nationalitet har Verwey således udelukket »the unlikely case of interventions aimed exclusively at protecting the nationals of third States (i.e. persons other than nationals of the intervenor and of the target State)« – »in order not to complicate the matter unnecessarily«, Verwey (1986) s. 59. Synspunktet er altså det, at det i første række er staten, som har at varetage sine borgeres interesser. Såfremt staten selv forgriber sig på sine borgere og krænker »fundamental human rights«, kan enhver anden stat skride ind. Såfremt en stat på samme vis forgriber sig på andre staters borgere, kan måske alene disse andre stater intervenere humanitært – i hvert fald forestiller Verwey sig, at situationen er mere delikat. Tilsyneladende lader Verwey således nationalitet overglanse humanitære perspektiver. På den baggrund er det ikke mærkværdigt, at Verwey ender med i henhold til FN Pagtens art. 2, stk. 4 at forkaste humanitær intervention – »For, if international law, at the present stage of development

and effectiveness of international organization, does not provide room for genuinely unselfish, morally obligatory, last-resort humanitarian intervention, then it would lose control of and become irrelevant in some of the most dramatic situations; dramatic not only in a humanitarian sense, but also in terms of peace and security», Verwey (1986) s. 72f. Altså: det lidet effektive folkeretlige normsystem bør undlade at åbne op for den humanitære interventions mulighed, fordi en sådan åbning vil kunne blive udnyttet (for) effektivt; folkeretten skal ikke med vage formuleringer yde legitimation og beskyttelse for suspekte, fredstruende tiltag, tilsvarende fx Brownlie (1974) s. 223, 228. Om denne argumentation, se afsnit 5 nedenfor.

Afslutningsvis kan det herefter bemærkes, at der er en væsentlig og stadig modstand mod antagelse af humanitær intervention som institution. Argumentatorisk har modstanden to kort på hånden. Først spørgsmålet om humanitær intervention overhovedet kan anerkendes – principielt. Dernæst hvilket omfang denne adgang til intervention eventuelt måtte kunne indrømmes. Der er store muligheder for materiel brug af reflexen i denne struktur for diskussionen – som måske selv er skabt på grund af en modstilling mellem (såkaldt) suverænitæt og menneskerettigheder, samh. Schweigman (1993) s. 93f. og Hoffmann (1981) s. 64: »humanitarian intervention goes, so to speak, above the principle of sovereignty. It recognizes that there exist basic human rights, such as the right to life, which transcend the limits of the state«.

5. »any justification for intervention, being an exception to a fundamental rule of international law, has to be applied strictly«, Oppenheim (1992) s. 439

Herefter kan det spørges, hvorvidt andre undtagelser end selvforsvarsretten og den humanitære intervention kan gøres fra interventionsforbudet. Følgende ræsonnement fra *Military and Paramilitary Activities Case* er interessant i den sammenhæng:

»There can be no doubt that the provision of strictly humanitarian aid to persons or forces in another country, whatever their political affiliations or objectives, cannot be regarded as unlawful intervention, or as in any other way contrary to international law. ... In the view of the Court, if the provision of 'humanitarian assistance' is to escape condemnation as an intervention in the internal affairs of Nicaragua, not only must it be limited to the purposes hallowed in the practice of the Red Cross, namely 'to prevent and alleviate human suffering', and 'to protect life and health and to ensure respect for the human being'; it must also, and above all, be given without discrimination to all in need in Nicaragua, not merely to the contras and their dependents«, (Para)Military s. 124f.

ICJ's pointe er naturligvis, at sådan diskrimination beror på andre hensyn end de humanitære, og at disse andre hensyn endvidere overvægtet de humanitære, jf. det

først af Røde Kors' principper citeret i forrige afsnit. Derfor kan interventionen ikke tage sig retmæssig ud under påberåbelse af dens humanitære formål. Dette afføder ifølge ICJ »condemnation as an intervention«. Den underliggende præmis for denne slutning er, at intervention ikke kan legitimeres med andet end de humanitære hensyn og så den ret til selvforsvar, som allerede var blevet afvist af ICJ, jf. herom konklusivt (*Para*)*Military* s. 123. (Frivilligt) Samtykke, samh. FN Pagtens art. 2, stk. 7, kan ikke forstås som et tredje ophav for legitimation, eftersom samtykke er modsætningen til den tvang (coercion), »which defines, and indeed forms the very essence of, prohibited intervention«, (*Para*)*Military* s. 108. Ifølge dette diktum kan der således ikke interveneres af (øvrige) politiske eller økonomiske grunde. Dette er tillige opfattelsen i teorien, se fx Brownlie (1963) s. 254f., Oppenheim (1992) s. 439ff. Se også kap. XV, 3.

Denne tilgang er i og for sig bemærkelsesværdig. Udgangspunktet er interventionsforbudet, ubegrænset i materielt henseende. Herfra gøres en række i første omgang materielt bestemte undtagelser som selvforsvar og (måske) humanitær intervention. Begge disse rummer dog – i anden omgang – en videre afvejning, som konkret afgør, hvorvidt intervention er tilladelig. En mere enkel tilgang ville være af aflyse første omgang og blot fokusere på en afvejning, et proportionalitetsprincip. Nu kan det naturligvis hævdes, at selvforsvar og humanitær intervention blot er materielt afgrænsede grupper, hvor intervention hyppigere vil tage sig proportional ud end normalt. Men sagen er jo den, at der normalt ikke anerkendes nogen residual mulighed for intervention, såfremt denne ikke som reaktion falder indenfor en af grupperne, jf. diktummet ovenfor fra *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*; »Das Vorliegen einer 'grob- ben' Verletzung völkerrechtlicher Verpflichtungen ist dabei in erster Linie qualitativ, nur (vielleicht) subsidiär quantitativ zu beurteilen«, Denecke (1972) s. 63 – dette sidste er naturligvis vilkårligt al den stund, at det kvantitatives centrale kvalitet blot er, at det følger efter det (begrænsende) kvalitative. Bowett sætter trumf på og noterer sig, at »The present tendency is to distinguish self-defence from intervention«, hvorefter en udvidende og udtømmende fortolkning af selvforsvarsretten foretrækkes frem for anerkendelse af (andre) grupper af undtagelser fra interventionsforbudet: »The fear which lies behind a refusal to recognize the defence of nationals abroad as within the concept of self-defence is that this recognition would permit large-scale intervention totally unrelated to the danger to which the nationals are exposed«, Bowett (1958) henholdsvis s. 99f. og 105. Samh. Brownlie (1963) s. 255f.

Ved at fordre denne første, materielle omgang søges subsumptionen, den indskrænkende fortolkning af interventionsforbudet, sat på formler, hvorimod den anden proportionssøgende omgang synes besjælet af subsumptionens vanlige om end undertrykte skøn. Se for en prægnant formulering af dilemmaet, Bonfils (1905) I s. 156. Hvad angår den første omgang, så er det i princippet samme tendens, som ligger bag formulering af alskens fortolkningsregler. Heller ikke de forstår tvangfrit at indfange subsumptionens skøn. I nærværende er virakken dog ikke stor, fordi det er de hensyn, som ligger bag interventionsforbudet, som også

er kommet til orde i udfindelsen af de undtagelsesvisse gennembrud af dette forbud – i dag primært humanitær intervention og selvforsvar. Det kan også formuleres på den vis, at »restrictive interpretation« her er dominerende som princip, »any justification for intervention, being an exception to a fundamental rule of international law, has to be applied strictly«, Oppenheim (1992) s. 439, tilsvarende fx Verwey (1986) s. 67f. Den generelle – og berettigede – afvisning af dette fortolkningsprincip i fortolkningslæren kan støtte sig på en afstandtagen fra original suverænitæt i det folkeretlige normsystem, se kap. X, 4. Her er ikke tale om nogen konkret genoplivning af original suverænitæt – i relation til den potentielt krænkede stat –, eftersom indskrænkningen sker til fremme af en folkeretlig forbudsnorm. Omdrejningspunktet for »restrictive interpretation« er rettere det reflekterede suverænitetsbegreb, der netop – som interventionsforbudet i al væsentlighed – knytter an til staten som *Sein*. Her er således tale om et materielt udslag af reflexen, der besjæler den folkeretlige diskurs om undtagelser fra princippet om non-intervention, samh. Gerlach (1967) s. 2: »Das Verbot der Intervention beruht also letztlich auf der *Unzulässigkeit der Beeinträchtigung der Souveränität*«, jf. s. 6 om »Hoheitsbereich«. Interessant er det i denne sammenhæng, at mens selvforsvarsretten, som ikke alene, ej heller primært er vendt mod non-intervention, men derimod mod magtanvendelsesforbud, ligger under for et proportionalitetsprincip, så har ICJ hævdet, at det ikke gør sig gældende med hensyn til den ret til humanitær intervention, som alene vender sig mod non-intervention, jf. afsnit 4 om ICJ's lidet skønsvenlige rum for humanitær intervention. Drejningen fra orientering mod magtanvendelse til orientering mod alene intervention kunne derfor synes yderligere at styrke »restrictive interpretation«. Hertil kommer, at selve berettigelsen af humanitær intervention til stadig bestrides fra forskellige sider.

Til yderligere illustration kan nævnes, at Verwey konkret vil lade sin afvisning af humanitær intervention gennembryde af »the principle of necessity«. Gennembruddet er søgt forskanset fra ethvert udslagsgivende skøn og minder som sådan om ICJ's tilgang refereret i afsnit 4; se også Report of the Fifty-Fifth Conference of the International Law Association (1972) s. 555. Hos Verwey er betingelserne en objektiv intervention, der ikke er vendt mod den krænkende stat som sådan, men derimod mod »an emergency situation, in which fundamental human rights of a non-political nature, in particular the right to life, are (about to be) violated on a massive scale«, der står tilbage som eneste mulighed efter alle andres, også FN's, fald, og som endvidere er proportional og foruden potentiale til opløsning eller forværring af situationen, Verwey (1986) s. 74f. I sagens natur er det dog omsonst at søge en sådan grad af specificering af »the principle of necessity«, allerede fordi også princippet i sig selv og de af Verwey opstillede betingelser vil være underlagt samme princip, underlagt »the perpetual applicability of certain superior overriding principles of law; notably, the principle of necessity«, Verwey (1986) s. 74. Denne overnaturlige omgang med indskrænkninger i interventionsforbudet kan næppe forstås og opleves som andet end konsekvensen af en materiel brug af reflexen.

Det rene udtryk finder reflexen dog måske i »International legal topics«. Heiskanen sonderer generelt ved beskrivelsen af »The law of force« mellem »idealism« og »realism«; »idealism is based on the theory that the use of force is so strongly denounced in modern international legal materials that the prohibition of its use now constitutes the cornerstone of the law of force«, »realism is founded on the theory that force is still so widely used in international life that the law of force can be realistically premised only upon the recognition of force as a fact and the regulation

of its use», *Topics* s. 355. Heiskanen mener herefter, at denne sondring strider sig igennem det folkeretlige normsæt, således at »idealism« favner magtanvendelsesforbud, non-intervention og territorial suverænitet, mens »realism« holder på regulering af væbnet konflikter, retten til selvbestemmelse og retten til selvforsvar, se *Topics* s. 379f. Herefter gennemgås magtanvendelsesforbudet, hvilket angives at blive suppleret af princippet om non-intervention med forbud mod »indirect uses of force«, *Topics* s. 394, hvortil dog en passant nævnes den humanitære intervention som undtagelse, *Topics* s. 401, og som slutter med »territorial sovereignty«, fordi »it remains inadequate to the extent ... [at de andre forbuds] application is limited to external and internal armed conflicts«, *Topics* s. 406. Sondringerne mellem institutionerne er noget vilkårlige og ikke altid lige korrekte – indirekte magtudøvelse ligger ikke nødvendigvis uden for magtanvendelsesforbudet. Mere interessant er dog behandlingen af »realism«. Selve berettigelsen af denne ligger gemt i følgende passage: »If only the purpose is sufficiently legitimate or the stakes high enough, the modern law of force seems willing to abandon both of these distinctions [»between international law and international politics« og »between law and facts«] ... – a position which is bound to blur the distinction between legal and factual justification and thus undermine international law's normativity«, *Topics* s. 419. »Realism« dækker i andre ord blot over subsumptionens indskrænkende fortolkning af »idealism«, jf. den noget værdiledende indledning: »If only ...«. Heiskanen går imidlertid hårdhændet til opgaven, og læser således, at folks selvbestemmelsesret er en politisk foreteelse – fordi den er skabt i et politisk forum –, mens selvforsvarsretten bliver ubegrænset, bliver »procedural«, som følge af vagheden i proportionalitetsprincippet, se *Topics* henholdsvis s. 439 og 445f. Hertil kommer så regulering af krig (jus in bello), *Topics* s. 420ff. Disse fortolkningskunster forstås bedst ud fra det udgangspunkt, at magtanvendelsesforbudet nu også er – absolut. Det kan ikke gennembrydes. Og foreskriver fx FN Pagtens art. 51 et sådant gennembrud, så er det fordi magtanvendelsesforbudet er ord »rather than substantive limitations«, *Topics* s. 446. Heiskanen synes derfor i ypperligste grad at ligge under for reflexen. Sondringen mellem »idealism« og »realism« er et fejlgreb, fordi »realism« ikke har det almindelige omfang, som Heiskanens modstilling med »idealism« fordrer. Og tilbage står så hans konklusioner, herunder induktion af modstillingen mellem »idealism« og »realism« til folkeretten generelt, se *Topics* s. 452ff. Det er om muligt endnu mere forskruet end hans præmisser. Interessant er det dog, at denne induktion drejer omkring – »the principle of territorial sovereignty« alias »state sovereignty«, *Topics* s. 452.

Det kan naturligvis gøres gældende, at den materielle bestemmelse af undtagelserne fra interventionsforbudet snarere er politisk begrundet. Men det er to sider af samme sag. Som det skal skitseres i kapitel XVI, er den materielle anvendelse af reflexen netop mest af alt politisk begrundet; i hvert fald er den ikke som udgangspunkt folkeretligt begrundet, mens dens henlæggelse til politik måske mest af alt er et spørgsmål om værdiladning. Når endvidere Oppenheim gør gældende, at interventionsforbudet er »a fundamental rule«, Oppenheim (1992) s. 439, så er det en vurdering, som har sin største valør med den samlede folkeret som baggrund, mens forbudet i selskab med undtagende principper næppe kan siges at være helt så fundamentalt. Tværtom bør det, at et princip i et eller andet omfang kan gennembryde interventionsforbudet, tages til indtægt for, at også dette princip er fundamentalt og derfor ikke nødvendigvis skal underkastes »restrictive interpretation«.

I det hele er det ikke meget bevendt, at retsvidenskaben søger at mejsle almentolkningens værdibalance ind i enhver konkret situation og derved underkende subsumptionen, herunder indskrænkende fortolkning af interventionsforbudet. Ian Brownlie giver den ypperligste illustration af den ulykke, som subsumptionens

underkendelse må afstedkomme, idet Brownlie på en og samme tid anfægter humanitær intervention som retlig undtagelse til interventionsforbudet, fordi det ville åbne op for misbrug, jf. afsnit 4 ovenfor, og da alligevel tillader politiske, moralske gradbøjninger af samme forbud – humanitær intervention bliver »basis for a political plea in mitigation in parliaments, U.N. organs, and regional organizations«, Brownlie (1974) s. 225. Prisen for et ubetinget interventionsforbud er for Brownlie ikke et afkald på undtagelsesmuligheder, men derimod en forskydning af disse muligheder ud af folkeretten og over i politiske fora. På den ene side begrundes Brownlie sit bastante interventionsforbud i en frygt for politisk fordrejning af alternative undtagelseskategorier, se fx Brownlie (1974) s. 223 og 228, på den anden side bliver følge af det bastante forbud – ifølge Brownlie – en trindhøjere og paradoksal svækkelse af folkeretten, fordi den nu skal stilles for politikken og moralens standret; ved at overspænde interventionsforbudet, svækker Brownlie ikke blot samme forbud men også folkeretten i bredere forstand, fordi en folkeret med så bastante forbud er en folkeret, der brister.

Accepten af det mindre, nemlig muligheden for subsumption og indskrænkende fortolkning, er i øvrigt næppe i begrundelse – modsat rækkevidde – forskellig fra de politisk-moralske overvejelser, som Brownlie refererer til, samh. kap. X, 4.

KAPITEL XV

NATIONALITET OG SUVERÆNITET

1. »nationality is a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties«, *Nottebohm* s. 23

Dette diktum stammer fra ICJ's dom i *Nottebohm Case* fra 1955. Sagen udsprang af et erstatningskrav fra Liechtenstein mod Guatemala for – ifølge påstanden – folkeretsstridige tiltag over for en liechtensteinsk statsborger, hr. Nottebohm. Guatemala indvendte, at Liechtenstein slet ikke kunne gøre krav gældende i den anledning, fordi den i Tyskland fødte og i Guatemala bosiddende Nottebohms liechtensteinske statsborgerskab ikke vandt folkeretlig anerkendelse. Hvad angik spørgsmålet om nationalitet, udtalte ICJ generelt:

»The character thus recognized on the international level as pertaining to nationality is in no way inconsistent with the fact that international law leaves it to each State to lay down the rules governing the grant of its own nationality. The reason for this is that the diversity of demographic conditions has thus far made it impossible for any general agreement to be reached on the rules relating to nationality, although the latter by its very nature affects international relations. It has been considered that the best way of making such rules accord with the varying demographic conditions in different countries is to leave the fixing of such rules to the competence of each State. On the other hand, a State cannot claim that the rules it has thus laid down are entitled to recognition by another State unless it has acted in conformity with this general aim of making the legal bond of nationality accord with the individual's genuine connection with the State which assumes the defence of its citizens by means of protection as against other States«, *Nottebohm* s. 23.

I *Nottebohm Case* gennemføres således – hvad angår nationalitet – en sondring mellem en internretlig side, »for Liechtenstein, as it is for every sovereign State, to settle by its own legislation the rules relating to the acquisition of its nationality«, samh. Renton (1975) s. 21, og en folkeretlig side, idet »It does not depend on the law or on the decision of Liechtenstein whether that State is entitled to exercise its protection«, *Nottebohm* s. 20. Saml. van Panhuys (1959) s. 153ff. Tilsvarende eksempelvis i *Salem Case* s. 1184 og 1186 samt i art. 1 i Convention on Certain Questions relating to the Conflict of Nationality Laws fra 1930: »It is for each State to determine under its own laws who are its nationals. This law shall be recognised by other States in so far as it is consistent with international

conventions, *international custom, and the principles of law generally recognised with regard to nationality*«. Se også Jones (1956) s. 16, Weis (1979) s. 65, Brownlie (1990) s. 386.

I *Nottebohm Case* anføres blandt andet følgende betragtning om retsgrundlaget for folkeretlig anerkendelse af internretlige nationalitetsbegreber:

»If the arbitrators or the courts of such a State should confine themselves to the view that nationality is exclusively within the domestic jurisdiction of the State, it would be necessary for them to find that they were confronted by two contradictory assertions made by two sovereign States, assertions which they would consequently have to regard as of equal weight, which would oblige them to allow the contradiction to subsist *and thus fail to resolve the conflict submitted to them*. In most cases arbitrators have not strictly speaking had to decide a conflict of nationality as between States, but rather to determine whether the nationality invoked by the applicant State was one which could be relied upon as against the respondent State, that is to say, whether it entitled the applicant State to exercise protection. International arbitrators, having before them allegations of nationality by the applicant State which were contested by the respondent State, have sought to ascertain whether nationality had been conferred by the applicant State in circumstances such as to give rise to an obligation on the part of the respondent State to recognize the effect of that nationality. In order to decide this question arbitrators have evolved certain principles for determining whether full international effect was to be attributed to the nationality invoked. The same issue is now before the Court: it must be resolved by applying the same principles. The courts of third States, when confronted by a similar situation, have dealt with it in the same way. They have done so not in connection with the exercise of protection, which did not arise before them, but where two different nationalities have been invoked before them they have had, not indeed to decide such a dispute as between the two States concerned, but to determine whether a given foreign nationality which had been invoked before them was one which they ought to recognize. International arbitrators have decided in the same way numerous cases of dual nationality, where the question arose with regard to the exercise of protection. They have given their preference to the real and effective nationality, that which accorded with the facts, that based on stronger factual ties between the person concerned and one of the States whose nationality is involved«, *Nottebohm* s. 21f.

Hvad angår det første, delvist kursiverede diktum, så er det ikke en udstilling af mulighed for non liquet, om end ICJ synes at trække veksler på en almindelig frygt for non liquet ved at stille den manglende duelighed »to resolve the conflict submitted to them« i udsigt; om generelt forbud mod non liquet, se for fx Lauterpacht (1933) s. 63ff., og imod blandt andre Fastenrath (1991) s. 272ff. David Kennedy anfører i sammenhængen: »International law will decide. Without law, courts would have to choose between conflicting assertions of nationality. ...Thus international law serves the national authorities as it protects them from a court which would otherwise dominate them (by substantive choice) or abandon them to conflicts of authority (sources)«, *Structures* s. 170, samh. s. 151 og 154 med monosætningen som aksiom. Det giver dog ingen mening med Kennedy at hævde, at folkeretten »will decide« – også »without law«, for uden ret er der ingen folkeret, ingen norm til at beslutte og afgøre spørgsmålet ud fra, jf. kap. IX, 2 hvor absurditeten i en diskussion af non liquet og normhuller beskrives. Det egentlige spørgsmål for ICJ handlede ikke om non liquet, men om folkeretlig påtalesubjektivitet og ønsker om norms subjektivitet og om undgåelse af »to give ...

[States] the power to contract out of the very system of legal obligation«, Brownlie (1963²) s. 293, for som det tidligere anføres af samme forfatter: »Sovereignty which is ex hypothesi unlimited, even by the existence of other States, is ridiculous, whether dominion is sought to be exercised over territory, sea, airspace or population«, Brownlie (1963²) s. 291 og tilsvarende Brownlie (1990) s. 383. Samh. nedenfor om anvendelsen af et princip om (suveræn) lighed.

Det er nu klart, at (også) ICJ i *Nottebohm Case* fandt behov for folkeretlige normer. I den forbindelse kan det bemærkes, at mens der henvises til såvel »arbitrators« som »courts of third States«, tillægges PCIJ ingen opmærksomhed. Det er måske ikke tilfældigt. PCIJ havde i relation til Folkeforbundspagstens art. 15, stk. 8 gjort gældende, at »in the present state of international law, questions of nationality are, in the opinion of the Court, in principle within this reserved domain«, PCIJ Series B No. 4 s. 24. Ifølge PCIJ var spørgsmål om nationalitet således at forstå som »matters which, though they may very closely concern the interests of more than one State, are not, in principle, regulated by international law«, PCIJ Series B No. 4 s. 23f. Det betød, at spørgsmålet om jurisdiktion skulle finde sit svar i den variant af territorialhøjhedens grundsætning, som tilkender staten en udgangspunktets eksklusivitet, hvad angår jurisdiktion på eget territorium, jf. senere: »The question whether the exclusive jurisdiction possessed by a protecting State in regard to nationality questions in its own territory extends to the territory of the protected State depends upon an examination of the whole situation as it appears from the standpoint of international law. The question therefore is no longer solely one of domestic jurisdiction as defined above«, PCIJ Series B No. 4 s. 28. Forudsætningen for denne deduktion fra territorialhøjhed er, at ingen folkeretlige normer (i øvrigt) regulerer nationalitet, således at folkeretten forlader sig på blot territorial begrænsning, men materiel ubegrænsning. Det er naturligvis ikke foruden evner, når PCIJ forestiller sig, at fx spørgsmål om nationalitet kan være territorielt begrænset men dog »not, in principle, regulated by international law«, samh. *Structures* s. 151f. og hertil kap. XII, 3. Her impliceres en forståelse af territorialhøjhedens grundsætning som en norm hævet over »international law« og derved af den jurisdiktionelle eksklusivitet som noget forud givet, hvilket muligvis peger i retning af materiel anvendelse af reflexen fra et (absolut) suverænitetsbegreb i intern ret. Men ses der nu bort fra denne antydning af territorial begrænsning af jurisdiktionen, så er PCIJ's i øvrigt temmeligt fortolkningsvenlige diktum næppe uoverensstemmende med, hvad ICJ anfører i *Nottebohm Case*, saml. van Panhuys (1959) s. 154, Kunz (1960) s. 546, Jessup (1968) s. 68. Også her antages det jo, at spørgsmålet om nationalitet i intern ret er givet frit og staternes jurisdiktion som sådan uberørt. Udgangspunktet er til stadighed, at »the national status of a person belonging to a State can only be based on the law of that State«, PCIJ Series B No. 10 s. 19. Samh. Brownlie (1963²) s. 297, Crawford (1979) s. 41.

En parallel kan drages til principperne for territoriets fiksering. Som *animus possidendi* kan også lovgivning ses som udtryk for en stats vilje, der gør det ud for Sein-relateringsens grundbetingelse, samh. PCIJ Series A No. 7 s. 19. Ved nationalitet formaliseres betingelsen til ikke blot vilje

men til lov (regulering). Formaliseringen binder givetvis i en forskydning ved nationalitets-spørgsmål fra folkeret og mod intern ret, hvortil kommer, at personer kan bevæge sig (i forhold til blandt andet territorium) og derfor i mindre grad er underlagt staters kontrol. Saml. Brownlie (1990) s. 403: »In the absence of any internal law provisions or evidence of facts giving nationality by birth and other titles under internal provisions, a state may still claim to protect its population by virtue of its international competence, its sovereignty, and its very statehood (these three quantities being identical for the present purpose). If one accepts the existence of rules of attribution set by international law, then it is inelegant and illogical to say that diplomatic protection depends on 'nationality', especially when from the context the writer appears to refer to internal law«.

ICJ kommer i *Nottebohm Case* ind på et videre spørgsmål, som ikke behandles af PCIJ. Sandsynligvis er det derfor, at ICJ ikke i sin argumentation henviser til PCIJ. Dette videre spørgsmål går i, hvilket begreb om nationalitet folkeretten betjener sig af – ikke i relation til jurisdiktion (Sollen) men i relation til staters ret til beskyttelse af (egne) statsborgere. Det er et spørgsmål om betingelser for, at staten kan lade sig personificere i en person og derved tage sig ud som Sein i dennes skikkelse, samh. følgende diktum fra *The Mavrommatis Palestine Concessions*:

»Subsequently, the Greek Government took up the case. The dispute then entered upon a new phase; it entered the domain of international law, and became a dispute between two States. ... It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights – its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law«, PCIJ Series A No. 2 s. 12. Se også PCIJ Series A No. 17 s. 25ff. og Series A/B No. 76 s. 17 samt tillige Bowett (1958) s. 95.

Det kan også formuleres derhen, at den folkeretlige afretning af internretlige ambitioner om nationalitet grundes på et hensyn til andre stater, som primært består i at begrænse staters adgang til at hævde retlig interesse og påtalesubjektivitet ved folkeretsbrud, samh. *Lærebog* s. 200f. »The reason for the rule is that the nation is injured through injury to its national and it alone may demand reparation as no other nation is injured. As between nations the one inflicting the injury will ordinarily listen to the complaint only of the nation injured ... Any other rule would open wide the door for abuses and might result in converting a strong nation into a claim agency in behalf of those who after suffering injuries should assign their claims to its nationals or avail themselves of its naturalization laws for the purpose of procuring its espousal of their claims«, RIAA VII s. 140f. I princippet bæres denne tankerække af forudsætningen om en enentydig relation mellem påtalesubjektivitet og nationalitet. Enentydigheden er imidlertid ikke helt præcis. Påtalesubjektivitet anerkendes undtagelsesvis også for ikke-statsborgere, jf. Weis (1979) s. 39ff., Brownlie (1990) s. 382, 403 og 480, Oppenheim (1992) s. 515, og nægtes måske omvendt selv for egne statsborgere i tvister med stater, som tillige huser personen som statsborger, se nedenfor. Disse undtagelser forstås alminde-

ligvis snævert, men – navnlig den første – er naturligvis skønsmæssige. Samh. *Nottebohm* s. 24, PCIJ Series A No. 2 s. 12, PCIJ Series A/B Nos. 20–21 s. 17 samt afsnit 2 nedenfor.

Det er imidlertid ikke det svæv i nationalitetsbegrebet, som indbygges ad denne vej, der er af størst interesse. Antagelsen i praksis af en nær relation mellem påtalesubjektivitet og nationalitet, samh. Jones (1956) s. 4, lægger op til en ændring af argumentationsmønster ved en forskydning fra nationalitet over mod påtalesubjektivitet. *Nottebohm Case* bør ses i den sammenhæng. ICJ så påtalesubjektiviteten som den afgørende kvalitet ved folkerettens anerkendelse af statsborgerskab, »the admissibility of the claim of Liechtenstein in respect of *Nottebohm*«, *Nottebohm* s. 16. Kravene for denne anerkendelse blev af ICJ formuleret som »the real and effective nationality« og »this general aim of making legal bond of nationality accord with the individual's genuine connection with the State which assumes the defence of its citizens by means of protection as against other States«, *Nottebohm* s. 22 og 23 respektivt. Siden konkluderede ICJ i den konkrete sag: »These facts clearly establish, on the one hand, the absence of any bond of attachment between *Nottebohm* and Liechtenstein and, on the other hand, the existence of a long-standing and close connection between him and Guatemala, a link which his naturalization in no way weakened«, *Nottebohm* s. 26.

I *Nottebohm Case* har ICJ således bestandigt udsyn til, at påtalesubjektivitet ikke blot er én konsekvens, men nærmest konsekvensen af folkeretlig anerkendelse af *Nottebohms* liechtensteinske statsborgerskab, denne »connection with the exercise of protection«, dette »question ... with regard to the exercise of protection«, *Nottebohm* s. 22. Efter min opfattelse baserer dommen sig snarere på dette spørgsmål om berettiget påtalesubjektivitet og retlig interesse end på et egentligt, selvstændigt princip om nationalitet. Konsekvensen er ikke nødvendigvis, at dommen er forkert – om end relationen mellem påtalesubjektivitet og nationalitet ikke helt er enentydig som ovenfor nævnt. Men forskydningen mod spørgsmål om pligtsubjektivitet implicerer et særligt argumentationsmønster, hvorefter dommens præmisser afrettes; »The problem of plural nationality has frequently arisen before international tribunals, but not as rule in the form that the tribunals were called upon to determine the nationality of persons holding more than one nationality in favour of one or other of the nationalities, but rather as a preliminary question in order to enable the tribunal to determine whether it had jurisdiction. Most of the cases arose out of claims, and the question of the nationality of the individuals concerned had to be examined in order to establish the so-called 'nationality of the claim'«, Weis (1979) s. 170.

Grundtanken i *Nottebohm Case* synes at have været, at et folkeretsbrud ikke kan hævdes mod en stat, som for en almindelig betragtning må medgives at have større (retlig) interesse i personen end den påtalende stat. Havde ICJ anerkendt *Nottebohms* liechtensteinske statsborgerskab, var der åbnet op for liechtensteinsk påtale mod det på mange måder mere (retligt) interesserede Guatemala – i hvilken sammenhæng det bemærkes, at spørgsmål om retlig interesse i folkeretten netop er folkeretlige og ikke internretlige. ICJ hævdede i sagen at kunne støtte sig

på »The courts of third States«, »International arbitrators«, »the writings of publicists« og »The practice of certain States«, *Nottebohm* s. 22. Spørgsmålet – om nationalitet – tager sig dog en kende anderledes ud, end det blev fremstillet og end det var nødvendigt at fremstille det i *Nottebohm Case*, samh. Renton (1975) s. 47ff.

Nottebohm Case har da også affødt en lang række kommentarer, de fleste kritiske – men netop ud fra den forudsætning, at ICJ søgte afdækning af mere almindelige principper for folkeretlig anerkendelse af nationalitet, samh. Jones (1956²) s. 234 og 238ff., van Panhuys (1959) s. 156, Kunz (1960) s. 551ff., O'Connell (1970) s. 680, Renton (1975) s. 1, 61ff. og 69. Om analogier til juridiske personer, skibe og luftfartøjer, se fx Kunz (1960) s. 568ff. samt Renton (1975) henholdsvis s. 80f., 108ff. og 141ff. Se også Weis (1979) s. 318ff. med litteraturhenvisninger samt *Flegenheimer* s. 376. Mindre kritisk end almindeligt er Verdross & Simma (1984) s. 790.

David Kennedys tilgang til *Nottebohm Case* er unik: »As a doctrinal matter, the issue of nationality, for purposes of standing, might be resolved either objectively (on the basis of the formal passport) or subjectively (by investigation of the 'genuine link' between the individual and the state in question). The formal position seems objective in that it provides a predictable process for determining an individual's citizenship. The 'genuine link' position seems subjective in its reliance upon the essential bond between the individual and the country, which could be discovered only by vaguely framed standards, applied by analogical, even empathetic, reasoning. These associations, moreover, may be reversed: the formal rule might properly be seen as guaranteeing the state's subjective capacity to decide the nationality of its citizens as it sees fit. The 'genuine link' approach, on the other hand, can be applied by an impartial and objective outsider measuring objective factors. Similarly, either position may be associated either with the protection of sovereign equality or sovereign authority. The formal position safeguards the sovereign's ability to determine citizenship yet leaves it vulnerable to capricious assertions of citizenship by other states. The 'genuine link' position guarantees states that citizenship will not be legally manipulated but limits their freedom to grant or withhold nationality«, *Structures* s. 168.

De sidste sætninger er udtryk for en antagelse af reglen (»position«) som almindelig regel gældende for også andre stater; dvs. antagelse af en norm i normhullet, samh. *Structures* s. 190 og diskussionen i kap. XII, 3. Og samtidig er denne antagelse af almindelighed (formel retfærdighed) udtryk for det mere interessante, at Kennedys to sæt af objektive og subjektive tilgange bundet i to forskellige synsvinkler. For en ekstern synsvinkel, dvs. for andre stater, er passet det håndgribelige og objektive, »genuine link« det uhåndgribelige og (mere) subjektive. For en intern vinkel, for staten selv, er udstedelse af passet arbitrært og derfor subjektivt, mens bedømmelse af »genuine link« som sådan er uden for statens umiddelbare gebet og derfor (mere) objektivt. At forstå hvert synspunkt som indeholdende »the conflict between subjective and objective rhetorics«, *Structures* s. 169, forudsætter derfor, at synsvinklen flakser uroligt ud og ind; som sådan bliver den såkaldte konflikt derfor blot udtryk for, at pligt (objective rhetorics) og krav (subjective rhetorics) er korrelativt bundne. Konflikten er en trivialitet – i enhver normbeskrivelse. Og netop ved at erkende dette og afvise synsvinklens flaksen mellem pligt- og rettighedssubjektivitet i henhold til forskellige normer for i stedet at koncentrere diskussionen om en konflikt mellem forskellige normer, mellem forskelligt indhold af pligtsubjektiviteten, mellem forskellige »objektive rhetorics«, så forsvinder grundlaget for hele Kennedys syn på argumentstrukturen. ICJ valgte faktisk »rhetoric« og norm i *Nottebohm Case* og gennembrød derved normhullet i Kennedys »process discourse«, saml. *Structures* s. 109f. Det tilsløres en kende hos Kennedy ved at modstille to mulige normer for afgørelse af tvisten, pas og »genuine link«, mens modstillingen i folkeretlig praksis har stået mellem at træffe en afgørelse og at undlade dette, mellem normsubjektivitet og frihed for samme, mellem norm og ingen norm; se nedenfor om henholdsvis *Salem Case* og *Affaire Canevaro*, se for misforståelsen *Structures* s. 170. Den fortsatte analyse hos Kennedy mister sin værdi med disse grundlæggende fejlgreb, saml. *Structures* s. 169ff., og skal derfor ikke

i øvrigt gennemgås her – bortset fra den bemærkning, at Kennedy i sin tvangsfortolkning af dommens argumentation opbryder dommen, citerer først s. 20, 20f., 21 og 23, så igen s. 20, og tilbage til s. 23.

Ud fra min forståelse af *Nottebohm Case* må det være klart, at dommen ikke i sig selv kan hævde nogen vægtig værdi som præjudikat, samh. Brownlie (1963?) s. 285, *Lærebog* s. 204f. Også mange andre afgørelser ligger under for en – naturlig og på mange måder berettiget – drejning i argumentations- og begrundelsesmønstre over mod spørgsmålet om påtalesubjektivitet. I det følgende skal refereres nogle voldgiftsafgørelser, som muliggør tegning af en skitse for folkerettens omgang med spørgsmål om nationalitet, særligt de folkeretlige krav for anerkendelse af nationalitet (statsborgerskab) i henhold til intern ret (statsborgerskab).

I *Affaire Canevaro* (Canevaro Case) fra 1912 havde en person dobbelt statsborgerskab, et italiensk i medfør af et princip om jus sanguinis i italiensk ret og et peruansk i medfør af denne stats udsyn til jus soli. Herefter udtalte Cour permanente d'Arbitrage: »Considérant qu'un fait, Raphaël Canevaro s'est, à plusieurs reprises, comporté comme citoyen péruvien, soit en posant sa candidature au Sénat où ne sont admis que les citoyens péruviens et où il est allé défendre son élection, soit surtout en acceptant les fonctions de Consul général des Pays-Bas, après avoir sollicité l'autorisation du Gouvernement, puis du Congrès péruvien; Considérant que, dans ces circonstances, quelle que puisse être en Italie, au point de vue de la nationalité, la condition de Raphaël Canevaro, le Gouvernement du Pérou a le droit de le considérer comme citoyen péruvien et le lui dénier la qualité de réclamant italien«, *Canevaro* s. 406. Dommen søger således valg mellem to nationaliteter, som i og for sig begge – hver for sig – er at anerkende som folkeretlige. Det sker ud fra det effektivitetsprincip, som senere kom til udtryk i *Nottebohm Case* (»genuine link«). Forskellen mellem de to afgørelser er imidlertid, at i *Affaire Canevaro* er effektivitetsprincippet rammen om en afvejning af to i og for sig almindeligt funderede og derfor folkeretligt anerkendte nationaliteter, mens *Nottebohm Case* alene gør brug af effektivitetsprincippet. Det er oplagt, at såfremt ICJ var kommet til, at *Nottebohm* var tættere knyttet til Liechtenstein end til Guatemala, ville dommen ikke hermed være skrevet færdig. Efter disse relative overvejelser måtte det liechtensteinske statsborgerskab være at holde op mod en eller anden form for mere absolut tærskel, en nationalitetens mindstevalør for folkeretlig anerkendelse, saml. fra Reads dissens: »It is noteworthy that, apart from the cases of double nationality, no instance has been cited to the Court in which a State has successfully refused to recognize that nationality, lawfully conferred and maintained, did not give rise to a right of diplomatic protection«, *Nottebohm* s. 42. I modsat fald ville nationalitet være et relativt spørgsmål, svingende fra sag til sag og med mulighed for at finde fundament i blot den mindste snert af tilknytning til en stat – fordi sagen netop kun står mellem de stater, som deltager i afgørelsen, jf. *Salem* s. 1188 og *Flegenheimer* s. 377. Og det var ikke just en sådan relativisering, ICJ tilsluttede sig: »Naturalization is not a matter to be taken lightly. To seek and to obtain it is not something that happens frequently in the life of a human being«, *Nottebohm* s. 24. Det synes mest nærliggende, at ICJ

valgte en tilgang modsat den i *Affaire Canevaro*, fordi der aldrig var tvivl om sagens udfald, som fremstod evident på baggrund af effektivitetsprincippet, og derfor ikke fordrede en besværlig omvej omkring et folkerettens mindstekrav til nationaliteten.

I øvrigt er der ikke langt fra effektivitetsprincippet i *Affaire Canevaro* til hævdelser af et samtykke-princip, som tillægger individets valg mellem flere nationaliteter betydning. Et sådant princip forfægtes i et vist omfang af Weis, se Weis (1979) s. 102ff., 137, 147, 149 og tilsvarende Verdross & Simma (1984) s. 790; »A claim that the naturalisation has been imposed on the individual has to be substantiated by unequivocal circumstances« – vel at mærke ifølge »the courts of the country of origin«, Bar-Yaacov (1961) s. 135. Hos Weis hedder det tilsvarende: »It is not the freedom of the individual whose nationality is at issue, but the rights of the State of which he is a national, that are the primary considerations in international law«, Weis (1979) s. 112. Støtte for det modsatte synspunkt kan findes i *Mackenzie v. Germany* fra 1922: »The American law made no provision for the election of nationality by an American national by birth possessing double nationality. The American Department of State might decline protection to an American by birth of foreign parents, so long as he resided in the country of the nationality of his parents, but it could not deprive him of his American citizenship. Much might be said in favour of adoption by the United States and other nations of a multilateral treaty, supplemented by municipal legislation, looking to the abolition of dual nationality or its termination through enforced election under appropriate restrictions. But it is not competent for this international tribunal to consider what the municipal law of the United States with respect to its citizens should be, but only to find and declare that law as it is to the extent necessary to determine the jurisdiction of this commission and the liability of Germany under the Treaty of Berlin«, AJIL (1926) s. 595. Se også O'Connell (1970) s. 679, Brownlie (1990) s. 405f. og 408.

I opposition til *Affaire Canevaro* står *Salem Case* fra 1932. Salem erhvervede ved naturalisation amerikansk statsborgerskab. Senere påstod USA sig kompetent til at påtale egyptiske dispositioner over for samme Salem. Egypten afviste dette, blandt andet med den begrundelse, at Salem, der var født i Egypten, var egyptisk statsborger. I voldgiftsdommen hed det: »The principle of so-called 'effective nationality' the Egyptian Government referred to does not seem to be sufficiently established in international law. It was used in the famous Canevaro Case, but the decision of the Arbitral Tribunal appointed at that time has remained isolated. In spite of the Canevaro Case, the practice of several governments, for instance the German, is that if two powers are both entitled by international law to treat a person as their national, neither of these powers can raise a claim against the other in the name of such person«, *Salem* s. 1187. I denne sag ville voldgiftsdommerne således afstå fra valg mellem flere, folkeretligt anerkendte nationaliteter.

Om denne anerkendelse hed det videre: »Accordingly the Egyptian Government need not to refer to the rule of 'effective nationality' to oppose the American claim if they can only bring evidence that Salem was an Egyptian subject and that he acquired the American nationality without the express consent of the Egyptian Government«, *Salem* s. 1187. Om end bevisbyrden angives at være i egyptisk disfavør, opstiller voldgiftsretten en ret for stater til ikke at blive berørt af en statsborgers naturalisation i en anden stat – uanset at også dette statsborgerskab ville være at anerkende folkeretligt. Den ret, som voldgiftsretten hermed medgav Egypten, kan ses i sammenhæng med følgende diktum – i engelsk oversættelse – fra en dom afsagt i 1930 af en fransk domstol: »It is commonly recognised by the practice of courts that the act of naturalisation is

essentially a unilateral act of sovereignty which does not require the approbation of the country of origin of the naturalised person. The absence of any authorisation is immaterial from the point of view of French legislation», Annual Digest 5 s. 233. Tidligere hed det i *In re Siem*, en dom fra 1922 afsagt af en amerikansk domstol: »A person may be admitted to citizenship in another country without his country's consent, but the only result is that thereafter he is a citizen of two countries. His allegiance and obligations to the country of his birth are not diminished, and in so far as they conflict with his new allegiance 'he becomes a citizen of the new country at his peril', Talbot v. Johnson, 3 Dall. 164, 169, II L. Ed. 540«, Annual Digest 11 s. 188.

I alle tilfælde kan det ikke andet end konkluderes, at folkeretten indeholder et mindstekrav for anerkendelse af nationalitet, samh. for en noget bastant formulering Renton (1975) s. 5: »Jurisdictional competence stems from the sovereignty of a state. The exercise of jurisdiction by a state will be prima facie contrary to international law should there be no connection whatsoever between the state and the object of its jurisdiction. International law however has tended to recognize particular bases of state jurisdiction«. Det betyder, at en stat ikke vilkårligt kan tildele enhver statsborgerskab og herefter blandt andet unddrage sig de regler, der vil være at betegne som folkeretlig suverænitet i denne sammenhæng – et hjem for normer, som beskytter borgere mod andre staters fysiske overgreb og i denne forstand værner om staten som *Sein*, staten som i fysisk henseende kumulationen af sine statsborgere. I andre ord synes der også her mening med normer, som vil være at betegne som folkeretlig suverænitet. Disse skitseres i de(t) følgende afsnit.

Afslutningsvis skal den principielle strid mellem *Affaire Canevaro* og *Salem Case* omtales. I en anden sag, *Mergé Case* fra 1955, gav Italian-United States Conciliation Commission efter gennemgang af traktater, sædvaner, domme og litteratur følgende karakteristik af de to principper: »The first of these [som fandt anvendelse i blandt andet *Salem Case*], specifically referring to the scope of diplomatic protection, as a question of public international law, is based on the *sovereign equality* of the States in the matter of nationality and bars protection in behalf of those who are simultaneously also nationals of the defendant State. The second of the principles [anvendt i fx *Affaire Canevaro*] had its origin in private international law, in those cases, that is, in which the courts of a third State had to resolve a conflict of nationality Laws. Thus, the principle of effective nationality was created with relation to the individual. But decisions and legal writings, because of its evident justice, quickly transported it to the sphere of public international law«, *Mergé* s. 246.

Kommissionen søgte et forlig mellem disse principper: »The principle, based on the sovereign equality of States, which excludes diplomatic protection in the case of dual nationality, must yield before the principle of effective nationality whenever such nationality is that of the claiming State. But it must not yield when such predominance is not proved because the first of these two principles is generally recognised and may constitute a criterion of practical application for the elimination of any possible uncertainty«, *Mergé* s. 247. Meningen er således, at staterne alene er lige i mangel af bevis for effektivitet og ulighed. Herved kan

kommissionens princip om »sovereign equality of the States« synes reduceret til blot en (formel) bevisbyrde-regel, eftersom det må være klart, at effektivitetsprincippet ikke kan anvendes i mangel på dokumenteret eller formodet effektivitet, se Renton (1975) s. 35, Verdross & Simma (1984) s. 791, Brownlie (1990) s. 399. Men i denne bagatellisering skjules den egentlige funktion af et princip om (suveræn) lighed. Lighedsprincippet bliver omdrejningspunkt for fremyngling af monosætninger, af nationalitetens eksklusivitet, ved effektivitetsprincippet og derved fremfindelse af – ulighed. For i tilfælde af lighed skrives ræsonnementet som følger: »The principle of equality states that both states are equally entitled to claim, therefore neither may bring a claim against the other«, Renton (1975) s. 31 med yderligere henvisninger.

Det er naturligvis en vilkårlig slutning – set fra blot et lighedssynspunkt kunne staterne lige så vel være lige i deres normsubjektivitet som i deres frihed for samme, saml. Brownlie (1963²) s. 294. Men slutningens vilkårlighed forgår, når det tages i betragtning, at der ikke blot er tale om lighed men om *suveræn* lighed. Med denne suverænitets reflex som bærende præmis kan Brownlie følges, når følgende gøres gældende: »The primary object of the study is to establish that, as a general principle, the effective link provides the *only logical approach* to many problems of nationality law and avoids the inconveniences and structural flaws in the system of law which flow from the principle of freedom in nationality matters«, Brownlie (1963²) s. 286. Om suveræn lighed i øvrigt, se kap. XVI. En variation over samme tanke, som findes i *Mergé Case*, indeholdes i følgende passage fra Bar-Yaacov (1961) s. 76: »The principle of reciprocity which has been emphasised in many of the cases examined in the present section entails a respect for the sovereign jurisdiction of foreign States. As a rule, States have refrained from extending diplomatic protection to one of their citizens against a State which could rightfully claim the allegiance of the same person. Whenever such protection has been exercised, the protecting States have had to rely on 'customary courtesy' as a basis for their representations. Conversely, States against whom diplomatic protection was accorded, have never failed to assert their exclusive right to enforce their laws upon their own nationals, notwithstanding the fact that the person concerned might equally be a national of another State«, samh. Bar-Yaacov (1961) s. 146ff. om en afvigende amerikansk praksis.

Tilgangen til konflikten – og hele spørgsmålet om nationalitet – bør imidlertid være en noget anden. I princippet kredser spørgsmålene om et trekantsforhold: en person og to stater. Hvad angår naturalisation, så tages udgangspunktet i relationen mellem personen og den stat, som oprindeligt eller først anerkendte ham/hende/den som statsborger. I den relation finder suveræniteten sit entydige locus i denne stat. Herefter bliver denne stats samtykke afgørende for, at personen kan gives et nyt eller blot endnu et statsborgerskab med virkning for den oprindelige hjemstat, jf. således *Salem Case*. Og personens eget samtykke vil være den almindelige betingelse for, at han overhovedet underordnes en ny stat, knytter en relation mellem sig og denne stat, således Jessup (1968) s. 77. Da Hugo Grotius behandlede samme spørgsmål, var der ingen tvivl om, at konflikten var internret-

lig – »Scimus populos esse, ubi id non liceat, ut apud Moschos: nec negamus talibus pactis iniri posse societatem civilem, et mores vim pacti accipere« [20]. Hensynet til staten formuleres videre som: »Tamen hic quoque servanda est regula naturalis æquitatis, quam Romani in privatis societatibus dirimendis secuti sunt, ut id non liceat si societatis intersit« [21]. Herefter har personen undtagelsesvis ikke adgang til at søge nyt statsborgerskab, fx under krig eller i tilfælde af betydelig gæld til staten. Men almindeligvis er individet stillet frit ifølge Grotius' naturret – »Extra hos casus credibile est ad liberam civium discessionem consentire populos, quia non minus ex ea libertate commodi sentire aliunde possunt« [22]. Se i det hele *Belli ac Pacis* II, v, xxiv.

Illustrerende er også følgende diktum fra *Sentence arbitrale sur la réclamation numéro 4, présentée par Don Agustin Arata*: »Concédant ... Que sans doute quand il se soulève une question de compétence par suite de cette circonstance que lois de deux Etats attribuent à un même individu une nationalité différente, les tribunaux de chacun des deux Etats appliquent leur loi propre; mais qu'il n'en est plus de même lorsque la question se pose devant un Tribunal Arbitral, lequel décide conformément aux principes du droit international; et qu'un de ces principes, universellement admis, étant que l'enfant légitime acquiert, à l'instant de sa naissance, la nationalité que possède le père à ce moment«, RIAA xv s. 402.

I folkeretten er det ikke som udgangspunkt relationen mellem personen og de to stater respektivt, som er interessant, samh. Weis (1979) s. 88: »The general rules of international law, particularly those concerning sovereignty, territorial and personal supremacy, extra-territoriality, etc., have, however, certain effects on nationality law«. Interessant er derimod forholdet mellem de to stater, som begge hævder folkeretlig anerkendelse af det statsborgerskab, som de i bedste mening har begunstiget personen med. Her har suverænitet, lighed eller reciprocitet intet operationelt indhold; det er netop fra en internretlig synsvinkel, i relationerne mellem personen og alene den ene stat, at fx et suverænitetsbegreb trænger sig på med en entydighed, som både kræver opmærksomhed men også forbigåelse, fordi den anden stat og dermed konfliktens anden part slet ikke passer ind i et sådant snit. Hævdelse af suverænitet i denne sammenhæng er en reflex fra det internretlige suverænitetsbegreb. Det er i og for sig ikke mærkværdigt, eftersom de fleste fremstillinger er orienteret mod beskrivelse af i første række intern ret og i anden række den folkeretlige regulering. Men det kan være afgørende, når denne reflex finder et materielt fæste i den folkeretlige diskussion og således fordrer en bestemt løsning, samh. det tidligere citat fra Bar-Yaacov (1961) s. 76.

Samme forfatter fortolker i øvrigt art. 4 i 1930-konventionen som udtryk for, hvad der her benævnes som blot en reflex: »The Hague Conference revealed the firm determination of States to safeguard their sovereignty. Diplomatic protection of a national against another State whose nationality the individual also possessed was considered to be an interference with the personal jurisdiction«, Bar-Yaacov (1961) s. 75. I princippet er dette mindre betænkeligt, fordi traktaten i hvert fald i formen er retsskabelse. Men i øvrigt gik disse konferencer netop blot i kodificering af sædvaneret, og af den grund er reflexen lige fuldt betænkelig – om end selv reflexer, retvildfarelser vel kan kreere også sædvaneret (og juridisk tradition).

I sagens natur trækkes konflikten mere klart op, når reflexen, særligt i sin materielle form, lægges bag. Såfremt der overhovedet skal træffes et valg, samh. *Notte-bohm* s. 21, går dette i uddeling af primat til én af flere staters krav på nationalitet og dermed konkret fravalg af personens borgerskab i andre stater, hvormed følger de til nationalitet knyttede muligheder, friheder eller rettigheder. Formuleret fra en internretlig – og i folkeretten selv sagt aldrig tilfredsstillende – synsvinkel, styres dette valg ikke af én stats suverænitet, men er tværtimod et valg mellem suveræniteter. Alene reflexens materielle slagside kan tilsløre dette, således i *Mergé* s. 246, hvor spørgsmålet »simply« formuleres som gående i, »whether diplomatic protection can be exercised in such cases«. Se også Jones (1956) s. 43f., som tilslutter sig en komprimeret udgave af effektivitetsprincippet, »the 'master-nationality rule'«, med alene udsyn til (såkaldt) territorial suverænitet, territorialhøjhed; måske i samme retning Weis (1979) s. 101 og 185.

I slagordsform kunne løsningen på denne konflikt formuleres lig den, som er skitseret i kapitel XIII, 3 om fiksering af (adkomst til) territorium. Et bredtfavnende effektivitetsprincip ville herefter være rammen om en afvejning af de stridende staters nationalitet. Og den oprindelige eller første, folkeretligt anerkendte nationalitet, den som ikke hidrører fra i hvert fald den seneste naturalisation, ville i sig selv være båret af en vægtig formodning – som oprindelig adkomst til et territorium. Derimod er vægten af effektiv myndighedsudøvelse nok ringere, eftersom personen er mobil og således unddrager staten samme grad af kontrolmulighed, som haves i relation til territorium, saml. Brownlie (1963²) s. 286. Heri ligger givet vis også en grund til, at *animus possidendi* har fundet et fuldt ud formaliseret udtryk ved nationalitet – statsvilje udtrykt ved (intern)retlig tildeling af statsborgerskab, samh. kap. XIII, 1. Disse overvejelser er igen et forlig mellem ellers modstridende synspunkter, men denne gang givet vis med en forskydning i retning af den oprindelige nationalitets (adkomsts) overvægtning af en senere. Overvejelserne peger desforuden frem mod en differentiering mellem nationalitetskonflikter opstået allerede ved personens fødsel eller først senere ved naturalisation, idet der i den første situation synes at være et større rum for effektivitetsprincippet. Slutteligt skal det igen bemærkes, at afvejningen ikke nødvendigvis skal resultere i én vægtskåls fald; monosætningen har – også når der bortses fra et princip om staters (suveræne) lighed – ikke helt den aksiomatiske status, som omgiver samme sætning ved fiksering af territorium.

Det er vanskeligt at medgive eller fornægte disse overvejelser støtte i praksis eller teori, eftersom denne i vidt omfang er præget af den materielle reflex. Det rækker dog vel også som afslutning på dette afsnit blot at gentage, at folkeretten forbeholder sig en mulighed for censur over for internretligt statsborgerskab, hvorfor normer, der ville være at betegne som folkeretlig suverænitet, ikke af den grund forekommer formålsløse. I de følgende afsnit skal det undersøges, hvorvidt sådanne normer kan udfindes i folkeretten.

2. »*standard of justice, very simple, very fundamental, and of such general acceptance by all civilized nations as to form part of the international law of the world*«, *Presidential Address citeret fra Stowell (1921) s. 159*

Flere grupper af normer kan på forhånd afvises som (direkte) relevante for et begreb om folkeretlig suverænitet. Således menneskerettigheder, der sigter på beskyttelse af individer (mennesker) i almindelighed og dermed ikke blot på udenlandske statsborgere, der i denne sammenhæng kan betragtes som personifikation af egen stat – »By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights – its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law«, PCIJ Series A No. 2 s. 12 tillige citeret i PCIJ Series A/B Nos. 20–21 s. 17 og *Nottebohm* s. 24. Se også *Droit des Gens* II, vi, § 71. Interessant i denne sammenhæng er i stedet de mindstekrav, som almindelig folkeret og civilisation stiller til behandling af udenlandske statsborgere. Herom hed det i 1926 i *Neer Claim*: »the treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of *international standards* that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency«, RIAA IV s. 60.

Dette diktum lægger sig op ad »international standards«. I delvis opposition hertil står det synspunkt, at behandlingen af udenlandske statsborgere (alligevel) ikke kan afføde folkeretsbrud i det omfang, behandlingen ikke er diskriminerende i forhold til statens egne statsborgere, dvs. at uanset gennembrud af internationale mindstekrav diskulperer en lighedsgrundsætning fra folkeretligt ansvar – »Considérant que le Tribunal n'a pas à rechercher ce qu'il faudrait décider si la créance avait appartenu à des Italiens au moment où intervenait la loi qui réduisait dans de si grandes proportions les droits des créanciers du Pérou et si les mêmes sacrifices pouvaient être imposés aux étrangers et aus nationaux; Mais qu'en ce moment, il s'agit uniquement de savoir si la situation faite aux nationaux, et qu'ils doivent subir, sera modifiée radicalement, parce qu'aux nationaux sont substitués des étrangers sous une forme ou sous une autre; Qu'une telle modification ne saurait être admise aisément, parce qu'elle serait contraire à cette idée simple que l'ayant-cause n'a pas plus de droit que son auteur«, *Canevaro* s. 408. Denne indskrænkning af forbudet til diskrimination under visse mindsteværdier og dermed relativisering af mindsteværdierne under hensyntagen til den pågældende stats udnyttelse af sin jurisdiktion læner sig i væsentlig grad op ad reflexens materielle side i den forstand, at diskulpation ad lighedens vej implicerer et væsentligt udsyn til territorial suverænitet eller jurisdiktion i den absolutte form, som den gives i intern ret. Samh. Ammoun i en separate opinion i *Barcelona Traction* s. 322. I den sammenhæng skal ses det synspunkt, at mindsteværdierne ikke er andet og mere end naturretlig knæfald, se Roth (1949) s. 88 med henvisninger.

Lighedsdiskulpationen hævdes vel ikke mere, se også van Panhuys (1959) s. 45, O'Connell (1970) s. 693ff., Bronwlie (1990) s. 524. Men reflexen spørger sta-

dig, når det hos Brownlie videre hedder: »The experience of the Latin American states and others dictates extreme caution in handling the international standard, but it is necessary to distinguish between, on the one hand, the question as to the content of the standard and the mode of application and, on the other hand, the core principle, which is simply that the territorial sovereign cannot in all circumstances avoid responsibility by pleading that aliens and nationals had received equal treatment«, Brownlie (1990) s. 525. En sådan sondring mellem principiel anerkendelse af muligheden for brud på »territorial sovereignty« og omfanget af dette brud i konkrete sammenhænge er foruden enhver elegance og relevans, eftersom den principielle anerkendelse ikke kan hvile på andet end overbevisningen om, at omfanget overstiger ingenting. Om samme argumentatoriske opdeling omkring intervention, se kap. XIV, 5 og nedenfor i afsnit 3. Sondringen illustrerer sandsynligvis den forrang, som reflexen, »territorial sovereignty«, tillægges, og som forsyner reflexen med en materiel slagside i den folkeretlige argumentation. På den baggrund kan det ikke undre, at folkeretlige mindstekrav for staters behandling af fremmede formuleres med så brede strøg, at alt stadigt er muligt ved en senere fiksering af kravenes omfang og deres anvendelses rum.

I forlængelse heraf ligger det synspunkt, at mindstekravene for behandling af udenlandske statsborgere bør identificeres med (fundamentale) menneskerettigheder, som derved ikke blot tjener til højnelse af kravene i en mere moderne tid men også til dog at skitsere snerten af et omfang, evt. et mindsteomfang, for disse krav. I YILC (1957) II s. 112 formulerede García Amador i forlængelse af en lighedsgrundsætning mellem fremmede og egne statsborgere synspunktet derhen, at »These rights and guarantees shall not, however, in any case be less than the '*fundamental human rights*' recognized and defined in contemporary international instruments«. En sådan harmoniserende fortolkning tjener ikke noget vidtrækkende formål, såfremt disse »fundamental human rights« allerede forpligtede staten i henhold til folkeretten; i så fald ville harmonien ikke gavne den fremmedes retsstilling. Amador synes da også at forudsætte, at disse rettigheder ikke nødvendigvis er foreskrevet af folkeretten, eftersom mindstekravene gående i »fundamental human rights« sættes efter opstilling af lighedsgrundsætningen. Amador forudsætter i andre ord, at lighed ingen garanti er for »fundamental human rights« og dermed, at staten ikke nødvendigvis er folkeretligt forpligtet til at gennemføre kravene i intern ret – for det vil være noget nært absurd at nyfortolke mindstekravene til behandling af fremmede til brug alene i situationer, hvor de samme rettigheder allerede én gang er krænkede af samme stat i modstrid med folkeretten; kumulation af sanktioner ved sammenstød af normbrud har næppe stor mening i folkeretten. Se også Brownlie (1990) s. 526ff. Som retspolitisk forslag er Amadors harmoniserende fortolkning som sagt heller ikke at bifalde, eftersom den blot tømmer mindstekravene til fremmedes behandling for indhold, og som sådan blot er en maskering af en udvidelse af menneskerettigheder, samh. eksempelvis *Lærebog* s. 226f. og 235f. med »Den fremmede som borger i en anden stat« som selvstændig kategori ud over »Civilisationens mindstekrav«.

Til yderligere illustration hedder det hos Thomas og Thomas: »The theoretical basis of the right of protection can be found in the notion that *every* individual has certain fundamental rights – the right to life and the right to liberty. State[s] have recognized the existence of these rights and have mutually undertaken to insure the possibility of enjoying them. Before these rights nationality sinks into the background, because they belong to man as a human being and are not, accordingly, subordinated to the will of the state. This is in essence the description of the minimum standard of justice which international law lays down as the obligation for all states to observe in their treatment of *aliens*«, Thomas & Thomas (1956) s. 308. Argumentation klapper (sammen), når Thomas og Thomas ikke formår at redegøre for, hvorfor disse »fundamental rights« tilkom-

mende »every« »human being« alligevel ender med blot at begunstige »aliens«. For en mere praktisk vinkel kan det måske med Gulmann mfl. hævdes, at »disse reglers betydning [er] blevet mindre som følge af den udvikling, der efter anden verdenskrig har fundet sted i forbindelse med skabelsen af et universelt gældende katalog af menneskerettigheder«, Gulmann mfl. (1989) s. 155. Se også van Panhuys (1959) s. 223ff. Men – så længe menneskerettighederne ikke (endnu) i større omfang har antaget også sædvaneretlig karakter, kan ubetydeligheden næppe hævdes med dyb røst.

På den anden side er denne stadig størrere orientering mod menneskerettigheder ikke helt uberettiget. Spørgsmålet er nemlig, hvilket indhold mindstekravene til fremmedes behandling har i dag. Den – selvstændige – afvejning, som ville være at huse i disse mindstekravene, burde tage sig ud som en afvejning eller krydsning af hensynene til to stater; på den ene side dén, som er den fremmedes gæstgiver, på den anden side dén, som mere eller mindre fiktivt kan se sig personificeret i den fremmede, dvs. en stat som kan hævde den fremmedes nationalitet. Samh. fra *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Second Phase)*: »Diplomatic protection deals with a very sensitive area of international relations, since the interest of a foreign State in the protection of its nationals confronts the rights of the territorial sovereign, a fact of which the general law on the subject has had to take cognizance in order to prevent abuses and friction«, *Barcelona Traction* s. 33. Hvad angår hensynet til den påtalende stat, kan personifikationstanken spændes, vel nok overspændes, og hensynet formuleres som *diligentia quam in suis* (rebus): den standard, som den pågældende stat lægger i sin egen behandling af fremmede, kan ikke bebrejdes andre stater, hvori den genfindes. Se også O'Connell (1970) s. 697f. Sådan tog afvejningen sig dog (heller) ikke oprindeligt ud. Mindstekravene har tidligere gået under betegnelsen »civilisationens mindstekrav«, se også *Lærebog* s. 226 og 227ff., Gulmann mfl. (1989) s. 154ff. og 191f., van Panhuys (1959) s. 46, Thomas & Thomas (1956) s. 304 og 312 om »international morality and civilization«. Se også naturfjendske Foighel (1961) s. 124. Hensynet til den fremmede stat har drejet om denne civilisation. Og hensynet til gæstgiver-staten har så været en (territorial) suverænitet, som meget vel kunne slå over i materiel anvendelse af reflexen. Det sidste hensyn var dengang som nu givet forrang. Og at civilisationen overhovedet blev givet mulighed for gennembrud skal videre ses i sammenhæng med, at folkeretten i disse tider fandt sine subjekter blandt de civiliserede stater. Civilisationens mindstekrav var således vævet ind i folkerettens natur og i al væsentlighed vendt mod samfund, som ikke fuldt ud havde plads i det europæiske folkeretssystem.

Denne civilisationens mønt er ikke længere gangbar i folkeretten, som nu hævder sin universalitet. Det har betydet, at den endnu omsættelige territoriale suverænitet (reflex) har mistet det entydige, slagordsmæssige modspil. Modvægtene tager nu i stedet en mere broget form. Påberåbelse af menneskerettigheder skal ses i denne sammenhæng. De betegner et skred i interessesubjektiviteten væk fra den fremmedes stat til den fremmede, mennesket selv; i andre ord et skred væk fra tanken om statsborgeren som (blot) statens personifikation. På mange måder

betyder det sikkert en stærkere modvægt til suverænitet (reflex) end dén, som civilisationen formåede at barsle.

Samtidig har det territoriale suverænitetshensyn imidlertid vundet terræn inden for områder, hvor menneskerettigheder ikke yder noget væsentligt supplement til den opposition, som mindstekrav til behandling af udenlandske statsborgere gør det ud for. Det gælder til eksempel såkaldt permanent suverænitet over naturressourcer, der som institution er blevet befordret af også afkolonisering, jf. Shearer (1994) s. 113. Reflexen er klar, når den noget tendentiøse Elian ræsonnerer: »As independent and sovereign States, the developing countries must enjoy the full exercise of their right to sovereignty over their national resources«, Elian (1979) s. 86 og passim med stadig undladelse af sondring mellem »sovereignty« og »permanent sovereignty«. Gennem de sidste mange år har talrige resolutioner om denne permanente suverænitet bevæget sig gennem afstemningsapparatet i også FN's generalforsamling. Allerede i præamblen til resolution 523 (VI) fra 1952 hedder det, at »the underdeveloped countries have the right to determine freely the use of their natural resources«. Se også Ammouns separate opinio i *Barcelona Traction* s. 322 for koblingen til »the principle of the equality of nations proclaimed in the Charter of the United Nations«. Et foreløbigt højdepunkt oprandt ti år senere i resolution 1803 (XVIII). I art. 1 hed det sig: »The right of peoples and nations to permanent sovereignty over their natural wealth and resources must be exercised in the interest of their national development and of the well-being of people of the State concerned«. Retten blev knyttet til såvel »sovereign equality« som »the spirit and principles of the Charter of the United Nations«, henholdsvis art. 5 og 7. I resolutionens art. 4 hævdedes adgang til blandt andet nationalisering mod »appropriate compensation«. I 1974 fulgte så The Charter of Economic Rights and Duties of States, resolution 3281 (XXIX), hvor det i art. 2, stk. 1 hedder: »Every State has and shall freely exercise full permanent sovereignty including possession, use and disposal, over all its wealth, natural resources and economic activities«. Videre hedder det blandt andet i stk. 2: »Each State has the right ... to nationalize, expropriate or transfer ownership of private property, in which case appropriate compensation should be paid by the State adopting such measures, taking into account its relevant laws and regulations and all circumstances that the State considers pertinent. In any case where the question of compensation gives rise to a controversy, it shall be settled under the domestic law of the nationalizing State and by its tribunals, unless it is freely and mutually agreed by all States concerned that other peaceful means be sought on the basis of the sovereign equality of States and in accordance with the principle of free choice of means«. En række industrilande enten undlod at stemme (10) eller stemte ligefrem imod (6).

Spørgsmålet er herefter, i hvilket omfang resolutioner som disse er udtryk for folkeretlige normer, samh. generelt kap. IX, 3. Det bestrides sjældent, at retten til permanent suverænitet over naturressourcer har opnået denne status gennem de talrige resolutioner i årenes løb, »No one disputes the validity of the principle in international law despite the fact that its various implications, which have provo-

ked serious controversy, still need to be explored», Chowdhury (1984) s. 1; princippet har da også fundet udtryk såvel i FN's menneskerettighedskonventioner som i fx art. 13 i Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties fra 1978. Et mere kontroversielt spørgsmål er så, hvorvidt denne ret tager form af jus cogens, se herfor Chowdhury (1984) s. 8, 38, 46ff. og 57, Brownlie (1990) s. 513 – og Elian (1979) s. 10f.: »Sovereignty is inalienable and indivisible. It only belongs to the State and cannot be ceded. As regards sovereignty over natural resources, this is no different form of sovereignty, but is comprised within the latter's general elements, within supremacy and independence«.

Også en udvidet adgang til ekspropriation (nationalisering) med en lavere og mere skønsmæssige erstatningspligt har vundet gehør, se Arechaga (1978) s. 297ff., Brownlie (1979) s. 260ff., Chowdhury (1984) s. 6ff. og 57ff., Verdross & Simma (1984) s. 812f., Brownlie (1990) s. 542f., Shearer (1994) s. 270ff. Se også Foighel (1961) s. 127.

Hos den sidste forfatter findes i øvrigt en finurlig diskussion: »Civilisationens mindstekrav forudsætter selvsagt ikke enighed mellem samtlige stater, ligesom princippet på den anden side ikke er et rent statisk begreb, der i kraft af et stort antal tilhængere må antages at være bindende for også mindretallet. Princippet om civilisationens mindstekrav må snarere betragtes som en systembetegnelse for en række regler, som de toneangivende stater ... ud fra en retsindstilling er enige om at overholde såvel i den interne ret som i folkeretten ... En ensartethed i nationale retsprincipper og i den nationale opfattelse af betingelserne for nationaliseringsindgreb må være den afgørende forudsætning for at hævde et folkeretligt princip om civilisationens mindstemål. Disse forudsætninger er – som den historiske gennemgang har vist – ikke tilstede. ... Den omstændighed, at den historiske gennemgang må føre til en afvisning af en nu forældet folkeretlig doktrin samt til afvisning af eksistensen af en for staterne fælles national og dermed international retsindstilling, fører imidlertid ikke nødvendigvis til den konklusion, at der ikke i folkeretten findes regler om international erstatningspligt ved nationalisering. Det kan nemlig ikke på forhånd udelukkes, at staterne på internationalt plan lader sig motivere af særlige interesser, således at den folkeretlige praksis giver udtryk for en retsindstilling, som staterne forlængst har forladt i den nationale ret, men som det er af betydning for staterne at opretholde i de internationale relationer«, Foighel (1961) s. 123f. I andre ord: civilisationens mindstekrav kan ikke tænkes at nyde universel accept; derfor er den interessante retskilde ikke retssædvanen, men analogislutning fra interne retssystemer via retsgrundsætningen, samh. Domstolstatutens art. 38, stk. 1, litra b og c; og da samklangen ikke er væsentlig nok i de interne retssystemer, så kan mindstekravet ikke antages. Men der er dog nok en retssædvane af samme indhold. Foighel formår således at formalisere civilisationens mindstekrav til retsgrundsætninger med et vist indhold. Men for en beskrivelse af folkeretten er naturligvis blot indholdet interessant. Og derfor taler intet for, at et sædvaneretligt forbud mod nationalisering i et eller andet omfang ikke skulle kunne være et af den såkaldte civilisations mindstekrav; Foighel udviser med sin slutning den yderste skræk for historiens naturret, men pudsigt nok opretholder også han den noget værdiladede reference til »civilisation«. Måske er det ikke så mærkværdigt, at Ross følger trop, se *Lærebog* s. 234.

De nyere tendenser i (også) folkeretten omkring »permanent sovereignty over natural resources« skal som sagt ikke mindst ses i sammenhæng med en styrkelse af reflexen (territorial suverænitet) på visse områder, som ikke er fjerne for blandt andet retten til selvbestemmelse, herom fx Brownlie (1979) s. 255, Peters mfl. (1984) s. 90ff. og 103f.

Hvad der nu er tilbage af mindstekravene i relation til alene udenlandske statsborgeres behandling er ikke blot et spørgsmål om udfindelse af modhensyn til,

hvad der betegnes med reflexens suverænitetetsbegreb, men også om netop at komme bag om denne reflex og navnlig den næsten oplagte materielle anvendelse heraf. Mindstekravene bør hæves op på et andet stade end blot dét, hvor de betragtes som indskrænkende fortolkning af staters ubegrænsede suverænitet. Mindstekravene er ikke blot subsumption, netop fordi den suverænitet, som de undtagelsesvis skulle fravige, er en reflex fra et internretligt men absolut – og som sådan folkeretligt særdeles slet funderet – suverænitetetsbegreb. I stedet bør mindstekravene til behandling af fremmede ses som en ramme for selvstændige normer med dette øjemed. Et flor af menneskerettigheder – med sædvaneretlig status, fx forbud mod racediskrimination, folkedrab og slavehandel – finder en del af deres anvendelsesområde her, og i denne henseende kan de traditionelle mindstekrav blot ses som fordums varsel om menneskerettighedens kommen, der så samtidig har banet vejen for en bekvem opnåelse af sædvaneretlig status for disse rettigheder. Som sådan kan folkeretlige menneskerettigheder i et vist omfang ses som specialfald af mindstekravene til behandling af fremmede.

Herudover er det til en vis grænse muligt at skitsere mindstekravene. Disse er sjældent blevet forstået som andet end snævre, hvilket også skal ses i sammenhæng med reflexens stadige puslen. En vis vejledning kan formentlig hentes i den nu almindeligt antagne ret for en stat til at forvise udlændinge, se herfor O'Connell (1970) s. 695f., Weis (1979) s. 45ff. og 125f., Brownlie (1990) s. 520. Samh. Thomas & Thomas (1956) s. 308: »The underlying purpose of the institution of protection of aliens is to aid the maintenance of the conditions of order and security that are essential for the carrying on of normal social and economic relations across national boundaries«. Der synes herefter at være en formodning for, at mindstekravene – som det mindre i det mere – ikke dækker tiltag fra statens side, som, om end de ikke direkte nægter personen adgang til statens territorium, så dog besværliggør den fremmedes tilværelse her. Til eksempel kan nævnes indskrænkninger i adgangen til erhverv, i politiske rettigheder og i muligheder for privatretlige erhvervelser. Se også van Panhuys (1959) s. 47ff., McKean (1983) s. 194: »Nevertheless, once lawfully admitted to a territory, they are entitled to certain minimum rights necessary to the enjoyment of ordinary private life«. Hertil kommer adgang for den fremmede til at forlade statens territorium, medmindre særlige omstændigheder foreligger. Begået kriminalitet kan betragtes som en sådan særlig omstændighed, således fx *Lærebog* s. 229, men bør måske snarere betragtes som en indskrænkende fortolkning af mindstekravene, eftersom en arbitrær adgang til fastsættelse af straffedelikter vil åbne op for udvanding af mindstekravene. Også med hjemmel i denne adgang kan en formodning for mindstekrav indlægges ud fra synspunktet det mindre i det mere. Grænser for statens adgang til regulering af den fremmedes forhold anes herefter omkring etablering af væsentlige, ikke uvæsentlige hindringer for udrejse – som ikke er særligt legitimeret. På baggrund heraf er det ikke overraskende, at staten må holde sig fra direkte fysiske indgreb i den fremmedes person, ligesom staten i væsentligt omfang er forpligtet til at værne den fremmede mod sådanne indgreb fra andres hold, jf. Thomas & Thomas (1956) s. 309. Hertil kommer en svævende grænse for

omgang med den fremmedes ejendele og rettigheder, der kredser omkring noget uklare begreber som konfiskation og ekspropriation på den ene side og nationalisering og permanent suverænitet over naturressourcer på den anden, men dog ikke helt erstatningsfri side; se ovenfor. I forlængelse heraf står et processuelt forbud mod »denial of justice«, som ikke mindst søger at hindre omgåelse af de materielle mindstekrav i retsplejens form, samh. Brownlie (1990) s. 530, hvis reprimander forudsætter en temmelig snæver forståelse af forbudet. Det er banalt, at denne forståelsesramme til stadighed må have udsyn til et konkret skøn, ligesom de her opstillede formodninger konkret kan gennembrydes i mindst samme omfang, som hjemles i subsumptionens omgang med de normer, hvorfra formodningerne – som det mindre i det mere – finder deres ophav. I praksis vil dette skøn ikke mindst have udsyn til, hvorvidt statens behandling af den fremmede står i kausal sammenhæng med dennes mangel på statsborgerskab i staten – om end en almindelig adgang til afretning af skønnet ud fra et lighedsprincip grundende på statens behandling af egne statsborgere som ovenfor nævnt ikke kan imødekomes.

Til dette regelsæt, som Ross benævnte »almindelig fremmedret«, kommer vel nok de mere indholdsrige regler om diplomatisk immunitet (»den kvalificerede fremmedret«); betegnelserne »fremmedret« er for så vidt misvisende, idet personerne for en retlig betragtning er staters personifikation – mindstekravene gælder ikke statsløse, se også Verdross & Simma (1984) s. 798. Hvad nu angår diplomatisk immunitet, så er nationalitet godt nok ingen betingelse for, at en person kan opnå diplomatstatus og repræsenterer en stat udadtil. Men selve berettigelse for diplomatisk immunitet er netop en personificering af staten i disse personer. Ikke mindst derfor opleves regelsættet som særdeles vigtigt; i *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* udtalte ICJ: »in recalling yet again the extreme importance of the principles of law which it is called upon to apply in the present case, the Court considers it to be its duty to draw the attention of the entire international community ... to the irreparable harm that may be caused by events of the kind now before the Court. Such events cannot fail to undermine the edifice of law carefully constructed by mankind over a period of centuries, the maintenance of which is vital to the security and well-being of the complex international community of the present day, to which it is more essential than ever that the rules developed to ensure the ordered process of relations between its members should be constantly and scrupulously respected«, ICJ Reports (1980) s. 42f.

I art. 29 i Vienna Convention on Diplomatic Relations fra 1961 hedder det: »The person of a diplomatic agent shall be inviolable. He shall not be liable to any form of arrest or detention. The receiving state shall treat him with due respect and shall take all appropriate steps to prevent any attack on his person, freedom or dignity«. I henhold til art. 31 er immuniteten fuldkommen over for kriminel jurisdiktion, mens civilretlig jurisdiktion undtagelsesvis anerkendes i tilfælde af manglende kausalitet mellem personens status som diplomat og de konkrete handlinger eller dispositioner (*jure gestionis*). Eftersom beskyttelsen tilkommer diplomaten af hensyn til hans (hjem)stat og ikke af hensyn til ham selv, jf. kon-

ventionens præambel, gives der staten mulighed for at ophæve immuniteten i henhold til art. 32.

Den bredtfavnende immunitet som en tilgodeseeelse af den udsendende stat på bekostning af værtsstatens (såkaldte) suverænitet har sat sig igennem i reglerne for anerkendelse af diplomater. Mens det helt og holdent er i den udsendende stats magt at udvælge sig sine diplomater, jf. art. 7, indrømmes værtsstaten en arbitrær adgang til udvisning af selvsamme diplomater (*persona non grata*), art. 9. Endog skal »head of the mission« godkendes af værtsstaten (*agrément*), art. 4. Hertil kommer, at der næppe kan hævdes nogen pligt til diplomatisk kontakt mellem stater, hvorfor værtsstaten til stadighed kan afvikle repræsentationen. Denne afstemning af staternes interesser svarer i princippet til dén, som er skitseret ovenfor i relation til fremmede i almindelighed: der er ingen pligt til at modtage fremmede, men i det omfang, sådan modtagelse faktisk finder sted, indtræder visse pligter for den modtagende stat; disse pligter er væsentligt mere bredtfavnende ved diplomater end ved fremmede statsborgere i almindelighed, eftersom diplomaterne er de direkte og umiddelbare repræsentanter for andre stater.

Hvad angår statens diplomatiske beskyttelse og påtalesubjektivitet, så er den – i hvert fald i hovedsagen – begrænset til dennes statsborgere, jf. følgende diktum: »In the opinion of the Court, the rule of international law on which the first Lithuanian objection is based is that in taking up the case of one of its nationals, by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, State is in reality asserting its own right, the right to ensure in the person of its own nationals respect for the rules of international law. This right is necessarily limited to intervention on behalf of its own nationals because, in the absence of a special agreement, it is the bond of nationality between the State and the individual which alone confers upon the State the right of diplomatic protection, and it is as a part of the function of diplomatic protection that the right to take up a claim and to ensure respect for the rules of international law must be envisaged. Where the injury was done to the national of some other State, no claim to which such injury may rise falls within the scope of the diplomatic protection which a State is entitled to afford, nor can it give rise to a claim which that State is entitled to espouse«, PCIJ Series A/B No. 76 s. 16.

I det omfang, at diplomatisk beskyttelse er orienteret mod et fysisk angreb på statsborgere, evt. blot trussel herom, er diskussion om retten til intervention til egne statsborgeres beskyttelse i det følgende afsnit interessant.

3. *»D'autre part, il est incontestable qu'à un certain point l'intérêt d'un État de pouvoir protéger ses ressortissants et leurs biens, doit primer le respect de la souveraineté territoriale, et cela même en l'absence d'obligations conventionnelles. Ce droit d'intervention a été revendiqué par tous les États: ses limites seules peuvent être discutées. En le niant, on arriverait à des conséquences inadmissibles: on désarmerait le droit international vis-à-vis d'injustices équivalant à la négation de la personnalité humaine; car c'est à cela que revient tout déni de justice«, RIAA II s. 641*

Dette diktum er Max Hubers, hidrørende fra *Spanish Moroccan Claims* i 1925. Heri indeholdes en principiel anerkendelse af adgangen til intervention – i et eller

andet omfang – i tilfælde af staters krænkelse af udenlandske statsborgere. Uanset at det i nærværende er fundet mest hensigtsmæssigt at gennemgå dette (mulige) rum for intervention og dermed gennembrud af interventionsforbudet i forlængelse af nationalitetsbegrebets skitsering, knytter denne interventionsadgang sig vel rettere til folkeretlig suverænitet i territorial end i personel forstand, samh. kap. XIV.

Bemærkelsesværdigt er det nu i alle tilfælde, at »ses limites seules peuvent être discutées« ifølge Max Huber. Selve »Ce droit d'intervention« er (var) derimod efter Hubers opfattelse ubestridt. Intervention til fordel for egne statsborgere er således accepteret i princippet, hvorfor det interessante blot er omfanget af den ret til intervention. I bund & grund er den her antydede sontring ikke særdeles elegant. Også den principielle anerkendelse hviler på en afvejning, hvorfra flyder et løft af mulighederne for intervention over interventionsforbudets nulpunkt, dvs. et afvejningsresultat som medgiver interventionen et større omfang end ingenting. Når Huber i relation til den principielle anerkendelse gør gældende, at »à un certain point l'intérêt d'un État de pouvoir protéger ses ressortissants et leurs biens, doit primer le respect de la souveraineté territoriale«, er det vel netop anvendelse af samme afvejning, som i alle (andre) tilfælde krydser hensynene ved fiksering af interventionsrettens rum eller omfang. Som sådan er sontringen derfor ikke (til) at forstå ud fra blot afvejningsnormen. Efter at specificere denne adgang til intervention som »the threat or use of force as a means of protection« skriver Bowett videre, hvad angår dens omfang: »We now envisage action by the protecting state which involves a *prima facie* violation of the independence and territorial inviolability of the territorial state. *In so far as this action takes effect in derogation of the sovereignty of the territorial state it must necessarily be exceptional in character and limited to those cases in which no other means of protection are available*«, Bowett (1958) s. 88, se også s. 100f. Sontringen mellem en principiel anerkendelse og en videre fiksering af interventionsadgangens omfang, dvs. hele tanken om en principiel og præliminær verifikation af muligheden for berettiget intervention, kan næppe forstås foruden udsyn til reflexen i materiel form. Se mere generelt kap. XIV, 5.

Til eksempel findes også en skarp modsætningsslutning af FN Pagtens art. 2, stk. 4 i nærværende diskussion med det resultat, at intervention til beskyttelse af egne statsborgere søges indeholdt i retten, »the inherent« one, til selvforsvar, se til eksempel Bowett (1958) s. 91, 94, 96, 97, 98f., 103 og 105: »The fear which lies behind a refusal to recognize the defence of nationals abroad is within the concept of self-defence is that this recognition would permit large-scale intervention totally unrelated to the danger to which the nationals are exposed« – i andre ord anbefales i al komik udvidende fortolkning af retten til selvforsvar frem for anerkendelse af anden ret til intervention, samh. s. 99: »The present tendency is to distinguish self-defence from intervention«. Se også Waldock (1952) s. 451, 466f. og 503, Bowett (1986) s. 39f., Dinstein (1988) s. 187f., 212ff. og 251. Samh. Brownlie (1963) s. 298ff., Higgins (1963) s. 220, Jessup (1968) s. 169.

Den todelte tilgang til spørgsmål om intervention findes ikke i tidligere folkeretlig teori. Hos Vattel hed det sig således om adgangen til den her drøftede form for intervention: »Quiconque offense l'État, blesse ses droits, trouble sa tranquillité, ou lui fait injure en quelque manière que ce soit, se déclare son Ennemi, et se met dans le cas d'en être justement puni. Quiconque maltraite un Citoyen offense indirectement l'Etat, qui doit protéger ce Citoyen. Le Souverain de celui-ci doit

venger son injure, oblige, s'il le peut, l'agresseur à une entière réparation, ou le punir; puisqu'autrement le Citoyen n'obtiendrait point la grande fin de l'association Civile, qui est la sûreté», *Droit des Gens* II, vi, § 71. Vattel betragter i andre ord ikke (såkaldt) territorial suverænitet, territorialhøjhed som hævet over staten som personificeret i sine borgere, jf. Brownlie (1963) s. 289. Se også *Belli ac Pacis* III, ii, v samt kap. XVI, 2.

I øvrigt har diskussionen af omfanget af ret til intervention til beskyttelse af statsborgere orienteret sig omkring en række mere eller mindre bastante begrebspår. Var intervention alene berettiget i tilfælde af statens folkeretsbrud eller også i øvrigt? Var intervention alene berettiget, når truslen mod statsborgerne var at tilskrive staten eller også i øvrigt? Kunne intervention alene legitimeres, når truslen var rettet mod statsborgeres liv eller også, når den angik deres besiddelser og ejendom i øvrigt? Var intervention alene på sin plads, når det var egne og ikke andre staters statsborgere, som var truede?

I al sin banalitet peger disse spørgsmål blot frem mod mulige faktorer i en afvejning. Alligevel løses de ikke sjældent med kategoriske valg til fremme af ikke blot afvejningens ophævelse, men særligt til interventionsadgangens snævrere mulige omfang. Det kan også tolkes som en formodning for den territoriale (såkaldte) suverænitet, for reflexens materielle tvang eller forrang. Den materielle anvendelse af reflexen har på denne vis gentagende gange båret diskussionen og dens udfald. Hvad særligt angår nationalitet, så skal den nationalitetsneutrale humanitære intervention også ses i denne sammenhæng, samh. Thomas & Thomas (1956) s. 306.

Mens dog denne ret til intervention havde opnået principiel anerkendelse i første halvdel af dette århundrede, så er retten blevet bestridt siden anden verdenskrigs afslutning. Anerkendelse hævdes dog nu fortsat af Thomas & Thomas (1956) s. 307, 326, Oppenheim (1992) s. 440ff. Brownlies argumentation for nægtelse af samme anerkendelse er eksemplarisk. Til eksempel: »The right of intervention is linked to a concept – that of nationality – which has not received any definition in international law. It is assumed that some substantial link should exist between a state and an individual before the latter can be regarded as a national but there is little precision to be found in the law«, Brownlie (1963) s. 300. Argumentet er lidet gangbart i større sammenhænge. I fald folkeretten anerkender stort set enhver nationalitet, så kan den stat, som krænker personen, også blot give personen (midlertidigt) statsborgerskab og herved – under henvisning til et gængst princip om staters suveræne lighed, jf. afsnit 1 ovenfor – undgå folkeretlig pligtsubjektivitet. Argumentet er således tveægget: den vilkårlighed, som måtte herske med hensyn til adgang til naturalisation og dermed påtalesubjektivitet, virker tillige i modsat retning ved at åbne op for at benytte samme adgang til undvigelse af pligtsubjektivitet.

Til andet eksempel hedder det: »The instances in which states have purported to exercise it, and the terms in which it is delimited, show that it provides infinite opportunities for abuse. Forcible intervention is now unlawful. It is true that the protection of nationals presents particular difficulties and that a government faced with a deliberate massacre of a considerable number of nationals in a foreign state

would have *cogent reasons* of humanity for acting, and would also be under very great political pressure. The possible risks of denying the legality of action in a case of such urgency, an exceptional circumstance, must be weighed against the more calculable dangers of providing legal pretexts for the commission of breaches of the peace in the pursuit of national rather than humanitarian interests», Brownlie (1963) s. 301. Dette argument er dog (også) tveægget. Det antages, at såfremt adgang til intervention til beskyttelse af statsborgere ikke principielt afvises, vil fikseringen af rettens omfang i konkrete sammenhænge komme under politikkenes åg og misbrug. Og samtidig synes det lige så klart, at såfremt denne ret principielt afvises, er den politiske fortolknings muligheder udtømte. Men det er blot et specialfald af den tanke, at den principielle anerkendelse er noget særligt og fra normens omfang afskåret. Det skulle – ifølge Brownlie – være lettere i folkeretten at skærme af for politisk pres med et fuldstændigt forbud end med et kun næsten fuldstændigt forbud, samh. Brownlie (1974) s. 225 omtalt i kap. XIV, 5. Nu kan det fuldstændige forbud betragtes som en selvstændig norm, men i så fald ligger det selv under for subsumption og lejlighedsvis dragning mod indskrænkende fortolkning, jf. netop ovenfor om »cogent reasons of humanity«. Og såfremt forbudet – som her – forstås som blot afvisning af indskrænkende fortolkning af interventionsforbudet i enhver situation, er det ikke andet og mere end netop en konklusion over omfanget af en adgang til intervention, som i princippet ikke er mindre partikulær end en mere nuanceret analyse, som i nogle af situationer ville foreskrive en mindre kategorisk udgang. Retteligt betragtet kommer Brownlie derfor ikke udenom subsumption. Og uanset hvilken tilgang, der vælges, så består muligheden for indskrænkende fortolkning – eventuelt med politiske mål for øje. Hertil kommer naturligvis, at synspunktet er komisk al den stund, at uanset hvilket omfang folkeretten fikserer for interventionsforbudet, så er dette omfang fikseret og foreskrevet, og kan som Sein brydes af hver en stat, men som Sollen stå i princippet uanfægtet; Brownlie må derfor fordre, at folkeretten opnår større effektivitet ved foreskrivelse af forbud-forbud end ved en mere nuanceret løsning, men det synspunkt kan ikke være andet end i sagens natur suspekt, samh. kap. IX, 1 og XIV, 5.

Uanset at spørgsmålet om intervention i væsentlig grad har været påvirket af forskellige tiltag i dette århundrede såsom Briand-Kellogg pagten og FN Pagtens art. 2, stk. 4, så kan denne tvedelte tilgang til spørgsmål om konkrete brud på et princip om non-intervention næppe forstås uafhængigt af reflexen. Se også kap. XIV, 2 og 5.

KAPITEL XVI

PARALOGISMENS SUVERÆNITET

1. »Dagegen wäre es natürlich ein grober Fehler, beide Begriffe zu vermengen und etwa dem Rechtstatbestand 'Souveränität' Qualitäten zulegen zu wollen, die nur dem andern Souveränitätsbegriffe zustehen«, Einheit s. 32

Intern suverænitet er ikke at forstå som folkeretlig suverænitet, men er tværtimod henlagt til et helt andet normsystem. Folkeretlig suverænitet er ikke intern suverænitet og favner (heller) ikke de folkeretlige normklynger om jurisdiktion. Disse klynger er ikke relateret til de normer for territoriets afgrænsning, som er kernen i begrebet om folkeretlig suverænitet – såfremt det skal have en analytisk mening, der hæver det over uklarhedens fangarme, jf. kap. XII. Derimod knytter adgang til tvangshåndhævelse an til intervention og dermed til et fremstillingsbegreb om folkeretlig suverænitet, samh. kap. XII, 4.

Forståelse af jurisdiktion som (territorial) suverænitet i folkeretten gør det herefter ud for et grundlæggende fejlgreb, en fejlslutning eller paralogisme – i den analytiske forstand, som er eneste forstand i sammenhængen. I det følgende skal dette fejlgreb og dets materielle potentiale analyseres. I afsnit 2 skitseres oprindelsen til dette suverænitetsbegreb, som altså ikke længere forekommer gunstigt i analytiske sammenhænge. Videre undersøges dette suverænitetsbegrebs betydning i afsnit 3 som et eksplicit formuleret princip og i afsnit 4 som en i hovedsagen kun implicit reflex.

2. Den positive suverænitets statik

»Le Pays qu'une Nation habite, soit qu'elle s'y soit transportée, soit que les familles qui la composent se trouvant répandues dans cette Contrée, s'y soient formées en Corps de Société Politique; ce pays, dis-je, est l'Etablissement de la Nation; elle y a un droit propre & exclusif. Ce droit comprend deux choses: 1°. le Domaine, en vertu duquel la Nation peut user seule de ce pays pour ses besoins, en disposer & en tirer tout l'usage auquel il est propre. 2°. L'Empire, ou le droit du souverain Commandement, par lequel elle ordonne & dispose à sa volonté de tout ce qui se passe dans le pays. Lorsqu'une Nation s'empare d'un pays qui n'appartient encore à personne, elle est censée y occuper l'Empire, ou la Souveraineté, en même temps que le Domaine. Car puisqu'elle est libre & indépendante, son intention ne peut être, en s'établissant dans une contrée, d'y laisser à d'autres le droit de commander, ni aucun de ceux qui constituent la

Souveraineté. Tout l'espace dans lequel une Nation étend son empire, forme le ressort de sa Jurisdiction, & s'appelle son Territoire«, *Droit des Gens* I, xviii, §§ 203ff.

Den kursiverede sætning er (nærmest) en tautologi: ud af statens frihed (suverænitet) udledes dens suverænitet (frihed), samh. også kap. VII, 4. Fra en nymodens synsvinkel kan samme sætning forstås som et specialfald af inkongruensproblemet, for også andre stater (d'autres) må være »libre & independante«. Fremmaning af inkongruensproblemet vil dog her være en anakronisme al den stund, at Vattels suverænitetsbegreb er orienteret mod alene intern ret: »Une Nation, un Etat est ... un Corps Politique, ou une Société d'hommes unis ensemble pour procurer leur avantage & leur fûreté à forces réunies. Par cela même que cette multitude forme und Société, qui a ses intérêts communs & qui doit agir de concert, il est nécessaire qu'elle établisse une Autorité publique, pour ordonner & diriger ce que chacun doit faire relativement au but de l'association. Cette Autorité Politique est la Souveraineté; & celui, ou ceux qui la possèdent sont le Souvarain«; »Toute Nation qui se gouverne elle-même, sous quelque forme que ce soit, sans dépendance d'aucun étranger, est un Etat souverain«, *Droit des Gens* I, i, §§ 1 og 4 og også I, ivff. Som omtalt i kapitel IV, 8 tager Vattel del i en naturretlig tradition, der ikke forstår suverænitet som inkongruent med den folkeret (»Droit des Gens Nécessaire«), der også ifølge Vattel er grundlagt med »Loix ... de la Nature même, ou de son Auteur«, *Droit des Gens* preface ligesom fx II, i, §§ 1 og 3f. Suverænen er – på vegne af nationen, *Droit des Gens* I, iv, § 41 – bundet af naturretten: »Se conserver & se perfectionner, c'est la somme de tous devoirs envers soi-même«, *Droit des Gens* I, ii, § 14, »& les Nations, considérées comme autant de personnes libres qui vivent ensemble dans l'état de Nature, étant obligées de cultiver entr'elles cette société humaine«, *Droit des Gens* Préliminaires § 12 og igen fx II, i, § 1.

Mere interessant er det derfor, at der hos Vattel også i andre ord i de indledningsvist citerede findes en nær sammenhæng mellem begreber om adkomst (Empire), suverænitet og territorium – og videre til jurisdiktion: »L'Empire uni au Domaine établit la Jurisdiction de la Nation dans le pays qui lui appartient, dans son Territoire. C'est à elle, ou à son Souverain, de rendre la Justice dans tous les lieux de son obéissance, de prendre connoissance des crimes qui se commettent & des différends qui s'élèvent dans le pays«, *Droit des Gens* II, vii, § 84. Jurisdiktion er suverænitet; suverænitet er jurisdiktion. »Le Domaine général de la Nation sur les terres qu'elle habite est naturellement lié avec l'Empire; car en s'établissant dans un pays vacant, la Nation ne prétend pas sans-doute y déprendre d'aucune autre Puissance; & comment une Nation indépendante ne commanderoit-elle pas chez elle?«, *Droit des Gens* II, vii, § 83. Dette svarer til, at også de folkeretlige normklynger angående jurisdiktion benævnes som (folkeretlig) suverænitet. Men det er netop dette samsvar, denne bro over flere hundrede års retsudvikling, der er problemet, fordi Vattels suverænitetsbegreb er et noget andet end nutidens.

Suveræniteten ligger uden for eller måske rettere i forlængelse af naturretten, herunder »Droit des Gens Nécessaire«, hvorfor der ikke hos Vattel er grund til en sondring mellem intern og folkeretlig suverænitet; den interne ret afledes netop af naturretten, i hvilken folkeretten tager del. Og da suverænitet hos Vattel er negativ, frihed for andre staters hegemoni, jf. det indledende citat ovenfor, betegnes den med ord af i dag mest adækvat som intern suverænitet – som blot et faktum i folkeretten, der berettiger staten til »de figurent immédiatement dans cette grande société«. *Droit des Gens* I, i, § 4. Suverænitet er omdrejningspunktet i første bog af »Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle« med titlen »De la Nation considérée en elle-même«. Se endvidere *Einheit* s. 34. Omvendt behandles særligt interventionsforbud i den anden bog og betragtes der som »des effets de la Souveraineté & de l'indépendance des Nations«, *Droit des Gens* II, iv, hvoraf jurisdiktionen (naturligvis) ikke favnes. Her, hvor Vattel kommer tættest på noget, som minder om folkeretlig suverænitet, er emnet: interventionsforbud, samh. kap. XIV.

Siden taber naturretten i værdi. Folkeretten fremstilles som et fuldt ud selvstændigt og positivt retssystem i det 19. århundrede. Men som en reminiscens fra fordums mere naturlige sammenhæng mellem intern ret og folkeret, som en (også) historisk reflex, bibeholdes »suverænitet« som klædestykke for de folkeretlige normklynger, der angår jurisdiktion. Uanset det positivistiske skred i retsvidenskabens står denne anvendelse af suverænitet (endnu), hvilket måske også var opportunt i en tid, der puslede med suverænitet som begrebsmonistisk udgang på inkongruensproblemet – men som beskrevet i kapitel XII, 3 er uden erstatning for den analytiske berettigelse, som kunne rummes i naturrettens systemer. Mens positivismen således på den ene side skærper den negative suverænitet og i det 19. århundrede truer folkeretten med inkongruensproblemet, så står den positive suverænitet stort set uanfægtet – i det omfang folkeretten overhovedet kunne finde indpas i positivismens systemer. Ud over de kontante slutninger, som også i det 20. århundrede har fundet et udspring i inkongruensproblemet, og som ganske kortslutter mulighederne for en mere tvangfri opløsning af samme problem, så er misforholdet mellem et dynamisk begreb om negativ suverænitet og et statisk begreb om positiv suverænitet (også) i tiden omkring positivismens nybrud uden tvivl en væsentlig kilde til den uklarhed, som siden har sværmet om suverænitetsbegrebet, samh. kap. I, 1.

For nok kan der ikke andet end gives Vattel medhold i følgende synspunkt: »Les noms son assez indifférens : Ce qui est véritablement important, c'est de distinguer soigneusement ces deux sortes de Droit, afin de ne jamais confondre ce qui est juste & bon en soi, avec ce qui est seulement toléré par nécessité«, *Droit des Gens* Preface. Men her er suverænitetsbegrebet ydermere qua reflexen blevet udstyret med en udtalt materiel eller indholdsmæssig vilkårlighed – i folkeretten; »But the word still carried its emotive overtones of unlimited power above the law, and this gave a totally misleading picture of international relations«, Akehurst (1987) s. 15. Hvad der nu er en reflex af et suverænitetsbegreb knyttet til intern ret over i folkeretten, er samtidig i princippet en reflex over i folkeretten af

et slagord, som i intern ret huser det nærmest tautologiske indhold, at staten ikke er normsubjekt, jf. kap. V, 4. Folkeretten kommer ad reflexens vej i kontakt med et suverænitetsbegreb, som kan kaldes absolut, samh. kap. II, 2. Det giver ikke sig selv, at kontakten tændes og reflexen finder materiel anvendelse. Men det er muligt – uanset at de samme folkeretlige normer i århundreder kan have ligget under for betegnelsen »suverænitet«. Det er udnyttelsen af denne mulighed for materiel brug af reflexen, som skitseres i de følgende afsnit. Oprindeligt finder reflexen udtryk i et (materielt) princip om staters lighed, jf. afsnit 3, men ender i midten af indeværende århundrede med hovedsagligt at virke in cognito, jf. afsnit 4.

3. »The organization is based on the principle of the sovereign equality of all its members«, FN Paktens art. 2, stk. 1

Den rette indledningsbemærkning til en almindelig lighedsgrundsætning på abstrakt form: det lige skal behandles lige, er – vilkårlighed, samh. Kennedy (1980) s. 365f. Og skarpere endnu: en almindelig lighedsgrundsætning er analytisk tom, fordi definition af det lige til forskel fra det ulige forbliver et stående spørgsmål. Og en definition af u/lighed antages trivielt nødvendig, fordi ingen tilfælde er faktisk ens: intet er så ulige, at det ikke er lige for noget, og fordi det ikke giver nogen mening retligt at ophæve enhver faktisk forskel og derved foreskrive lige behandling af alt og alle. Den analytiske tomheds todelte forudsætning betyder, at mening kan gives en almindelig lighedsgrundsætning ad to veje – ikke blot gennem materiel definition af u/lighed og dermed indholdsmæssig præcisering af lighedsgrundsætningen, men også, alternativt, gennem en omfangsmæssig præcisering af et absolut lighedskrav til enkelte områder, fx råstofudvinding eller magtanvendelse.

Teorien har almindeligvis alene en materiel præcisering af almindelige lighedsgrundsætninger for øje. Og manglen på definition af u/lighed i den abstrakte formulering af lighedsgrundsætningen kan herefter afføde karakteristik af grund-sætningen som formel – »Lighedsidealet betyder altså som sådant intet andet end korrekt anvendelse af en almindelig regel«, *Ret og retfærdighed* s. 356; »Zwecks Bildung eines Rechtssatzes etwa des Völkergewohnheitsrechts sind die entschiedenen Einzelfälle so zu einem abstrakten Rechtssatz zu generalisieren, daß Gleiches gleich, Ungleiches ungleich behandelt wird: Die Fälle sind dabei gleich zu behandeln, wenn sich ein vernünftiger, sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung nicht finden läßt, wenn die Wertungsgrundlage des Falles auch auf andere Fälle zutrifft«, Bleckmann (1982) s. 294. Se også kap. V, 2 med omtale af Kants kategoriske imperativ.

Lighedsprincippet finder i folkeretten materiel præcisering, som der slås på i FN Paktens art. 2, stk. 1 – og som hyldes som værende af »fundamental importance« i Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the

United Nations fra 1971, optrykt i AJIL (1971) s. 243ff. Historisk er der en sammenhæng mellem lighedsprincippet materielle præcisering og så, hvad der i hvert fald i dag er en – reflex.

Det klassiske lighedsprincip, som findes hos eksempelvis Vattel, afledes fra naturretten – »Droit des Gens Nécessaire«, jf. *Droit des Gens Préliminaires* § 18:

»Puisque les hommes sont naturellement égaux, & que leurs droits & leurs obligations sont les mêmes, comme venant également de la Nature, les Nations composées d'hommes, & considérées comme autant de personnes libres qui vivent ensemble dans l'état de Nature, sont naturellement égales, & tiennent de la Nature les mêmes obligations & les mêmes droits. La puissance ou la foiblesse ne produisent, à cet égard, aucune différence. Un Nain est aussi bien un homme, qu'un Géant: Une petite République n'est pas moins un Etat souverain que le plus puissant Roïaume«.

Så langt så godt – lighedsprincippet er endnu formelt, også når det videre hedder sig: »Par une suite nécessaire de cette égalité, ce qui est permis à une Nation, l'est aussi à toute autre, & ce qui n'est pas permis à l'une, ne l'est pas non plus à l'autre«, *Droit des Gens Préliminaires* § 19. Men så: »Une Nation est donc maîtresse de ses actions, tant qu'elles n'intéressent pas les droits propres & parfaits d'une autre, tant qu'elle n'est liée que d'une obligation interne, sans aucune obligation externe parfaite. Si elle abuse de sa liberté, elle pèche; mais les autres doivent le souffrir, n'ayant aucun droit de lui commander«, *Droit des Gens Préliminaires* § 20. Den første sætning er ikke helt klar. Isoleret set kan den forstås således, at »les droits propres & parfaits« er forskellige fra såvel »Droit des Gens nécessaire« som »volontaire«, dvs. fra såvel »obligation externe parfaite« som »obligation interne«. En sådan forståelse står imidlertid ikke godt til sammenhængen og Vattels system; den første sætning skal derfor blot forstås derhen, at alene »Droit des Gens nécessaire« er ufravigeligt forpligtende, mens andre normer, særligt »une obligation interne«, er deklaratoriske, samh. *Droit des Gens Préliminaires* § 27, jf. Preface om naturrettens gyldighedsprincip. Heller ikke denne sætning yder derfor lighedsprincippet noget materielt antrit. Det gør derimod den anden sætning: lighedsprincippet vender sig mod at tvinge staten til ansvar. Betraget som formelt princip er dette vilkårligt – ligheden kunne ligeså godt foreskrive en almindelig påtalekompetence. Den styrende og begrundende præmis for denne materielle og hermed af Vattel introducerede anvendelse af ligheden væk fra pligtsubjektivitet, denne »également de la Nature«, er – suverænitet.

Således hedder det sig i den efterfølgende passage: »Les Nations étant libres, indépendantes, égales, & chacune devant juger en sa Conscience de ce qu'elle a à faire pour remplir ses devoirs; l'effet de tout cela est d'opérer, au moins extérieurement & parmi les hommes, une parfaite égalité de droits entre les Nations, dans l'administration de leurs affaires & dans la poursuite de leurs prétentions, sans égard à la justice intrinsèque de leur Conduite, dont il n'appartient pas aux autres de juger définitivement; ensorte que ce qui est permis à l'une est aussi permis à l'autre, & qu'elles doivent être considérées, dans la Société humaine, comme ayant un droit égal«, *Droit des Gens Préliminaires* § 21 og også III, xii, § 188.

Ifølge Vattel afføder lighedsprincippet altså en ret for enhver stat til at være fri for autoritativ bedømmelse af sine folkeretlige pligter, hvorfor bedømmelsen må sno sig efter statens eget skøn.

Hertil anfører Kooijmans, at »This absolute conception of equality, that is closely connected with an exaggerated view of sovereignty, is an obstruction for the realization of primary natural law. For this primary natural law implies objective norms for the behaviour of the states, whereas the principle of equality demands that the sovereign should apply his own standards, national interests playing an important role«, Kooijmans (1964) s. 85. Se også Reibstein (1958) s. 607ff. Havde disse forfattere ret, ville Vattel have udledt sit normfjendske princip af netop en norm, nemlig af naturrettens lighedsprincip. Men de har ikke ret. Lighedsprincippet i Vattels form vender sig ikke nødvendigvis ødelæggende mod normer i materiel forstand, men foreskriver alene, at den procesuelle håndhævelse af normerne er lagt ud til normsubjekterne selv, samh. kap. X, 1. Herved anfægtes ingen (såkaldt) objektivitet, intet materielt aspekt ved normerne – om end det er meget muligt, at lighedsprincippets anvendelse hos Vattel historisk kan læses som et varsel om inkongruensproblemets genkomst, samh. kap. IV, 2.

Når samme problemet i øvrigt siden gives en egen formulering hos Kooijmans (1964) s. 130f., bundet det netop ikke i noget lighedsprincip, men er alene vendt mod »an exaggerated view of sovereignty«, sådan som det eksempelvis rendyrkes hos den senere Hegel. Som sådan afvikler lighedsprincippet derfor ikke folkeretten, heller ikke hos Vattel; det forsøgende dække er ikke *sd* gennemtrængende, samh. kap. VII, 1.

I øvrigt spiller lighed ikke den store rolle i »Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle«. Princippet optræder enkelte gange i flæng med suverænitet, fx ved begrundelsen af interventionsforbud, *Droit des Gens* II, iii, § 47, men ellers ikke. Anderledes i det 19. århundredes positivisme. Det suverænitetsbegreb, som blandt andre Vattel havde betjent sig af, blev stående i den folkeretlige teori, nu som et begreb om positiv, folkeretlig suverænitet, jf. afsnit 2. Teorier om »fundamental rights« blev udtænkt. Af disse udledtes nøgleprincipper som blandt andet »self-preservation«, »independence« – og »equality«, i hvert fra Klüber i starten af det 19. århundrede, men med store inspirationsmuligheder i *Droit des Gens Preliminaires* bla. §§ 5, 7, 9, 15f. og 22. Se også Suonstausta (1955) s. 43ff. Også territorialhøjhed optrådte i sammenhængen. Hos von Liszt (1918) s. 58f. hedder det således: »Aus dem Begriff des Völkerrechts als der Gemeinschaft gleichberechtigter Staaten ergibt sich unmittelbar der Anspruch jedes Gliedes dieser Gemeinschaft auf Anerkennung seiner Gleichberechtigung mit allen übrigen Rechtsgenossen, seiner vollen völkerrechtlichen Rechtssubjektivität. ... Die Völkerrechtsgemeinschaft beruht auf dem Gedanken des Nebeneinanderbestehens verschiedener Staaten mit gegeneinander abgegrenzten Herrschaftskreisen, mit gegenseitig anerkanntem Machtbereich. Aus diesem Grundgedanken folgt unmittelbar eine ganze Reihe von Rechtssätzen, durch welche Rechte und Pflichten der Staaten untereinander bestimmt werden, die keiner besonderen vertragsmäßigen Anerkennung bedürfen, um bindende Kraft zu besitzen«. Lighed er »den festen Grundstock des ungeschriebenen Völkerrechts, seinen ältesten, wichtigsten, heiligsten Bestand«, von Liszt (1918) s. 59. Til yderligere illustration kan anføres følgende fra *Confiscation of Property of Sudeten Germans Case* afsagt af en tysk Amsgericht i 1948:

»The expropriation of the property of an alien on the ground that he is an alien is contrary to international law. ... The basic principle of international law, without which it cannot exist, is that all States are equal members of a great

community by the mere fact of their existence, irrespective of their membership and voting rights in a narrower union within this community of States. It follows from this principle that each State must respect the vital interests of the other States in all respects, whether in relation to their territory, people or government, and may not injure them without sufficient reason. Any infringement of these interests is contrary to international law. The interest in the protection of the private property of its nationals constitutes a vital interest of each State. ... The expropriation without compensation of the property of nationals of a foreign State on the mere ground that they are nationals of that State or of that nation is, accordingly, contrary to international law«, *Annual Digest* 15 s. 26f.

I denne dom findes sondringen mellem principiel anerkendelse af en institution og så først som noget sekundært fikseringen af dens egentlige omfang: der stilles krav om »sufficient reason«, hvilket er andet og mere end ingenting. Dette krav om en vis mindstevægt for indgrebets begrundelse bunder i, at det vægtes over for et modhensyn, som antager mindst samme vægt. Modhensynet angives i dommen at være »vital interests«, hvilke interesser kanaliseres gennem et princip om, at alle er »equal«. Og dette lighedsprincip knytter igen an til et materielt suverænitetsbegreb, der værner omkring »territory, people or government«. Bag ligger den materielle reflex.

Men i øvrigt tog dette lighedsprincip sig kontroversielt ud i 1948, hvor dommen blev afsagt. Lawrence havde bemærket sig nyere tids kulturbedbrydende udvidelse af folkerettens subjekter ud over den europæiske »civilisations« Concert of – Europe. Derfor: »There is no moral or jural necessity about the doctrine of equality. The society of nations has changed its form in the past, and there is nothing inherently improbable in the idea that it is experiencing another change in our time«, Lawrence (1928) s. 253f. Se tilsvarende Wilson & Tucker (1901) s. 97 og 74. Og derfor:

»The principle of equality, with the limitations suggested in previous sections, pervades and influences the whole of International Law. But the definite rules that can be traced to it are few in number and not of first-rate importance«, Lawrence (1928) s. 265.

Skismaet mellem første og anden sætning er illustrativt for bevægelsen væk fra et lighedsprincip som omdrejningspunkt for materielle normer i folkeretten. Andre forfattere drev den bevægelse med mere hårdtslående midler. Til eksempel blev »fundamental rights« udskreget som naturrettens misfostre, således Brierly (1963) s. 49 og 37, hvor det om Vattels lighedsprincip hedder: »Thus the doctrine of the equality of states, a misleading deduction from unsound premisses, was introduced into the theory of international law«; se også Brierly (1963) s. 130f., saml. hvad det historiske angår Kooijmans (1964) særligt s. 57ff. Om naturrettens

stempel, se også Kelsen (1966) s. 243ff., Brierly (1958) s. 4 og 8, *Lærebog* s. 42. Se for kritik af dette synspunkt, kap. XI, 3.

Det betyder dog ikke, at et princip om staters suveræne lighed ikke længere hævdes. Det har blot ikke længere noget egentligt materielt sigte – »However, it is clear that the notions of reciprocity and equality are not abstract conceptions. They must be related to some provision of the Statute or of the Declarations«, ICJ Reports (1957) s. 145. Dette reciprocitetsprincip havde samme år fundet udtryk i ICJ's dom i *Case of Certain Norwegian Loans*: »A comparison between the two Declarations shows that the French Declaration accepts the Court's jurisdiction within narrower limits than the Norwegian Declaration; consequently, the common will of the Parties, which is the basis of the Court's jurisdiction, exists within these narrower limits indicated by the French reservation«, ICJ Reports (1957) s. 23. Se også PCIJ Series A/B No. 74 s. 22 og No. 77 s. 81 samt ICJ Reports (1952) s. 103. Reciprocitetsprincippet er således en formodning mod ensidige forpligtelser, samh. følgende diktum: »Only the identity of the borrower is fixed; in the case it is a sovereign State, which cannot be presumed to have made the substance of its debt and the validity of the obligations accepted by it in respect thereof, subject to any law other than its own«, PCIJ Series A Nos. 20/21 s. 121. Se også Verdross & Simma (1984) særligt s. 48ff. og 61, Kooijmans (1964) s. 144 samt traktatretskonventionens art. 21, stk. 1, litra b. Til eksempel Brownlie nævner, at »The institutional aspects of organizations of states result in an actual, as opposed to a formal, qualification of the principle of sovereign equality«, Brownlie (1990) s. 290. Det synspunkt står sig dog bedre i selskab med *opinio juris* og dermed original suverænitet – tilslutning til et folkeretligt arrangement bunder i statens samtykke; »no theory of equality is needed to explain or justify them«, Brierly (1963) s. 132, tilsvarende Kooijmans (1964) s. 126, 138 og 239, Nozari (1971) s. 99, saml. *Lærebog* s. 51.

For deduktioner over samme princip, se Kooijmans (1964) s. 145 om Haag konferencerne i 1899 og 1907: »And not only was exact equality guaranteed by the representation on the conference, but ... Every state was to have but one vote, irrespective of the number of its representatives ... In principle, therefore, every state had the same influence in the decision-making. The principle of unanimity was accepted ...«. På baggrund af det sidste princip er det interessante dog naturligvis ikke den enkelte stats antal af stemmer, men dens stemmeret, samh. Brierly (1963) s. 132f. Blandt andre Ross advarede mod for udstrakt brug af et lighedsprincip i organisatoriske sammenhænge, *Lærebog* s. 51 og 66. Korowicz (1961) s. 166 kunne garantere for også Ross' »objectivité« – »comme membres des nations numériquement petites«.

Princippet gives en lidt uheldig introduktion hos Oppenheim (1992) s. 339: »Since international law is based on the common consent of states as sovereign communities, the member states of the international community are equal to each other *as subjects* of international law«, Oppenheim (1992) s. 339. Det (kunne) forstås som en afledning af lighedsprincippet fra original originalitet – en tanke som ikke i øvrigt stemmer med samme fremstilling; se også Brierly (1963) s. 132.

Den indledningsvis citerede art. 2, stk. 1 i FN Pagten skal ses i denne institutionelle sammenhæng, samh. FN Pagten kap. VII. I resolution 2625 (XXV) fra FN's generalforsamling, Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations, indeholdes følgende elementer »In particular« i et begreb om »sovereign equality«: stater er »juridically equal«, nyder »the rights

inherent in full sovereignty«, skal nyde respekt blandt andre stater for sin »personality«, nyder ubrydelig »territorial integrity and political independence«, nyder »right freely to choose and develop its political, social, economic and cultural systems« samt »the duty to comply fully and in good faith with its international obligations and to live in peace with other States«. Den suveræne lighed overskrider næppe heller i resolutionen princippet formelle grænser. Om FN Pagtens art. 2, stk. 1, se Verdross & Simma (1984) s. 34f. og 274f., Simma (1991) s. 39 og 50 samt Kelsen (1966) s. 248 om »equality before the law«. Saml. mere generelt Brierly (1963) s. 131f., Kooijmans (1964) s. 102 og 245f., Nozari (1971) s. 101f. Disse forfattere mener, at det er en selvstændig kvalitet ved lighedsprincippet, at folkeretten ikke formodes at klasseinddele stater. Dette følger imidlertid allerede af det almindelige statsbegreb. Principielt bestemmer hver norm selv sine normsubjekter. Retlig ulighed forudsætter ulighed mellem normsubjekter indbyrdes og ikke mellem dem og (blot) potentielle normsubjekter. Det folkeretlige statsbegreb er en udfyldningsregel for fiksering af normsubjekter; og i denne udfyldning kan naturligvis indlæses en formodning mod klasseinddeling af stater, men nogen selvstændig betydning har dette begreb ikke – heller ikke som udfyldningsregel; se også kap. XII, 3.

Herefter er diskussionen af reciprocitet (i nærværende) gledet over i en mere processuel udgave af lighedens idé: »The Court now comes to the principle which, in its 1973 Advisory Opinion, it regarded as a requirement of the judicial process: the principle of equality of the parties«, ICJ Reports (1982) s. 338. Det vil ikke mindst sige: »The Court is, therefore, only concerned to ensure that the interested parties shall have a fair and equal opportunity to present their views to the Court respecting the questions on which its opinion is requested and that the Court shall have adequate information to enable it to administer justice in giving its opinion«, ICJ Reports (1973) s. 182 og gentaget i ICJ Reports (1982) s. 339. Se også ICJ Reports (1989) s. 137, (*Para*) *Military* s. 39f. samt Kooijmans (1964) s. 101.

Denne udvikling i lighedsprincipper er illustrerende for også en nutidig skepsis overfor materiel anvendelse af reflexen. Lighed som materielt aksiom er dog stadig at møde enkelte steder. Samtidig har den materielle reflex tjent folkeretten i det skjulte – blot uden nogen udtrykkelig promovering. Hemmelighedskræmmeriet kan ses i sammenhæng med, at den materielle anvendelse har sit væsentligste område inden for almindelige, forholdsvis konsensusprægede greb i folkerettens teori og praksis, praksis og teori.

Den udtalte brug af et princip om lighed findes i Ammouns separate opinio i *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*: »The stoic philosophy, showing for the first time in mankind's history the seeds of equality between men and between nations, influenced The Charter has consecrated the principle of equality in even more categorical terms than it uses for the right of people to self-determination by reaffirming in its preamble the faith of the United Nations in the equal rights of nations large and small, and by declaring in Article 2, paragraph 1, that The General Assembly has many times had occasion to affirm the *right of equality and the fundamental rights which derive therefrom*«, ICJ Reports (1971) s. 77f. I en dissenting opinion har Alvares gjort følgende gældende: »I shall confine myself for the moment to emphasizing the point that the new international law has not only a legal, but also a political, social, economic and even a psychological aspect. Its point of departure is that, to-day, States are increasingly interdependent: and that consequently they do not form a simple community, as formerly, but rather a veritable international and organized society. This society in nowise abolishes the independence and the sovereignty of the States, nor their legal equality (Article 2 paragraph 1, of the

Charter); but it limits this sovereignty, and the rights which flow therefrom, in view of the general interests of this society«, ICJ Reports (1950) s. 13f.

FNs generalsekretær er i YILC (1971) II s. 9 citeret for følgende: »The doctrines of sovereignty and equality of States have provided the bases of international law since the emergence of a society of independently governed States. These elements have formed the starting point for the development of various fundamental principles of international law relating to the conduct of States«. Se også Verdross & Simma (1984) s. 61.

4. Om reflexen

Paralogismens suverænitet dækker over et mere eller mindre lysskyende argumentationsmønster i folkeretten. Mønsteret kan knytte an til et lighedsprincip – eller rettere: et princip om *suveræn* lighed, se hertil Kratochwil (1989) s. 252. Det kan også blot være en mere implicit antagelse af et reflekteret suverænitetsbegreb som argumentatorisk omdrejningspunkt. Samh. fx O'Connell (1970) s. 320ff. og Brownlie (1990) s. 287ff., som beskriver »sovereignty« og »equality of states« i sammenhæng. Mønsteret er det samme; uanset om antagelsen er lighedsprincipets eksplicitte eller (alene) reflexens implicitte, rettes argumentationen mod samme suverænitetsbegreb som underliggende præmis. Dette suverænitetsbegreb er ikke folkeretligt relevant, slet ikke som norm. Derimod hidrører det fra intern ret – og hører til dér, i dag. Det er en reflex, i folkeretten, hvilket afsløres af de gentagne sammenblandinger af folkeret og intern ret, som følger – reflexen, samh. kap. I, 3 og XII, 3. I første række blot formelt som led i en historisk og i naturretten begrundet gruppering af normer. Men i anden række gives reflexen en videre, materiel anvendelse i folkeretlige argumentationsstrukturer ved en næsten umærkelig drejning. Støtte ydes til argumenter, som peger frem mod styrkelse af monosætninger i den folkeretlige afgrænsning af staten – af dens territorium og befolkning; i andre ord argumenter, som peger frem mod dén statens eksklusivitet, som tilkommer den suveræne stat i intern ret, i staten selv. Til illustration er reflexen blev givet denne eksplicitte formulering: »International obligations do not restrict State sovereignty but only State freedom«, *Decay* s. 17 med støtte i Arangio-Ruiz – i denne afhandlings ord: original suverænitet (»State freedom«) er bortvist og inkongruensproblemet afviklet til folkerettens fordel, men folkeretlig suverænitet (»State sovereignty«) er stadig ukrænkeligheden selv reflekteret ind fra intern ret til beskyttelse af ikke mindst statens territorium.

Som sådan er reflexens argumentatoriske potentiale ikke identisk med et princip om »restrictiv interpretation«. Det står ikke i forhold til original suverænitet. Derimod gør det kur til en normativ monopolisering bestående i udstrækning af forbudsnormer og hertil svarende træk mod rettighedssubjektivitetens eksklusivitet i særligt territorielt henseende, samh. for en kompleks formulering Sukiennicki (1927) s. 79: »Mais les manifestations de la vie nationale et internationale sont trop intimement liées entre elles, pour pouvoir prétendre que l'Etat, étant souverain absolu à l'intérieur de ses frontières, puisse en même temps, par la force

même des choses, être limité à l'extérieur». På den vis står det argumentatoriske potentiale, reflexen i materiel form, i nær forbindelse med en antagelse af staters reserverede domæne, samh. kap. XII, 1. Potentialets omfang illustreres af *The Case of the S. S. Lotus*. Bortset fra én dissenterende dommer, fulgte alle domme – det udgangspunkt, som de anså for indeholdt i en såkaldt suverænitet – en formodning imod eller for statens eneangang til udøvelse af jurisdiktion i almindelighed på eget territorium, jf. kap. XII, 3.

Det er ofte trivielt vanskeligt at udfinde de egentlige (hjelpe)præmisser for en slutning, også for en folkeretlig slutning. En retrospektiv induktion vil være en logisk umulighed, retrospektiv deduktion almindeligvis råderum for i hvert fald vilkårligheden, samh. kap. I, 2 om cirkulære begrebssystemer. Det er derfor også vanskeligt at blottlægge reflexens omfang i folkeretlig argumentation – og altså ikke kun fordi det fordrer omfattende studier i forskellige folkeretlige emner, særligt nationalitet, intervention, jurisdiktion, »somewhere on the borderline between international and municipal law«, Mann (1964) s. 23. Reflexen trækker ofte i samme retning som den juridiske tradition, der jo naturligvis også er præget af *traditionel* brug af reflexens argumentatoriske potentiale. Det hæver dog ikke traditionen over kritik. Måske er introspektion mere interessant – i fremtiden, dvs. en agtsomhed over for argumentation omkring brændpunkterne for territorialhøjhed og et begreb om såkaldt territorial suverænitet.

På den anden side skal disse vanskeligheder heller ikke pustes op. I de foregående kapitler har jeg givet en række eksempler på mulig anvendelse af reflex og lighedsprincip i materielt henseende. Et eksempel på det sidste er givet i kapitel XV, 1: såfremt et effektivitetsprincip ikke kan udvælge én nationalitet blandt flere, angives et lighedsprincip at føre til, at »A State may not afford diplomatic protection to one of its nationals against a State whose nationality such person also possesses«, Convention on Certain Questions relation to the Conflict of Nationality Laws art. 4. Se også Weis (1979) s. 187. For en generel eller almindelig betragtning er dette selvsagt vilkårligt: intet taler i højere for (positiv) lighed i form af beskyttelse end i (negativ) form af afstandtagen herfra, samh. *Decay* s. 7f. Anderledes for en konkret betragtning. Skal staterne være lige i den konkrete strid, kan den ene stat ikke skænkes rettighedssubjektivitet, mens den anden må bære rundt på pligtsubjektivitet – det er, fra en normativ vinkel, ulige. I den konkrete situation opnås lighed, fra en normativ vinkel, alene ved begge staters frihed for norms subjektivitet. Imidlertid må det være klart, at netop den konkrete betragtning er et specialfald af normfjendskhed og negativ frihed (suverænitet). For såfremt norms subjekter for en normativ betragtning skal være lige i enhver konkret situation, så udelukkes enhver norms subjektivitet, idet pligt og krav er korrelativt bundne. I et normsystem giver det alene mening at referere til lighed for en almindelig betragtning. Og i den forstand kan ræsonnementet omkring diplomatisk beskyttelse ved dobbelt statsborgerskab ikke forstås foruden udsyn til en materiel reflex, som søger et reserveret domæne.

Gentagne (sandsynlige) eksempler på den materielle reflex' materielle anvendelse indeholdes i kapitlerne XII til XV. Som også anført ovenfor i afsnit 3, fore-

kommer det rimeligt i sammenhængen at have sig et almindeligt, argumentatorisk greb for øje. Her tænkes på en opdeling ved spørgsmål om indskrænkende fortolkning i en første, principiel overvejelse over mulighed overhovedet for indskrænkning og – måske – en anden, konkret afvejning af hensyn, et subsumptions skøn. Jeg kan ikke se begrundelsen herfor i almindelig fortolkningslære, samh. kap. X. Tværtimod læser jeg dette greb, hvis konsekvens utvivlsomt er en indskrænkning af indskrænkende fortolkning, som udslag af et møde med reflexen; og hvor den første, indledende overvejelse er et spørgsmål om overhovedet at kunne gennembyrde de reserverende mure omkring den pågældende flig af folkerettens materielle flade. Argumentationen genfindes i diskussionen over jus cogens; nok udgøres oppositionen dér af original suverænitæt, men dét suverænitætsbegreb i intern ret, hvorfra reflexen udgår, er på samme måde vendt mod statens normsubjektivitet.

Sammenhængen mellem suverænitætsbegreb og lighedsprincip gives en interessant illustration i Philip C. Jessups »A Modern Law of Nations« fra oprindeligt 1947:

»The Charter of the United Nations is the latest milestone on the road to the legal regulation of war and, in general, of the use of force in international relations. According to the fourth paragraph of Article 2: '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 Purposes of the United Nations.' This statement derives added significance from its context. The first principle stated in this same article is 'the principle of the sovereign equality' of all the members of the Organization, which is 'based' on that principle. From the coexistence of these two principles it is to be deduced that the regulation of the threat or use of force is not inconsistent with the principle of sovereign equality. A resort to war can, therefore, no longer be justified by an invocation of the old concept of absolute sovereignty which in the last analysis left every state the final judge in its own cause«, Jessup (1968) s. 158f.

Ved uden videre at antage, at FN Pagtens art. 2, stk. 1 »is not inconsistent« med stk. 4 ud fra deres blotte og formelle »coexistence«, vælger Jessup i realiteteten ureflekteret at tømme »the principle of the sovereign equality« for indhold; det synes jo at koeksistere med ethvert (andet) formål. Men samtidig gives det materielt indhold og vendes mod »the old concept of absolute sovereignty«. Samh. Jessup (1968) s. 40f.: »Like the legal attribute of equality, the function of sovereignty as a legal concept was to protect the state in a world devoid of any alternative to self-protection«. Princippet om »sovereign equality« er således efter behag en blot formel eller tillige også materiel størrelse. I den sammenhæng er det også ganske uklart, hvad Fabela mener med følgende konklusive passage: »Finalement pourrait-on se poser la question de savoir si le Droit international existe. En fait, il n'est que le résultat de l'imposition des grandes Etats. Et ce sont les

petits Etats qui paient les frais. L'égalité des Etats n'existe qu'en théorie. Et tant que cette égalité ne sera pas réalisée, le Droit n'existera pas, dans la mesure où il est au service des ambitions impérialistes de tous les Grands, sans distinction», Fabela (1961) s. 232.

Og i øvrigt – Jessup om suverænitetsens nytte: »Sovereignty in the sense of exclusiveness of jurisdiction in certain domains, and subject to overriding precepts of constitutional force, will remain a usable and useful concept, just as in the consitutional system of the United States the forty-eight states are considered sovereign«, Jessup (1968) s. 41. Reflexen, igen.

Afslutningsvis skal det understreges, at jeg ikke i den materielle anvendelse af reflexen læser den samlede folkerets ruin. Reflexen er fordrejende, til tider grænsende til det vrangvendende, men er ikke ruinerende – ej heller dominerende. Som det gentagne gange er blevet antydnet i afhandlingens forløb, tilslutter jeg mig ikke den postmodernistiske skole, uanset at heller ikke alle dennes tilhængere som sådan foreskriver folkerettens, folkeretternes totale kollaps – David Kennedy er »the last Modernist«, Carty (1991) s. 75. I hovedsagen forstår jeg denne skole som en vildfarelse ud i begrebsmonistiske tag på suverænitetsbegrebet. Det kan i øvrigt i sammenhængen bemærkes, at Koskenniemi ofte gør brug af begrebet om (suveræn) lighed – men næsten altid i betydningen vendt mod »descending arguments«, *Structure* s. 33, 60, 69, 102, 128, 129, 186, 234, 249, 252, 254, 283, 288, 303, 330, 331, 332, 340, 348, 378, 393, 433, 447, samh. s. 123, 241, 242, 347, 449, 450, 451, 454; jf. kap. VIII, 3. Se for den modsatte anvendelse af lighedsprincippet, *Structures* bla. s. 37 og 122. Vilkårligheden spørger.

David Kennedy synes i øvrigt at føre en noget uklar omgang med et lighedsprincip. Han betragter lighedsprincippet som grundlæggende modstillet »independence«, »authority«, og finder folkerettens »crises« og »contradiction« grundfæstet i samme modstilling – indeholdt i et suverænitetsbegreb, se grundlæggende Kennedy (1980) s. 365f. og 368. Denne betragtning må imidlertid forudsætte, at de to fikseringspunktet for inkonsistensen, »equality« og »independence«, »authority«, ligger fast. I modsat fald vil det ikke være givet, at det ikke er netop fikseringspunkterne som er evigt flaksende. Kennedy forudsætter i andre ord en vis klarhed omkring suverænitetsbegrebet, om end det så skulle være spaltet i dikotomien »independence« kontra »equality«. Disse antagelser holder imidlertid ikke. Det er klart, at »equality« ikke hos Kennedy er nogen fikseret størrelse; til eksempel: »In each opposition, the extreme poles seem to exclude one another, to imply one another, and to be individually indefensible without the other. In the substantive opposition, *national* independence seems incompatible with equality, for the triumph of one state's independence is the triumph of another state's communal respect. Yet, if *all* states are independent they must be equal, for mutual independence precludes a hierarchy just as mutual authority must create one«, Kennedy (1980) s. 370. Kennedy flakser her mellem, hvad der svarer til en internretlig og en folkeretlig beskrivelsesramme, i hvilke lighed(er) med andre stater ikke overraskende tager sig forskelligt ud: »national independence« knytter an til den internretlige ramme, og triumferer over andre stater – i den interne rets natur –, mens »all states[...] ... independence« relaterer sig til en bredere beskrivelsesramme indeholdende alle stater, og som i sin natur giver stater mulighed for at befinde sig sammesteds i hierarkiet, på samme stade – om dét så er et hierarki. Denne flaksen bør gøre Kennedys teori utryk, fordi dens centrale forudsætning er fikseringspunkternes stabilitet. Og denne utryghed svarer til dén, som reflexen afføder i folkeretten: bevægelsesmønstret er nemlig det samme hos Kennedy, samh. Kennedy (1980) s. 371f. og 385.

Som Kennedy, se fx Kooijmans (1964) s. 128ff, 141, 150, 205f.

Samme vilkårlighedens spøgelse kan i et eller andet omfang udfindes bag den almindelige anvendelse af den materielle reflex i folkeretlig argumentation. Mange af de emner, som er blevet behandlet i nærværende afhandling, og som har budt reflexen op til dans, er temmelig kontroversielle. Således har teorien haft nogen vanskelighed med at fikser de rette trin for humanitær intervention. Vilkårligheden ligger naturligvis i, at ingen er tvunget til at danse – den materielle reflex er en mulighed, og er i hvert fald ikke altid blevet nedkøgt til et traditionens direktiv. Det betyder, at den materielle reflex bliver eksponent for uklarhed i den folkeretlige teori – og derved sandsynligvis også i sammes praksis. Denne uklarhed supplerer således dén, som opstår omkring suverænitetsbegrebet, i det øjeblik reflexen blot antages formelt, som systematiseringsbegreb, samh. afsnit 2.

Afslørende var for så vidt allerede den indledende analyse af (også) Alf Ross' forståelse af suverænitet. Begrebet om intern suverænitet associerer på mange måder til reflexen. Og uklarheden omkring en sontring mellem handlefrihed og handleevne og et heri indeholdt potentiale til gennembrud af dualismens isolering af folkeret og intern ret var et første, mere principielt udtryk for materiel anvendelse af reflexen. Se kap. I, 3.

KAPITEL XVII

KONKLUSION

Tvang kan defineres som antonym til frihed, frihed som antonym til tvang – og tilsvarende med folkeret og suverænitet: folkeretssubjektet er bundet af normer og derfor ikke suverænt (frit), suverænen er fri for tvang og bindinger, herunder folkeretssubjektivitet. I andre ord: suverænitet er inkongruent med folkeret, hvilket i kapitel VII, 1 blev formuleret som inkongruensproblemet: *enten* folkeret *eller* suverænitet. Formulering af inkongruensen som et problem er juristens ordvalg, idet suverænitets mistænkeliggørelse af folkeretten umiskendeligt er et problem for *folkerets*juristen, hvorimod eksempelvis politisk filosofi principielt består uanset om inkongruensen lægges bag ad suverænitets eller folkerettens sti.

Samtidig med, at inkongruensproblemet er folkeretsjuristens problem, så burde det dog netop ikke som problem have nogen interesse for folkeretsjuristen. For folkeretsjuristen eksisterer ikke foruden folkeret, og inkongruensproblemet burde for så vidt af folkeretsjuristen betragtes som løst forlods – ved valg af folkerettens sti. Det giver ingen mening for den jurist, som beskæftiger sig med folkeret, at udelukke muligheden for samme folkerets eksistens ved antagelse af staters suverænitet og normfrihed – i kort form: ingen kan være folkeretsjurist uden folkeret, hvorfor inkongruensproblemet ikke kan være et problem for folkeretsjuristen.

Det er paradoksalt, at beskrivelse og anvendelse af folkeret har været præget af et problem, som på den ene side kun kan formuleres i sine dramatiske vendinger af jurister, men som på den anden side overhovedet ikke bør kunne volde folkeretsjurister problemer. Dette paradoks er blot et specialfald af den pudsighed ved folkeretten, at endog særdeles retsteoretiske problemstillinger, som aldrig ville blive berørt i teori eller praksis om internretlige emner, i folkeretten har deres gængse hylde i både forelæsningsale og retslokaler, hvorfra *The Case of the S. S. Lotus* og *Case of the S. S. Wimbledon* står som de tidligste højdepunkter. Fra retsfilosofiens hylde hentes eksempelvis spørgsmål om grunden til retskilders og normers gyldighed, om normernes effektivitet samt om huller i normsystemet – og med dem den stadige trussel om afgørelser *ex aequo et bono*, domstolsstatutens art. 38, stk. 2. Den retsteoretiske valør af alle disse spørgsmål er blevet tilbagevist i afhandlingens forløb, se særligt kap. II, IV og IX–XI. Og kimen til spørgsmålenes for så vidt paradoksale formulering er efter min fornemmelse da også mindre ligefrem. Spørgsmålene kan som dramatisk opmalede problemer alene tynde folkeretsjuristen, men da de samtidig er uden nogen interesse for denne jurist, fordi problemerne går forud for en allerede antaget folkeret, er spørgsmålene netop ikke formuleret af juristen – men af filosofen, videnskabsmanden, hvis gebet rettere er den mere politiske analyse af internationale forhold.

De kvaler, som inkongruensproblemet gennem århundreder – paradoksalt nok – har voldt folkeretten, bunder således i en politisk-filosofisk formulering af angreb på folkeretlige nøglepositioner og dermed for så vidt formulering af juridiske problemer.

Den blanding af jura og politisk filosofi, som står bag blandt andet inkongruensproblemet formulering og – dermed indirekte – problemets efterfølgende hærgen, er næppe forskellig fra al (anden) retsfilosofi. Retsfilosofiens emner er netop juraens grundlagsproblemer, hvilke er problemer, som ligger i juraens periferi i den forstand, at deres løsen ikke er juristernes primære opgave, men tværtom ofte er helt eller delvist henlagt til andre videnskaber. Det er således karakteristisk, at suverænitetetsbegrebets historie primært har udspillet sig i politisk-filosofiske værker og ikke hos mere folkeretligt orienterede forfattere, samh. kap. IV, 2. På en og samme tid bliver begreber som suverænitet derfor i en vis forstand folkeretligt uinteressante, fordi de ikke ligger i kernen af folkeretsjuristens emnekreds, men samtidig også fundamentale, fordi de er afgørende, om end uudtalte præmisser for folkeretlig argumentation. Det har som konsekvens, at et begreb som staters suverænitet bliver af stor betydning for forståelse af folkerettens retskilde- og metodelære, samh. kap. VIII, 2.

Det forhold, at retsteoretiske problemstillinger har fået en langt mere markant udstilling i folkeretten, end hvad vanligt er i intern ret, kan næppe tages som udtryk for andet, end at folkeret – som også moral – traditionelt har fundet anvendelse som et mindre uafhængigt normsystem end det metodiske modersystem: intern ret. Og den gradvise tilbagetrækning af retsteoretiske problemstillinger fra efterkrigstidens lærebøger og retssager vidner om den styrkelse og øget uafhængighed og respekt, som tilsmiler folkeretten; af Louis Henkin metodisk formuleret som en bevægelse fra »conceptualism« til »functionalism«, Henkin (1989) s. 19. Også et skinproblem som inkongruensproblemet er blevet en kende nedtonet – og hvor det eksplicit har fundet en (skin)løsning, har metoderne spændt fra EFD's politiske forrangsprincip til teoriens mere nøgterne bortvisning af suverænitetetsbegrebet til intern ret, se henholdsvis kap. VIII, 4 og I, 2 og 3.

Folkerettens omgang med suverænitetetsbegrebet har således i dette århundrede taget sig ud som en løsning af inkongruensproblemet til folkerettens gunst – men netop fordi inkongruensproblemet er et skinproblem uden relevans for folkeretsjuristen, har den tilgang til suverænitet omkring folkeretten været inadækvat. I nærværende afhandling er beskrivelsen af staters suverænitet derfor givet en ny grundlægning – med inspiration i den politisk-filosofiske tradition, som også står bag formuleringen af inkongruensproblemet i moderne folkeret.

En grundtanke i afhandlingen er, at suverænitet blot er et formelt begreb på formen: noget er højere end noget andet. Fiksering af dette »noget« er et præliminært, materielt valg. Grundtanken har således været, at suverænitet ikke står alene, men at suverænitetens subjekt tværtimod i første række fikseres ved et materielt valg af beskrivelsesramme, det vil sige et valg af de genstande eller beskrivelselementer, som måtte være interessante for beskrivelsen. Såfremt dette materielle valg følges af en systematisering af elementer i et hierarki, kan suve-

rænitetetsbegrebet finde anvendelse til karakteristik af det eller de øverste elementer, jf. kap. II, 2.

Tanken om det formelle suverænitetetsbegreb er afgørende for forståelse og opløsning af inkongruensproblemet, hvortil inspiration findes i ikke mindst klassiske liberalistiske teorier hos Thomas Hobbes, John Locke og Jean-Jacques Rousseau. Hos disse forfattere findes nogle mere eller mindre udtrykkelige sondringer mellem frihed i og udenfor staten, mellem positiv og negativ frihed, jf. kap. IV, 7. Denne – begrebsdualistiske – sondring muliggøres, fordi det ikke antages, at en beskrivelsesramme, hvori et frihedsbegreb tjener, har en tom negation; i andre ord: det antages, at rammen i princippet godt kunne favne flere adfærdsmuligheder, end den gør – netop naturtilstanden med større negativ frihed var udtryk herfor; og i helt andre ord: den *indholdsmæssige* kontradiktion mellem begreberne frihed og tvang, suverænitet og folkeret tæmmes, fordi det antages, at begreber *omfangsmæssigt* supplerer og ikke overlapper hverandre.

Idéhistorisk begraves denne begrebsdualisme samtidig med, at suverænitetetsbegrebet fuldender en kopernikansk vending omkring det 18. århundredes afslutning, som løfter suveræniteten fra mennesker til staten, et løft fra normsujekternes kreds op eller ud til normsystemet som sådant, jf. kap. V og VI. Den vending hænger sammen med en stadig mere abstrakt formulering af begreber om staten. I tæt meningssammenhæng hermed gennembrydes den naturretlige kultur af positivistiske strømninger med en øget partikularisering af retten til følge. Interessen koncentrerer om staten, som bliver retssystemets omdrejningspunkt. I denne historiske ramme fremyngles forestillingen om staten som suveræn i den forstand, at staten er fri for pligtsubjektivitet, som strider mod dens vilje. Folkeretten bliver en tom beskrivelsesramme, »äußere Staatsrecht«, og begrebsdualisme afløses af begrebsmonisme. Hvor de fleste af de naturretlige forfattere ikke kunne se nogen modstilling mellem staters suverænitet og staters pligtsubjektivitet, så er dette inkongruensproblem blevet givet eksplicitte formuleringer i de sidste århundreder. Sådan er det stadig i dag.

Enten suverænitet eller folkeret. Og mens suverænitet ofte blev valgt i forrige århundrede, så har udgangen på inkongruensproblemet i indeværende århundrede sket ad folkerettens sti. Ofte refereres der til, at et absolut suverænitetetsbegreb af indlysende grunde ikke kan antages. Det absolutte består da i, at denne suverænitet ikke skulle tillade blot en enkelt adfærdsmuligheds regulering ved folkeretlige normer. Dette er en trivialisering af det materielle valg, som ligger bag fikseringen af beskrivelsesrammer. Konsekvensen har været en nærmest absurd diskussion på inkongruensproblemets grund, samh. kap. VII, 4.

En pendant til denne vildledende tilgang til inkongruensproblemet findes hos en gruppe af moderne, postmoderne, teoretikere eller kritikere inden for »folkeretten« – David Kennedy, Anthony Carty, Ulrich Fastenrath, Martti Koskenniemi, Veijo Heiskanen. Disse forfattere foreslår, at folkeretten er i krise. Ofte sker det ved netop indbygning af den begrebsmonistiske udlægning af inkongruensproblemet i folkerettens grundstruktur, som herefter hævdes at være kilde til serier af mere eller mindre lammende inkonsistens. Denne indbygning afsløres fragmenta-

risk i mere konkret argumentation, som ofte beror på en manglende iagttagelse af forskellen mellem normindhold og normomfang. Det er en nærmest uundgåelig slutning hos disse forfattere, at normer, som materielt foreskriver modsigende udfald af en tvist, bevirker eller er resultat af en bredtfavnende inkonsistens i folkeretten, fordi det antages, at disse normers omfang er ubegrænset. Enhver undtagelse leder til hovedregels og folkerets kollaps. Se fx kap. VII, 3, VIII, 2 og 3, IX, 2 og 5 samt XV, 1.

Alternativet til disse variationer over uheldig omgang med inkongruensproblemet indeholdes i den begrebsdualisme, som kan læses ud af mere naturretligt skolede forfattere. Netop ved at de seneste århundreders retsteori overtog idéen om gyldighedsafledning fra naturretten, men samtidig opgav en ellers ikke umulig begrebsdualisme, blev forudsætningerne for et uklart suverænitetetsbegreb optimeret; samh. kap. IV, 6.

I nærværende afhandling er den begrebsdualistiske udfordring blevet taget op. Såfremt den samlede mængde af interessante beskrivelseselementer: staters samlede adfærdsmuligheder, enten kommer i en folkerettens beskrivelsesramme eller i denne rammes negation, vil inkongruensproblemet være uløseligt – per definition. Heri ligger det begrebsmonistiske enten/eller. Men – såfremt disse beskrivelseselementer fordeles i begge beskrivelsesrammer, opløses inkongruensproblemet i et begrebsdualistisk *enten & eller*. I dette fald er suverænitet forstået som frihed for normsubjektivitet ikke uforenelig med normsubjektivitet, fordi (negativ) suverænitet og folkeret er materielt opdelt gennem adfærdsmulighedernes fordeling.

Med inkongruensproblemet's opløsning frigøres suverænitetetsbegrebet fra sit stedmoderlige forhold til folkeretten, og en ny, mere adækvat grundlægning for beskrivelse og analyse af suverænitet kan tage sin begyndelse. I nærværende afhandling mundede den videre forfølgelse af begrebsdualismen ud i først en analyse af forholdet mellem folkeret og et begreb om negativ eller *original suverænitet*, dvs. suverænitet forstået som statens frihed for normsubjektivitet. Folkeretten finder sit udgangspunkt i den originale suverænitet, idet metodelæren foreskriver staters frihed, såfremt ingen folkeretlig norm regulerer en given adfærd, jf. kap. IX, 2. Den originale suverænitet besjæler tillige folkeretskildelæren, der begrundet normer i staters vilje, jf. konklusivt kap. IX, 5 og 6. I folkeretskildelæren opretholdes således under betegnelsen *opinio juris* i al væsentlighed den sammenhæng mellem vilje og pligtsubjektivitet, som mødes i »Das äußere Staatsrecht«, samh. kap. V, 3. En tilsvarende fokusering på staterne mødes i almentolkningen, som giver parternes intention primat i fortolkningen, jf. kap. X, 3. Mens det i forlængelse af Stufenbaus opgivelse, jf. kap. IV, 6, var muligt i kapitel IX at give en mere tvangfri beskrivelse af folkeretskildelæren, så blev fortolkningslæren i kapitel X underkastet en nyfortolkning i lyset af også moderne sprogteori. Navnlig fortolkningslæren kom herefter til at tage sig langt mere harmonisk ud end efter traditionel lære.

Den originale suverænitet anes tillige omkring *pacta sunt servanda* – men da i opposition. Som følge af opgøret med Stufenbau er *pacta sunt servanda* i nærværende afhandling blevet omfortolket fra at være primært en særlig kilde for trak-

taters gyldighed til at være en metodelærens norm for løsning af modsigelse mellem en ældre traktat og en anden, yngre folkeretsnorm – til fremme af førstnævnte, jf. kap. XI, 2. *Pacta sunt servanda* vender sig derfor mod original suverænitet ved at bryde sammenhængen mellem vilje og norm efter retsnormens dannelse. Herved kommer *pacta sunt servanda* til at stå i opposition til original suverænitet, hvilket har affødt et væsentligt behov for legitimation af *pacta sunt servanda*. Den originale suverænitets skygge træder endnu klarere frem i relation til *jus cogens*, som i princippet tjener samme formål som *pacta sunt servanda*, men hvis selvstændige anvendelsesområde ikke opleves som så vigtigt, at princippet anvendes uanset traditionelt begrundelsesproblem, samh. kap. XI, 3.

Med særligt *pacta sunt servanda* gennemfører den folkeretlige metodelære i bund og grund en variant af begrebsdualismen. *Pacta sunt servanda* er netop en illustration af, at der er forskel på, hvorvidt et emne, en adfærdsmulighed i forvejen er reguleret eller ej. Det samme gør sig i endnu højere grad gældende for *jus cogens*.

Hvad angår selve det folkeretlige normsystem, konkluderes det i forlængelse af inkongruensproblemets opløsning, at original suverænitet ikke hører hjemme her, kap. XII, 1. Begrebsdualismen står. I stedet søges skitsering af et begreb om positiv eller *folkeretlig suverænitet*, dvs. en frihed for (andre) tvangsfaktorer, som folkeretten tilvejebringer for staten som rettighedssubjekt. Denne frihed præciseres som frihed for staten som *Sein*, eftersom (øget) frihed for staten som *Sollen* er omsonst blandt allerede hver for sig egenartede retssystemer, samh. kap. XII, 2 og VII, 2. Herefter knyttes begrebet om folkeretlig suverænitet dels til statens territorium, dels til statens befolkning – og repræsentation i øvrigt. Folkerettens begreber om territorium og nationalitet skitseres i den sammenhæng, jf. kap. XII, 3, XIII og XV, 1, idet der søges en så vidt mulig harmonisk sammenskrivning af divergerende synspunkter. Som fremstillingsbegreb favner folkeretlig suverænitet så normer, der beskytter territorium eller befolkning. Væsentligst er et princip om non-intervention, jf. kap. XIV og XV, 3, samt de mindstekrav, som folkeretten stiller til behandling af udenlandske borgere, hvortil kommer diplomaters immunitet, kap. XV, 2.

Berettigelsen af dette begreb om folkeretlig suverænitet ligger også i den oplevede vigtighed, som omgiver de normer, der favnes af begrebet. Dette sætter sig måske også igennem i den folkeretlige omgang med samme normer. I den forbindelse tager beskrivelsen og anvendelsen af disse normer del i en tradition omkring, hvad der i nærværende afhandling er benævnt *reflexen* – af et suverænitätsbegreb knyttet til intern ret over i folkeretten. Som suverænitet forstås almindeligvis i denne forstand en eksklusiv adgang for staten til udøvelse af jurisdiktion på eget territorium, men en lang række forfattere har valgt i stedet blot at indkode en tvangshåndhævelsens eksklusivitet i samme begreb. Denne reflex peger tilbage på en sprogbrug, som var oplagt i naturretten, jf. kap. XVI, 2, men som med dennes fald mistede sin berettigelse. I første række er reflexen blot formel, en strid om ord. Men den indeholder tillige et materielt potentiale. Ved at åbne op for reflexen optager folkeretten et suverænitätsbegreb, som i sin rette sammen-

hæng omkring intern ret er uden grænser. Herved interpoleres i folkeretten et argumentatorisk potentiale, som mere eller mindre eksplicit kan overvægte næsten ethvert andet hensyn i den folkeretlige argumentation. Oprindeligt har reflexen også virket som et lighedsprincip, men er i dag sandsynligvis først og fremmest den udtalte præmis i en række folkeretlige slutninger, som sigter mod dyrkelse af folkeretlig suverænitet i eksklusivitetens form gennem kreering af reserverede domæner, hvor staten – i henhold til folkeretten – er ene om at virke, ene om at have særligt stedlig kompetence. I den forbindelse er det selv sagt vanskeligt at fiksere det endelige omfang for reflexens materielle anvendelse, jf. kap. XVI, 4.

Nærværende afhandling tog i kapitel I, 1 sit udgangspunkt i den uklarhed, som op gennem historien har været en af de mest dominerende associationer, der meldte sig hos folkeretsjurister konfronteret med ordet »suverænitet«. En umiddelbar kilde til den oplevelse af uklarhed har i det 20. århundrede været inkongruensproblemet, fordi folkeretsjuristerne ikke kunne finde plads i folkeretten til suverænitetsbegrebet i dets mest oplagte, begrebsmonistiske form. Og samtidig kunne juristerne ej heller blot lægge statens suverænitet bag sig, fordi ordet bestandigt blev reflekteret ind i folkeretten fra intern ret. På en og samme tid evnede reflexen både at befordre folkeretsjuristernes oplevelse af uklarhed og at drage nytte af samme uklarhed, fordi den gjorde det lettere at sløre, at reflexen faktisk var en paralogisme, en fejlslutning.

Blandt nærværende afhandlings konklusioner er en opløsning af inkongruensproblemet og en afsløring af reflexen – hvilke konklusioner har som deres konsekvens, at uklarheden omkring suverænitet i folkeretten kan hæves. Samtidig har det særligt i indeværende århundrede været markant, at inkongruensproblemet og dets begrebsmonistiske løsen ad folkerettens vej skabte en ganske særlig mentalitet eller stemning blandt folkeretsjurister, såvel mellem lærebøgers linier som blandt procedurers undertoner. Det gængse udtryk for stemningsbilledet er juristernes bestandige undskyldninger for folkerettens eksistens og krav, men undertiden kunne omvendt en besjæling af ophøjet afstandtagen fra staten og dens væsen fremprovokeres. Også den stemning kan hæves – endeligt. Og når årtusindets annaler om få år skal forfattes, er der ingen grund til anvende volapyk i folkerettens.

OVERSÆTTELSER

I det følgende gives oversættelser af de latinske citater i afhandlingen. De enkelte oversatte passagers numre svarer til de tal, som har fulgt de latinske citater i kantede parenteser. Særligt bemærkes, at oversættelserne af »De Jure Belli ac Pacis Libri Tres« er taget fra Francis W. Kelsey i Carnegie Classics No. 3, Oxford 1925, hvortil ensomme sidetal viser hen.

1. »Hvad kejseren (princeps) beslutter, har lovs kraft; folket har nemlig overdraget ham hele sit imperium og magt ved en lex regia, der er udstedt om hans imperium«, Tamm (1991) 2 s. 24.

2. »These Principalities then are only happy and secure: but they being sustained by superiour causes, whereunto humane understanding reaches not, I will not meddle with them: for being set up and maintained by God; it would be the part of a presumptuous and rash man to enter into discourse of them«, Edward Dacres i »The Prince«, London 1959 s. 50.

3. »It may be granted, then, that the common subject of sovereignty is the state ... The special subject is one or more persons, according to the laws and customs of each nation«, s. 103.

4. »Many heretofore have purposed to give this subject a well-ordered presentation; no one has succeeded«, s. 21.

5. »I have seen also special books on the law of war, some by theologians, as Franciscus de Victoria, Henry of Gorkum, William Matthaei; others by doctors of law, as John Lupus, Franciscus Arias, Giovanni da Legnano, Martinus Laudensis. All of these, however, have said next to nothing upon a most fertile subject; most of them have done their work without system, and in such a way as to intermingle and utterly confuse what belongs to the law of nature, to divine law, to the law of nations, to civil law, and to the body of law which is found in the canons«, s. 22.

6. »Most true is the saying, that all things are uncertain the moment men depart from law«, s. 17.

7. »What we have been saying would have a degree of validity even if we should concede that which cannot be conceded without the utmost wickedness, that there is no God, or that the affairs of men are of no concern to Him«, s. 13.

8. »That power is called sovereign whose actions are not subject to the legal control of another, so that they cannot be rendered void by the operation of another human will«, s. 102.

9. »The law which is broader in scope than municipal law is the law of nations; that is the law which has received its obligatory force from the will of all nations, or of many nations«, s. 44.

10. »If no association of men can be maintained without law, as Aristotle showed by his remarkable illustration drawn from brigands, surely also that association which binds together the human race, or binds many nations together, has need of law«, s. 17.

11. »When I say 'of another', I exclude from consideration him who exercises the sovereign power, who has the right to change his determinations; I exclude also his successor, who enjoys the same right, and therefore has the same power, not a different power«, s. 102.

12. »For the distinction between treaties and sponsions, Livy may be cited, in Book IX, where he correctly shows us that treaties are made by order of the highest authority, and that in respect to such treaties the people itself is liable to divine wrath if it does not keep its agreements«, s. 391.

13. Se 9.

14. »Such treaties, again, are either accompanied by impairment of sovereignty, or are without such impairment«, s. 396.

15. »In the fourth place it is to be observed that while sovereignty is a unity, in itself indivisible, consisting of the parts which we have enumerated above, and including the highest degree of authority, which is 'not accountable to any one'; nevertheless a division is sometimes made into parts designated as 'potential' ... and 'subjective'«, s. 123.

16. »What I have said, that in some cases sovereign power is held with full proprietary right, that is in patrimony, some learned men oppose, using the argument that free men cannot be treated as property. But just as the power of the master is one thing, that of the king another, so also personal liberty is different from civil liberty, the liberty of individuals from the liberty of men in the aggregate. The Stoics said that one form of slavery was 'subjection', and in the Holy Scriptures subjects are called servants of the king. Just as personal liberty, then, excludes subjection to a master, so civil liberty excludes subjection to a king and any other form of control properly so called«, s. 115.

17. »There is, finally, one more question to be considered here, namely, whether there be a peculiar and positive law of nations, distinct from natural law; for on this point scholars are not entirely agreed. It is held by many that the law of nature and the law of nations are one and the same thing, differing only in their external denomination. Hence Hobbes, *De Cive*, chap. xiv, §§ 4, 5 ... To this statement we also fully subscribe. Nor do we feel that there is any other voluntary or positive law of nations which has the force of law, properly so called, such as binds nations as if it proceeded from a superior«, C. H. Oldfather og W. A. Oldfather i *Carnegie Classics* No. 17 vol. II, Oxford 1934 s. 226.

18. »Therefore, since nations in their relations to each other are regarded as individual free persons living in a state of nature, and since in their relation to each other they use nothing except natural law, or what belonging by nature to every man, the right of war belongs to nations«, Joseph. H. Drake i *Carnegie Classics* No. 13 vol. II, Oxford 1934 s. 313.

19. »For judgments are efficacious against those who feel that they are too weak to resist; against those who are equally strong, or think that they are, wars are undertaken«, s. 18.

20. »We know that there are peoples among whom such withdrawal is not permissible, as the Muscovites; and I do not deny a civil society can be formed on such termes, and that such a custom may receive the force of agreement«, s. 253.

21. »Yet here also we must observe the rule of natural justice which the Romans followed in putting an end to private associations, that a thing should not be permitted if it is contrary to the interests of society«, s. 254.

22. »With the exception of these cases, it is to be believed that peoples consent to the free withdrawal of their nationals, because from granting such liberty they may experience not less advantage than other countries«, s. 254.

LITTERATURFORTEGNELSE

Til litteraturfortegnelsen bemærkes, at flere værker af samme forfatter er opstillet kronologisk efter udgivelsesår. Såfremt der er henvisninger til forskellige publikationer af samme forfatter udgivet i samme år, angiver »2« i henvisningen, at der refereres til den næstnævnte og ikke førstnævnte publikation. I øvrigt nævnes nedenfor i al væsentlighed alene den litteratur, hvortil der er henvisninger i afhandlingen.

Enkelte værker har det desværre ikke været muligt at opdrive i nyeste udgave.

- Akehurst, Michael: *A Modern Introduction to International Law*, London 1970
Akehurst, Michael: *Custom as a Source of International Law* i BYIL (1974/5) s. 1ff.
Akehurst, Michael: *A Modern Introduction to International Law*, 6. udg., London 1987
Akzin, Benjamin: Analysis of State and Law Structure i Salo Engel (ed.): *Law, State, and International Legal Order*, Knoxville 1964 s. 1ff.
Allott, Philip: *Language, Method and the Nature of International Law* i BYIL (1971) s. 79ff.
Anderson, Perry: *Lineages of the Absolutist State*, London 1974
Anzilotti, Dionisio: *Cours de droit international I*, Paris 1929
Aréchaga, Eduardo Jiménez de: *International Law in the Past Third of a Century* i Recueil des Cours (1978) I s. 1ff.
Aréchaga, Eduardo Jiménez de: Custom i Antonio Cassese og Joseph H. H. Weiler (eds.): *Change and Stability in International Law-Making*, Berlin 1988 s. 1ff.
Austin, John: *The Province of Jurisprudence Determined etc.*, 1832 (H. L. A. Hart (ed.)), London 1955)
Austin, John: *Lectures on Jurisprudence (The Student's Edition)*, London 1875

Balekjian, W. H.: *Die Effektivität und der Stellung der nichtanerkannten Staaten im Völkerrecht*, Den Haag 1970
Bardonnet, Daniel: Équité et frontières terrestres i *Mélanges Paul Reuter*, Paris 1981 s. 35ff.
Barsotti, Roberto: Armed reprisals i A. Cassese (ed.): *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Dordrecht 1986 s. 79ff.
Bartelson, Jens: *A Genealogy of Sovereignty*, Stockholm 1993
Bar-Yaacov, N.: *Dual Nationality*, London 1961
Baxter, R. R.: *Treaties and Custom* i Recueil des Cours (1970) I s. 25ff.
Bayles, Michael D.: Definitions in law i James H. Fetzer, David Shatz og George N. Schlesinger (eds.): *Definitions and Definability: Philosophical Perspectives*, Dordrecht 1991 s. 253ff.
Benn, Stanley I.: The Uses of Sovereignty i W. J. Stankiewicz: *In Defense of Sovereignty*, New York 1969 s. 67ff.
Bentham, Jeremy: *Of Laws in General* (H. L. A. Hart (ed.)), London 1970
Blake, L. L.: *Sovereignty: Power beyond politics*, London 1988
Bleckmann, Albert: *Grundprobleme und Methoden des Völkerrechts*, München 1982
Blix, Hans: *Sovereignty, Aggression and Neutrality*, Uppsala 1970
Bodin, Jean: *Les Six Livres de la République I–VI*, 1576 (1593) (Librairie Arthème Fayard, Paris 1986)
Bonfils, Henry-Joseph François Xavier: *Manuel de droit international public I*, Paris 1905
Bowett, D. W.: *Self-defence in international law*, Manchester 1958

- Bowett, D. W.: *The Use of Force for the Protection of Nationals Abroad* i A. Cassese (ed.): *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Dordrecht 1986 s. 39ff.
- Brierly, J. L.: *The Law of Nations*, 4. udg., Oxford 1949
- Brierly, James Leslie: *The basis of obligation in international law*, Oxford 1958
- Brierly, J. L.: *The Law of Nations*, 6. udg. ved Sir Humphrey Waldock, Oxford 1963
- Briggs, Herbert W.: *The Attorney General Invokes Rebus Sic Stantibus* i AJIL (1942) s. 89ff.
- Brown, Seyom: *International Relations in a Changing Global System*, Boulder 1992
- Brownlie, Ian: *The use of force in self-defence* i BYIL (1961) s. 183ff.
- Brownlie, Ian: *International Law and the Use of Force by States*, Oxford 1963
- Brownlie, Ian: *The Relations of Nationality in Public International Law* i BYIL (1963) s. 284ff.
- Brownlie, Ian: *Thoughts on Kind-Hearted Gunmen* i Richard Lillich (ed.): *Humanitarian Intervention and the United Nations*, Charlottesville 1973 s. 139ff.
- Brownlie, Ian: *Humanitarian Intervention* i John Norton Moore (ed.): *Law and Civil War in the Modern World*, 1974 s. 217ff.
- Brownlie, Ian: *Legal Status of Natural Resources in International Law* i *Recueil des Cours* (1979) I s. 245ff.
- Brownlie, Ian: *Principles of Public International Law*, 4. udg., Oxford 1990
- Burley, Anne-Marie Slaughter: *International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda* i AJIL (1993) s. 205ff.
- Carty, Anthony: *The Decay of International Law?*, Manchester 1986
- Carty, Anthony: *Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law* i EJIL (1991) s. 66ff.
- Cassese, Antonio: *International Law in a Divided World*, Oxford 1986
- Cassese, Antonio og Joseph H. H. Weiler (eds.): *Change and Stability in International Law-Making*, Berlin 1988
- Castberg, Frede: *Folkerett*, 2. udg., Oslo 1948
- Chambers, Frank P., Christina Harris, and Charles C. Bayley: *This age of Conflict: Contemporary World History, 1914 to the Present*, New York 1950
- Charney, Jonathan I.: *Universal International Law* i AJIL (1993) s. 529ff.
- Charney, Jonathan I.: *Progress in International Maritime Boundary Delimitation Law* i AJIL (1994) s. 227ff.
- Cheng, Bin: *General principles of law as applied by international courts and tribunals*, London 1953
- Chowdhury, Subrata Roy: *Permanent sovereignty over natural resources samt Permanent Sovereignty and its Impact on Stabilization Clauses, Standards of Compensation and Patterns of Development Co-operation* i Kamal Hossain og Subrata Roy Chowdhury: *Permanent Sovereignty over Natural Resources in International Law*, New York 1984 s. 1ff.
- Cobban, Alfred: *Rousseau and the Modern State*, London 1964
- Combacau, Jean: *The exception of self-defence in U. N. practice* i A. Cassese: *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Dordrecht 1986 s. 9ff.
- Conforti, Benedetto: *International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Dordrecht 1993
- Cox, Richard H.: *Locke on War and Peace*, Oxford 1960
- Crawford, James: *The Criteria for Statehood in International Law* i BYIL (1976/7) s. 93ff.
- Crawford, James: *The Creation of States in International Law*, Oxford 1979
- D'Amato, Anthony A.: *The Concept of Special Custom in International Law* i AJIL (1969) s. 211ff.
- D'Amato, Anthony A.: *The Concept of Custom in International Law*, Ithaca 1971
- D'Amato, Anthony: *International Law: Process and Prospect*, New York 1987
- Damrosch, Lori Fisler: *Politics Across Borders* i AJIL (1989) s. 1ff.
- Damsgaard-Madsen, Aksel: *Det athenske demokrati*, København 1970

- Danecke, Uwe: *Die humanitäre Intervention und ihr Verhältnis zum Rechtssystem der europäischen Menschenrechtskonvention*, Würzburg 1972
- Danilenko, Gennady M.: *International Jus Cogens: Issues of Law-Making* i EJIL (1991) s. 42ff.
- Delivanis, Jean: *La légitime défense en droit international public moderne*, Paris 1971
- Denecke, Uwe: *Die humanitäre Intervention und ihr Verhältnis zum Rechtssystem der europäischen Menschenrechtskonvention*, Würzburg 1972
- Dennert, Jürgen: *Ursprung und Begriff der Souveränität*, Stuttgart 1964
- Dinstein, Yoram: *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge 1988
- Dunn, John: *The Political Thought of John Locke*, Cambridge 1969
- Eck, Hilding: *Folkkrätten*, 3. oplag, Stockholm 1980
- Eckhoff, Torstein: *Rettskildelære*, 2. udg., Oslo 1987
- Eckhoff, Torstein og Nils C. Sundby: *Rettssystemer*, 2. udg., Oslo 1991
- Eisenach, Eldon J.: *Two Worlds of Liberalism*, Chicago 1981
- Elian, George: *The principle of sovereignty over natural resources*, Alphen aan den Rijn 1979
- Erades, L.: *Interactions between International and Municipal Law*, The Hague 1993
- Espersen, Ole: *Indgåelse og opfyldelse af traktater*, København 1970
- Evans, Malcolm D.: *Maritime Delimitation and Expanding Categories of Relevant Circumstances* i ICLQ (1992) s. 1ff.
- Fabela, Isidro: *Intervention*, Paris 1961
- Farer, Tom J.: Political and economic aggression in contemporary international law i A. Cassese: *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Dordrecht 1986 s. 121ff.
- Fastenrath, Ulrich: *Lücken im Völkerrecht*, Berlin 1991
- Fastenrath, Ulrich: *Relative Normativity in International Law* i EJIL (1993) s. 305ff.
- Fauchille, Paul: *Traité de Droit International Public I-II*, 8. udg. ved Henry Bonfils, Paris 1921-26
- Fell, A. London: *Origins of Legislative Sovereignty and the Legislative State I-2*, Königstein 1983
- Fitzmaurice, G. G.: *The Law and the Procedure of the International Court of Justice: General Principles and Substantive Law* i BYIL (1950) s. 1ff.
- Fitzmaurice, G. G.: *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Treaty interpretation and certain other treaty points* i BYIL (1951) s. 1ff.
- Fitzmaurice, G. G.: *The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and other Treaty Points* i BYIL (1957) s. 203ff.
- Fitzmaurice, Sir Gerald G.: Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law i *Symbolae Verzijl*, La Haye 1958 s. 153ff.
- Fitzmaurice, Sir Gerald: *The Law and Procedure of the International Court of Justice 1954-9: General Principles and Sources of International Law* i BYIL (1959) s. 183ff.
- Fleischer, Carl August: *Hovedpunkter i folkeretten*, 6. udg., Oslo 1994
- Foighel, Isi: *Nationalisering af fremmed ejendom*, København 1961
- Foucault, Michel: Two Lectures i C. Gordon (ed.): *Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972-1977* by Michel Foucault, New York 1980
- Frank, Thomas M. og Nigel S. Rodley: *After Bangladesh: The Law of Humanitarian Intervention by Military Force* i AJIL (1973) s. 275ff.
- Franklin, Julian: *Jean Bodin and the 16th Century Revolution in the Methodology of Law and History*, New York 1963
- Franklin, Julian: *Jean Bodin and the Rise of Absolutism*, Cambridge 1973
- Franklin, Julian: *John Locke and the Theory of Sovereignty*, Cambridge 1978
- Franklin, Julian: Introduction i Jean Bodin: *On Sovereignty*, Cambridge 1992
- Friedrich, Carl Joachim: *The Philosophy of Law in Historical Perspective*, 2. udg., Chicago 1963
- Garner: *The doctrine of rebus sic stantibus and the termination of treaties* i AJIL (1927) s. 509ff.

- Georgiev, Dencho: *Politics or Rule of Law: Deconstruction and Legitimacy in International Law* i EJIL (1993) s. 1ff.
- Gerlach, Axel: *Die Intervention*, Hamburg 1967
- Germer, Peter: *Statsforfatningsret I-II*, København 1988–89
- Germer, Peter: *Indledning til folkeretten*, København 1989
- Gihl, Torsten: *Studier i internationell rätt*, Stockholm 1955
- Gihl, Torsten: *Huvuddragen av den allmänna folkrätten*, Stockholm 1956
- Gildin, Hilail: *Rousseau's Social Contract*, Chicago 1983
- Goodrich, Leland M. & Edvard Hambro: *Charter of the United Nations*, London 1949
- Gram Jensen, Svend: *Almindelig retslære*, 2. udg., København 1993
- Grewe, Wilhelm G.: *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Baden–Baden 1984
- Gross, Hanns: *Empire and Sovereignty*, Chicago 1973
- Grotius, Hugo: *De Jure Belli ac Pacis Libri Tres*, 1625 (Carnegie Classics, Washington 1913)
- Gulmann, Claus, John Bernhard og Tyge Lehmann: *Folkeret*, København 1989
- Gulmann, Claus: Folkeret som retskilde i W. E. von Eyben: *Juridisk grundbog 1*, 5. udg., København 1991 s. 247ff.
- Gulmann, Claus og Karsten Hagel–Sørensen: *EF–ret*, 2. udg., København 1993
- Hall, W. E.: *International Law*, 5. udg., Oxford 1904
- Hannikainen, Lauri: *Peremptory norms (jus cogens) in international law*, Helsinki 1988
- Hargrove, J. L.: *The Nicaragua Judgment and the Future of the Law of Force and Self–Defense* i AJIL (1987) s. 135ff.
- Harhoff, Frederik: *Rigsfællesskabet*, Århus 1993
- Hart, H. L. A.: *The concept of law*, Oxford 1961
- Hart, H. L. A.: *Essays on Bentham*, Oxford 1982
- Hart, H. L. A.: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford 1983
- Hassemer, Winfried (Hrsg.): *Dimensionen der Hermeneutik*, Heidelberg 1984
- Heffter, August Wilhelm: *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 5. udg., Berlin 1867
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821 (Johannes Hoffmeister (ed.), 4. oplag, Hamburg 1955)
- Heilesen, C. C.: *Lov mellem Lande*, København 1917
- Heiskanen, Veijo: *International legal topics*, Helsinki 1992
- Henkin, Louis: *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, 2. udg., Columbia 1979
- Henkin, Louis: *International Law: Politics, Values and Functions* i *Recueil des Cours* (1989) IV s. 9ff.
- Higgins, Rosalyn: *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*, London 1963
- Hindmarsh, Albert E.: *Self–help in time of peace* i AJIL (1932) s. 315ff.
- Hinsley, F. H.: *Power and the Pursuit of Peace*, Cambridge 1967
- Hinsley, F. H.: *Sovereignty*, 2. udg., Cambridge 1986
- Hobbes, Thomas: *Leviathan*, 1651 (John Plamenatz (ed.), 1962)
- Hoffmann, Stanley: *Duties Beyond Borders*, New York 1981
- Hoffmann, Stanley og David P. Fidler (eds.): *Rousseau on International Relations*, Oxford 1991
- de Hoogh, A. J. J.: *The Relationship between Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and International Crime: Peremptory Norms in Perspective* i ÖZfÖRV (1991) s. 183ff.
- Høffding, Harald: *Den nyere Filosofis Historie 1–4*, 3. udg., 1921–22
- Janis, Mark W.: *An Introduction to International Law*, Boston 1988
- Jansson, Jan–Magnus: *Hans Kelsens statsteori mot bakgrunden i hans rättsfilosofiska åskådning*, Helsingfors 1950
- Jellinek, Georg: *Die Lehre von den Staatsverbindungen*, Wien 1882
- Jenks, C. Wilfred: *International Immunities*, London 1961
- Jenks, C. Wilfred: *The Prospects of International Adjudication*, London 1964

- Jennings, R. Y.: *The Caroline and McLeod Cases* i AJIL (1938) s. 82ff.
- Jessup, Philip C.: *A Modern Law of Nations*, 1968
- Johansen, Karsten Friis: *Den europæiske filosofis historie 1*, København 1991
- Johnson, Bo: *Suveränitet i havet och luftrummet*, Stockholm 1972
- Jones, Goronwy J.: *The United Nations and the domestic jurisdiction of states*, Cardiff 1979
- Jones, J. Mervyn: *British Nationality Law*, 2. udg., Oxford 1956
- Jones, J. Mervyn: *The Nottebohm Case* i ICLQ (1956) 5 s. 280ff.
- Jones, Robert A.: *The Soviet Concept of "Limited Sovereignty" from Lenin to Gorbachev*, London 1990
- Jørgensen, Poul: *Dansk retshistorie*, 5. oplag, København 1971
- Kant, Immanuel: *Kritik der reinen Vernunft*, 1781 (Kant's samlede skrifter IV, Berlin 1903)
- Kant, Immanuel: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785 (Kant's samlede skrifter IV, Berlin 1903)
- Kant, Immanuel: *Kritik der praktischen Vernunft*, 1788 (Kants samlede skrifter V, Berlin 1908)
- Kant, Immanuel: *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, 1793 (Kant's samlede skrifter VIII, Berlin 1923)
- Kant, Immanuel: *Zum ewigen Frieden*, 1795 (Kant's samlede skrifter VIII, Berlin 1923)
- Kant, Immanuel: *Die Metaphysik der Sitten*, 1797 (Kant's samlede skrifter VI, Berlin 1909)
- Kaufmann, Arthur: *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*, Köln 1984
- Keeton, George W.: *National Sovereignty and International Order*, London 1939
- Kelly, J. M.: *A Short History of Western Legal Theory*, Oxford 1992
- Kelsen, Hans: *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, 1911
- Kelsen, Hans: *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public* i *Recueil des Cours* (1926) IV s. 227ff.
- Kelsen, Hans: *Das Problem der Souveränität*, 2. udg., Tübingen 1928
- Kelsen, Hans: *General Theory of Law and State*, Cambridge 1945
- Kelsen, Hans: *The Law of the United Nations*, London 1950
- Kelsen, Hans: *Reine Rechtslehre*, 2. udg., Wien 1960
- Kelsen, Hans: *Principles of International Law*, 2. udg. ved Robert W. Tucker, New York 1966
- Kelsen, Hans: *Sovereignty and international law* i W. J. Stankiewicz: *In Defense of Sovereignty* s. 115ff., Oxford 1969
- Kelsen, Hans: *On the Issue of the Continental Shelf*, Wien 1986
- Kennedy, David: *Theses about International Law Discourse* i GYIL (1980) s. 353ff.
- Kennedy, David: *Primitive Legal Scholarship* i HILJ (1986) s. 1ff.
- Kennedy, David: *International Legal Structures*, Baden-Baden 1987
- King, Preston: *The ideology of order*, London 1974
- Koch, Carl Henrik: *Den europæiske filosofis historie 3*, København 1983
- Kooijmans, P. H.: *The doctrine of the legal equality of states*, Leyden 1964
- Korowicz, Marc-Stanislas: *Organisations internationales et souveraineté des États membres*, Paris 1961
- Koskenneimi, Martti: *From apology to utopia*, Helsinki 1989
- Koskenneimi, Martti: *The Politics of International Law* i EJIL (1990) s. 4ff.
- Koskenneimi, Martti: *National Self Determination Today: Problems of Legal Theory and Practice* i ICLQ (1994) s. 241ff.
- Koskenneimi, Martti: *Review Essay* i EJIL (1994) s. 145ff.
- Kratochwil, Friedrich: *Rules, norms, and decisions*, Cambridge 1989
- Kratochwil, Friedrich: *The Limits of Contract* i EJIL (1994) s. 465ff.
- Kunz, Josef L.: *The Nottebohm Judgment* i AJIL (1960) s. 536ff.
- Lammers, J. G.: *Pollution of international watercourses*, The Hague 1984
- Lauterpacht, Hersch: *The Function of Law in the International Community*, Oxford 1933

- Lauterpacht, Hersch: *Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties* i BYIL (1949) s. 48ff.
- Lauterpacht, Hersch: *Sovereignty over submarine areas* i BYIL (1950) s. 376ff.
- Lauterpacht, Hersch: *The Development of International Law by the International Court*, London 1958
- Lauterpacht, Hersch: *International law 1-4* (E. Lauterpacht (ed.)), Cambridge 1970-78
- Lawrence, T. J.: *The Principles of International Law*, 7. udg. ved Perry H. Winfield, London 1928
- Levine, Andrew: *Liberal Democracy*, New York 1981
- Lillich, Richard B. (ed): *Humanitarian Intervention and the United Nations*, Charlottesville 1973
- von Liszt, Franz: *Das Völkerrecht*, 11. udg., Berlin 1918
- Lloyd, S. A.: *Ideals and Interests in Hobbes's Leviathan*, Cambridge 1992
- Locke, John: *Two Treatises of Government*, 1688 (Peter Laslett (ed.)), Oxford 1960
- Lorenzen, Peer, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: *Den Europæiske Menneskeretskonvention*, København 1994
- Machiavelli, Niccolò: *Il Principe*, 1532 (L'Unione Tipografico/Editrice Torinese, Rom 1961)
- Madsen, Niels: Domstolens anvendelse af folkeret og EF-ret i *Festskrift til Højesteret*, København 1986 s. 33ff.
- Mann, F. A.: *The Doctrine of Jurisdiction in International Law* i *Recueil des Cours* (1964) I s. 1ff.
- Mann, F. A.: *The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years* i *Recueil des Cours* (1984) III s. 1ff.
- Marek, Krystyna: *Identity and Continuity of States in Public International Law*, 2. udg., Genève 1968
- Maritain, Jacques: The concept of sovereignty i W. J. Stankiewicz: *In Defense of Sovereignty*, New York 1969 s. 41ff.
- von Martens, Friedrich: *Völkerrecht I-II*, Berlin 1883-86
- McDougal, Myres S., Harold D. Lasswell og James C. Miller: *The Interpretation of Agreements and World Public Order*, New Haven 1967
- McDougal, Myres S. og Florentino P. Feliciano: *The International Law of War*, New Haven 1994
- McKean, Warwick: *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford 1983
- McNair, Lord: *Treaties and Sovereignty* i *Symbolae Verzijl*, La Haye 1958
- McNair, Lord: *The Law of Treaties*, 2. udg., Oxford 1961
- M'Gonigle, R. Michael og Mark W. Zacher: *Pollution, Politics and International Law*, Berkeley 1979
- Milward, Alan S., Frances M. B. Lynch, Federico Romero, Ruggero Ranieri og Vibeke Sørensen: *The Frontier of National Sovereignty*, London 1993
- Modelski, George: *Long cycles in world politics*, London 1987
- Montesquieu, Charles-Louis de Secondat: *De l'Esprit des Lois*, 1748 (Paris 1968)
- Moore, John Norton: *Law and Civil War in the Modern World*, Baltimore 1974
- Moro, Lucia Millán: *La opinio iuris en el derecho internacional contemporáneo*, Madrid 1990
- Møller, Axel: *Folkeretten I-II*, 2. udg., København 1931-34
- Nicholson, Michael: *Formal Theories in International Relations*, Cambridge 1989
- Nozari, Fariborz: *Unequal Treaties in International Law*, Stockholm 1971
- Nørretranders, Tor: *Det udelelige*, Gyldendal 1985
- O'Connell, D. P.: *The Law of State Succession*, Cambridge 1956
- O'Connell, D. P.: *International Law 1-2*, London 1965
- O'Connell, D. P.: *International Law 1-2*, 2. udg., London 1970
- O'Connell, D. P.: *The international law of the sea 1-2*, Oxford 1982-84

- Oppenheim, L.: *Oppenheim's International Law I*, 9. udg. ved Sir Robert Jennings og Sir Arthur Watts, London 1992
- Opsahl, Torkel: *En moderne forfatning under debatt, først artikkel* i TfR (1962) s. 282ff.
- Osborn, Annie Marion: *Rousseau and Burke*, New York 1964
- Ostwald, Martin: *From Popular Sovereignty to the Sovereignty of Law*, Berkeley 1986
- van Panhuys, Haro Frederik: *The Rôle of Nationality in International Law*, Leiden 1959
- Parry, Clive: The Law of Treaties i Max Sørensen: *Manual of Public International Law*, London 1968 s. 175ff.
- Paton, H. J.: *The Categorical Imperative*, 2. udg., New York 1967
- Pennington, Kenneth: *The Prince and the Law, 1200–1600*, Berkeley 1993
- Peters, Paul, Nico J. Schrijver og Paul J. I. M. de Waart: Permanent Sovereignty, Foreign Investment and State Practice i Kamal Hossain og Subrata Roy Chowdhury: *Permanent Sovereignty over Natural Resources in International Law* s. 88ff., New York 1984.
- Phillimore, Sir Robert: *Commentaries upon International Law I–IV*, 3. udg., London 1879
- Plamenatz, John: *Man and Society 1*, London 1963
- Pufendorf, Samuel: *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo*, 1688 (Carnegie Classics, Oxford 1934)
- Quaritsch, Helmut: *Souveränität*, Berlin 1986
- Rapaczynski, Andrzej: *Nature and Politics*, New York 1987
- Rasmussen, Hjalte: *EU-ret og EU-institutioner i kontekst*, København 1994
- Rasting, Carl: *Folkeretten I–II*, København 1940
- Rasting, Carl: *Om Folkeret* i Juristen (1943) s. 33ff.
- Raz, Joseph: *The Authority of Law*, Oxford 1979
- Rehof, Lars Adam og Tyge Trier: *Menneskeret*, København 1990
- Reibstein, Ernst: *Die Dialektik der souveränen Gleichheit bei Vattel* i ZaöRV (1958) s. 607ff.
- Reiss, Hans: *Kant's Political Writings*, Cambridge 1970
- Renton, David: *The genuine link concept and the nationality of physical and legal persons, ships and aircraft*, Köln 1975
- Riley, Patrick: *Will and Political Legitimacy*, Cambridge 1982
- Robinson, Richard: *Definition*, Oxford 1950
- Rodick, Burleigh Cushing: *The Doctrine of Necessity in International Law*, New York 1928
- Rosenne, Shabtai: *The Law of Treaties*, Leyden 1970
- Rosenne, Shabtai: *Practice and methods of international law*, London 1984
- Rosenne, Shabtai: *Developments in the Law of Treaties 1945–1986*, Cambridge 1989
- Rosenne, Shabtai: *An International Law Miscellany*, Dordrecht 1993
- Ross, Alf: *Lærebog i folkeret*, 1. udgave, København 1942
- Ross, Alf: *A Textbook of International Law*, London 1947
- Ross, Alf: *Tü-tü i Festskrift til Henry Ussing*, København 1951 s. 468ff.
- Ross, Alf: *Om ret og retfærdighed*, København 1953
- Ross, Alf: *Statsretlige studier*, København 1959
- Ross, Alf: *Dansk statsforfatningsret*, København 1959
- Ross, Alf: *Dansk statsforfatningsret*, 3. udg. ved Ole Espersen, København 1980
- Ross, Alf: *Lærebog i folkeret*, 6. udg. ved Ole Stig Andersen, Tyge Lehmann og Per Magid, København 1984
- Roth: *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, 1949
- Rousseau, Jean Jacques: *Du Contrat Social*, 1762 (Jean-Marie Fataud og Marie-Claude Bartholy (eds.), Paris 1972)
- Rousseau, Charles: *Principes Généraux du Droit international public I*, Paris 1944
- Rozakis, Christos K.: *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam 1976

- Röling, Bert V. A.: The ban on the use of force and the U. N. Charter i A. Cassese (ed.): *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Dordrecht 1986 s. 3ff.
- Ræstad, Arnold: *Statssuverenitet og folkerett* i NTfIR (1936) s. 3ff. og 85ff.
- Sabine, George H. og Thomas L. Thorson: *A History of Political Theory*, 4. udg., Hinsdale 1981
- Schachter, Oscar: *International Law in Theory and Practice* i *Recueil des Cours* (1982) V s. 9ff.
- Schmitt, Carl: *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, Boston 1985
- Schwarzenberger, Georg: Forms of Sovereignty i W. J. Stankiewicz: *In Defense of Sovereignty*, New York 1969 s. 160ff.
- Schwarzenberger, Georg og E. D. Brown: *A manual of international law*, London 1976
- Schwarzenberger, George: *The Dynamics of International Law*, London 1976
- Schwebel, S. M.: *Agression, Intervention and Self-Defence in Modern International Law* i *Recueil des Cours* (1972) II s. 411ff.
- Schweigman, David: *Humanitarian Intervention Under International Law: The Strife for Humanity* i LJIL (1993) s. 91ff.
- Schwelb, Egon: *Some aspects of international jus cogens as formulated by the international law commission* i AJIL (1967) s. 946ff.
- Scott, James Brown: *Francisco de Victoria and his law of nations*, Oxford 1934
- Scott, Shirley V.: *International Law as Ideology* i EJIL (1994) s. 313ff.
- Shaw, Malcolm N.: *International Law*, 3. udg., Cambridge 1991
- Shearer, I. A.: *Starke's International Law*, 11. udg., London 1994
- Simma, Bruno og Edda Blenk-Knocke: *Zwischen Intervention und Zusammenarbeit*, Berlin 1979
- Simma, Bruno: *Charta der Vereinten Nationen*, München 1991
- Sinclair, Ian: *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2. udg., Manchester 1984
- Smedal, Gustav: *Erhvervelse av Statshøiher over Polarområder*, Oslo 1930
- Spiermann, Ole: *Forfatningsretten og de singulære love* i TfR (1992) s. 505ff.
- Spragens, Thomas A., Jr.: *The Irony of Liberal Reason*, Chicago 1981
- Starke, J. G.: *Introduction to International Law*, 9. udg., London 1984
- Stenderup Jensen, Søren: *Folkeretten som retskilde i dansk ret* i UfR (1990) s. 1ff.
- Stowell: *Intervention in International Law*, London 1921
- Strayer, Joseph R.: *On the Medieval Origin of the Modern State*, New Jersey 1970
- Strömberg, Tore: *Retsfilosofiens historie i omrids*, København 1981
- Strupp, Karl: *Éléments du Droit International Public I-III*, 2. udg., Paris 1930
- Stuer Lauridsen, Preben: *Studier i retspolitisk argumentation*, København 1974
- Stuer Lauridsen, Preben: *Retslæren*, København 1977
- Stuer Lauridsen, Preben: *Om ret og retsvidenskab*, København 1992
- Sukiennicki, Wiktor: *La Souveraineté des Etats*, Paris 1927
- Sundberg, Halvar G. H.: *Folkraätt*, Stockholm 1944
- Suontausta, Tauno: *La souveraineté des états*, Helsingfors 1955
- Sztucki, Jerzy: *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties*, Wien 1974
- Sørensen, Max: *Les sources du droit international*, Copenhagen 1946
- Sørensen, Max: *Et nyt forfatningsretligt værk* i Juristen (1959) s. 441ff.
- Sørensen, Max: *Principes de droit international public* i *Recueil des Cours* (1960) I s. 1ff.
- Sørensen, Max: *Folkeret*, København 1971
- Sørensen, Max: *Statsforfatningsret*, 2. udg. ved Peter Germer, København 1973
- Tamm, Ditlev: *Retshistorie I-2*, København 1990-91
- Tanja, Gerard Jacob: *The Legal Determination of International Maritime Boundaries*, The Hague 1989
- Tesón, Fernando R.: *Humanitarian Intervention: An Inquiry Into Law And Morality*, New York 1988
- Thing Mortensen, Arne: *Perception og sprog*, København 1972
- Thirlway, H. W. A.: *International Customary Law and Codification*, Leiden 1972

- Thomas, Ann van Wynen og A. J. Thomas, Jr.: *Non-intervention*, Dallas 1956
- Tierney, Brian: *Origins of papal infallibility 1150–1350*, Leiden 1988
- Tilly, Charles: *Coercion, Capital, and European States*, Cambridge 1992
- Toynbee, Arnold J.: *Nationality & the War*, London 1915
- Triepel, Heinrich: *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig 1899
- Tucker, Robert W.: *Reprisals and Self-Defense: The Customary Law* i AJIL (1972) s. 586ff.
- Tunkin, G. I.: *Theory of International Law*, Cambridge 1974
- Ullmann, Walter: *The Church and the Law in the Earlier Middle Ages*, London 1975
- Ussing, Henry: *Aftaler*, 3. udg., København 1950
- de Vattel, Emer: *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle I–IV*, 1758 (Carnegie Classics, Washington 1916)
- Vaughan, C. E. (ed.): *The Political Writings of Jean-Jeaques Rousseau I–2*, Cambridge 1915
- Vaughan, C. E.: *Studies in the history of political philosophy I–II*, Manchester 1925
- Verdross, Alfred: *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes*, Tübingen 1923
- Verdross, Alfred: *Forbidden Treaties in International Law* i AJIL (1937) s. 571ff.
- Verdross, Alfred: *Völkerrecht*, 2. udg., Wien 1950
- Verdross, Alfred: *Völkerrecht*, 5. udg., Wien 1964
- Verdross, Alfred: *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law* i AJIL (1966) s. 55ff.
- Verdross, Alfred og Bruno Simma: *Universelles Völkerrecht*, 3. udg., Berlin 1984
- Verwey, W. D.: Humanitarian Intervention i A. Cassese (ed.): *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Dordrecht 1986 s. 57ff.
- Verzijl, J. H. W.: *International Law in Historical Perspective I–II*, Leyden 1968–69
- Virally, Michel: The Sources of International Law i Max Sørensen: *Manual of Public International Law*, London 1968 s. 116ff.
- Virally, Michel: *Le Droit International en devenir*, Paris 1990
- de Visscher, Charles: *Les effectivités du droit international public*, Paris 1967
- Waldock, C. H. M.: *The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law* i Recueil des Cours (1952) II s. 455ff.
- Waldock, Sir Humphrey: *General Course on Public International Law* i Recueil des Cours (1962) II s. 1ff.
- Waldock, Sir Humphrey: *The Effectiveness of the System set up by the European Convention on Human Rights* i HRJ (1980) s. 1ff.
- Walker, R. B. J.: *State Sovereignty, Global Civilization, and the Rearticulation of Political Space*, Princeton 1988
- Wallace, Michael F.: Introduction i *International Boundary Cases: The Continental Shelf*, Cambridge 1992 s. 1ff.
- Weil, Prosper: *Towards Relative Normativity in International Law?* i AJIL (1983) s. 413ff.
- Weil, Prosper: *The Law of Maritime Delimitation – Reflections*, Cambridge 1989
- Weis, P.: *Nationality and Statelessness in International Law*, 2. udg., Alphen aan den Rijn 1979
- Wellens, Karel C. (ed.): *Resolutions and Statements of the United Nations Security Council (1946–1992)*, Dordrecht 1993
- Westlake, John: *International Law I*, 2. udg., Cambridge 1910
- Whitman, Majorie M. (dir.): *Digest of International Law 1–4*, 1963–65
- Williams, Sir John Fischer: *The permanence of treaties* i AJIL (1928) s. 89ff.
- Williams, Sir John Fischer: *Chapters on Current International Law and the League of Nations*, London 1929
- Wilson, George Grafton og George Fox Tucker: *International Law*, 5. udg., New York 1901
- Winfield, P. H.: *The History of Intervention in International Law* i BYIL (1922/3) s. 130ff.
- Wolff, Christian: *Jus Gentium Methodu Scientifica Pertractatum*, 1749 (1764) (Carnegie Classics, Oxford 1934)

Wolfke, Karol: *Custom in Present International Law*, 2. udg., Dordrecht 1993
Wood, Diana (ed.): *The Church and Sovereignty c. 590–1918*, Cambridge 1991
Wyatt, Derrick og Alan Dashwood: *European Community Law*, 3. udg., London 1993

Zahle, Henrik: *Dansk forfatningsret 1–3*, København 1989
Zinkernagel, Peter: *Virkelighed*, København 1988
Zippelius, Reinhold: *Einführung in die juristische Methodenlehre*, München 1971

INDEKS

- Almentolkning, 175, 185, 187f., 192f., 194
Almenvilje, 69ff., 78, 87, 89ff.
Almindelige principper (retsgrundsætninger), 157, 159, 160, 214, 297
Animus possidendi (occupandi), 241f., 245ff., 283, 292
Austin, John, 139ff., 150
Austin, John Langshaw, 35f., 185
- Bartelson, Jens, 40f., 45f., 71, 85, 108, 109, 110
Befolkning, 59, 130, 165, 224, 225ff., 229, 237f., 239f.
Begrebsdualisme, 78ff., 86, 126, 128ff., 190, 198, 199, 218f.
Begrebsmonisme, 79ff., 122f., 130ff., 147, 155, 163, 176, 190f., 198, 199, 218f., 221f., 317
Bentham, Jeremy, 139f.
Beskrivelsesramme, 39ff., 71f., 80ff., 125f., 127, 141, 163, 223f.
Beskrivelsesvilkår, 36
Bodin, Jean, 22, 35, 42, 47f., 52, 55ff., 59, 65, 72, 83, 85, 88, 100, 139
Bresnev-doktrinen, 105
Brierly, James Leslie, 45, 107, 146f., 158f., 171, 203, 242f., 261, 273, 311
Brownlie, Ian, 133, 135, 152f., 183, 188, 190f., 193, 217, 241f., 256, 279f., 290, 293f., 302f.
Bystater, græske, 49
- Carty, Anthony, 108f., 112, 135, 145, 156ff., 161, 178, 204, 226, 247, 314
Clausula rebus sic stantibus, 201ff.
Consuetudo est servanda, 195, 197
Costa, Flaminio mod ENEL, 136f.
Crawford, John, 226f., 258
- Diplomatisk immunitet, 299f.
Direkte virkning, folkeretlige normers, 136
Domistisk analogi, 83ff., 92, 128, 146, 154
Dualisme, 27, 31, 36, 95, 110ff., 124, 138, 141, 153, 154, 234, 318
- Effektivitet, folkerettens, 31, 114, 119f., 145ff., 180, 303
Effektivitetsprincip, 51, 226f., 232, 241ff., 256ff., 261, 287ff., 292, 315
Ensidige erklæringer (unilateral acts), 163, 169, 189, 196f., 200, 281
Enten & Eller, 126, 128ff., 218
Equity (rimelighed), 169, 172ff., 181f., 191f., 248ff., 258
Europæiske Fællesskaber (EF), 105f., 137
Europæiske Menneskerettighedskonvention, 180f.
Europæiske Union (EU), 106, 137
Ex aequo et bono, 251, 255f.
- Fastenrath, Ulrich, 40, 154ff., 174, 185f., 193f.
Foighel, Isi, 297
Folkeforbundet, 21, 102, 103f., 222f., 283
Folkeret
 definition, 24ff., 59, 139

som naturret, 59, 61, 85f.
 som ret, 92, 94, 107ff., 139, 147, 176
 Folkeretskildelære, 117, 122f., 145ff., 222
 Forenede Nationer (FN), 105, 221ff.
 Formodningsregel, 115, 115ff.
 Forrang, EU-retten, 135ff., 141f.
 Fortolkning
 autentisk, 179f., 194
 effektiv, 179, 192
 equity, 181f., 191, 193
 forarbejder, 186f., 192
 indskrænkende (restrictive interpretation), 180, 182ff., 188ff., 198, 278, 279, 314
 intention, subjektiv, 181f., 183, 185ff., 192f.
 objektiv, 186f.
 statisk, 193f.
 udvidende (analogi), 191
 Fortolkningslære i folkeretten, 173, 178, 179ff., 191, 193f., 316
 Fortolkningsregel
 intern ret, 115
 ifølge EU-retten, 137
 Franklin, Julian, 68, 73f.
 Frihed, negativ og positiv, 81f., 149, 223
 Frihedsparadokset, 64f., 77ff., 92, 127ff., 198

 Georgiev, Dencho, 123
 God tro (good faith), 181f., 191, 196, 199f., 313
 Grotius, Hugo, 23, 51, 58ff., 73, 78, 85, 96, 163, 209, 210, 290f.
 Grundlovens § 20, 142
 Grundnorm, 74ff., 113, 140, 163f., 199, 235
 Gud, 22, 47ff., 55f., 58, 60, 64, 66, 78, 100, 131
 Gyldighedsafledning mellem normer, 36ff., 75f., 85f., 113, 140, 159f., 163f., 198, 200, 204

 Harhoff, Frederik, 38
 Hart, H. L. A., 73, 76, 140, 146
 Hegel, Georg W. F., 88, 93ff., 100, 101, 124, 139, 199
 Heiskanen, Veijo, 115ff., 278f.
 Henkin, Louis, 22f.
 Hermeneutisk cirkel (spiral), 164, 191, 234
 Herskerpagt, 59, 63, 66f., 87
 Hobbes, Thomas, 42, 48, 62ff., 66, 78, 83ff., 88, 107, 159
 Humanitær intervention, 273ff., 302, 318

 Imperium, 49f.
 Indeks, 338ff.
 Indre anliggender, 221, 223
 Inkongruensproblemet, 23, 28, 60f., 85f., 92, 94, 107ff., 127ff., 137, 147, 162f., 176, 180, 182f., 189f., 195, 198, 199, 201, 221f., 306, 307f.
 Instruktionsregel, intern ret, 115
 Is international law really law?, 112, 235
 Island of Palmas, 124ff., 244, 246, 256ff.
 Intern statsfællesskabsret, 138, 142
 Intervention, 98, 99, 222, 261ff.
 Interventionsforbud, 218, 239, 243, 259, 263, 266ff., 300ff., 307

Jellinek, Georg, 108, 198f.
 Jessup, Philip C., 316f.
 Jure gestionis, 299
 Jus cogens, 175, 195ff., 207ff., 218f., 297, 316
 Jus despositivum, 214
 Jus gentium, 50, 51, 59, 60f., 85, 114, 163

 Kant, Immanuel, 36, 87, 89ff., 125
 Kelsen, Hans, 29, 35, 74ff., 95, 111ff., 121f., 149, 162, 166, 235
 Kennedy, David, 109, 117f., 120f., 122, 135, 147f., 163, 172, 175f., 200, 204, 205, 217f., 229ff., 282, 286f., 317
 Koblingsfejl, 82, 111, 128
 Kontinentalsokkel 169, 191f., 228, 230, 248ff., 258
 Kopernikansk vending, 87ff., 99ff., 139, 179
 Koskenniemi, Martti, 27, 77ff., 118ff., 124, 128, 130ff., 135, 149, 186, 187, 198, 204, 317
 Kratochwil, Friedrich V., 35f.

 Lauterpacht, Hersch, 147, 167, 179, 182ff., 187, 203
 Lawson, George, 66f.
 Lex imperfectum, 235
 Lex specialis, 196
 Lighed, suveræn, 107, 165, 289f., 308ff., 315, 316, 317
 Lighedsgrundsætning, 89f., 308
 Locke, John, 48, 65ff., 78, 83, 96
 Lotus, The Case of the S. S., 148ff., 166f., 170f., 176, 178, 231ff., 242, 315

 Machiavelli, Niccolò, 51f.
 Magtanvendelsesforbud, 105, 217, 263f., 266ff., 278f.
 Margin of appreciation, 180f.
 McNair, Lord, 159, 200, 203
 Metodelære i folkeretten, 129, 137f., 141, 154, 160, 163, 176, 187, 191, 195ff.
 Mindstekrav for behandling af udenlandske statsborgere, 293ff.
 Modsigelsesproblem mellem normer, 137, 195f., 200, 205f., 207f., 217
 Monisme, 36, 95, 101, 104, 108, 110ff., 129, 137, 142
 Monosætning, 228, 231, 248, 290, 292, 314
 Monroe-doktrinen, 103

 Nationalitet, 100, 101, 218, 237f., 239, 275f., 281ff., 315
 Nationalstat, 44, 87, 99ff.
 Naturressourcer, permanent suverænitet over, 296ff., 299
 Naturret, 36ff., 85f., 107, 178, 185, 198, 208ff., 214ff., 222, 270, 306f.
 Naturligtilstand, 58, 62f., 65f., 67f., 69f., 83f., 90, 147
 Non liquet, 157, 282
 Normhuller, 119, 155, 156ff., 229f., 282, 286
 Normsfære, 225, 230f.
 North Sea Continental Shelf Cases, 161f., 168f., 170f., 196f., 207, 228, 248ff., 258

 O'Connell, D. P., 161, 163
 Opinio juris et necessitatis, 159, 160ff., 184, 187ff., 193, 195, 206, 216, 228, 241f., 312
 afvigelse fra opinio juris, 164ff.

 Pacta sunt servanda, 60, 74, 76, 85f., 114, 158ff., 163f., 195ff., 207f., 209f., 217, 218f.
 Personalthøjhed, 237f.

Pligt, 149f.
 Positivism, 36ff., 106, 147, 178, 185, 198ff., 209, 215f., 235, 242, 246, 270, 307, 310
 Påtalesubjektivitet, staters, 282, 284f., 287, 300

 Rebus sic stantibus, 196, 201ff., 206, 218
 Reflexen, 44, 124, 126, 154, 218, 236f., 239, 243, 247, 250, 263ff., 268ff., 305, 307, 314ff.
 formel, 237, 314
 materiel, 237, 239, 247, 266, 269, 273, 276, 278ff., 283, 290ff., 293, 294, 295ff., 301f., 307, 311, 313ff.
 Relationstrekant, 35
 Repressalier, 263
 Reciprocitetsprincip, 134f., 310f.
 Reserveret område, 221f., 273, 283, 313
 Resolution, FN's generalforsamling, 166, 296f.
 Retsbegreb, 38, 232, 235f., 244, 246
 Retsplejens frivillighed, 179, 181, 191
 Retssædvanen, 158ff., 166ff., 176ff., 195ff., 210ff.
 Romerret, 49f.
 Ross, Alf, 24ff., 145f., 228ff., 233f., 239f., 243f., 318
 Rousseau, Charles, 69ff., 78, 87, 88, 97
 Rule of local redress, 180
 Rule of recognition, 73, 76

 Samfundspagt, 50, 57, 58f., 63f., 67, 69, 70, 77, 81ff., 88, 90, 93f., 128, 140
 Schwarzenberger, George, 133ff., 190
 Sein-relateret
 personel, 219, 229f., 273ff.
 statens, 216ff.
 territorial, 219ff., 233ff.
 Selvbestemmelse, folkenes ret, 106, 217, 247, 297, 274f.
 Selvforsvarsret, 263, 270ff., 277f.
 Semantisk vilkårlighed, 40, 48f., 111, 182, 192, 238f.
 Sollen/Sein, 27, 35f., 95f., 120, 123, 223f., 225, 237f., 247, 249, 303
 Sollen/Wollen, 124, 162
 Staten
 som folkeretligt begreb, 111, 165, 226ff.
 som intern ret, 94ff., 225
 som forfatningen, 52
 som Sein, 130, 224, 238ff., 259, 266, 268, 278, 284, 289
 som suverænen, 61, 88
 som suverænitet, 68f., 71f., 88, 93, 94, 96, 100, 106, 128ff., 140
 Stuer Lauridsen, Preben, 164, 185
 Stufenbau, 39, 43, 45, 75f., 113, 140, 141, 160, 164, 199, 202
 Subsumption, 172ff., 180, 189ff., 204ff., 217, 242, 255, 270, 273, 277ff., 298, 299, 303, 316
 Supranational fejlslutning, 137
 Supranationalitet, 138
 Suverænitet
 absolut, 43, 97, 124ff., 127, 131, 140, 141, 189, 236, 308
 dual, 59, 60, 66f., 68f.
 ekstern, 25ff., 29, 33, 110, 124, 125, 138
 folkeretlig (positiv), 128ff., 223f., 259, 266, 289, 305ff., 310
 intern, 25ff., 29, 94ff., 110, 118, 138, 138ff., 180f., 234, 236, 305ff.

original (negativ), 125f., 127, 128ff., 138, 147, 148ff., 163ff., 170, 175, 176ff., 179, 181f.,
 182ff., 192ff., 196, 197, 209, 215, 217, 218f., 221ff., 233, 278, 307, 312, 314, 315
 relelativ, 41, 43
 som del af systematiseringsprincip, 39ff., 48, 72f., 85, 95
 statisk, 49
 udelelighed, 57, 59, 62, 67, 67f., 70, 72ff., 96f.
 uoverdragelighed, 84, 88, 221
 Suverænitetetsvirkninger, 30ff.
 Systematiseringsprincip, 39
 Sørensen, Max, 32f., 145f., 168, 223, 233f.

Terra nullius, 165, 227, 244f., 256
 Territorialhøjhed, 101, 190, 223, 302, 310, 315
 Territorialhøjhedens grundsætning, 152, 154, 231ff., 283
 Territorium, 224, 225ff., 239, 241ff.
 Tordesillas-traktaten, 51, 244
 Traktater, 158f., 176ff., 195ff., 210f.
 Triepel, Heinrich, 108, 199

Ugyldighed, normers, 37ff., 75, 164, 196, 206
 Ugyldighedsregler, 164, 202
 Uklarhed, suverænitetetsbegrebets, 21ff., 61, 68, 238, 307, 318

Vattel, Emmerich de, 99, 107, 201, 202, 208f., 210, 301f., 305ff., 309f.
 Verdross, Alfred, 25, 43, 76f., 111, 114, 205, 214, 243f.
 Verzijl, J. H. W., 228, 247

Waldock, Humphrey, 171f., 180
 Wimbledon, Case of the S. S., 188f., 190, 198, 199

Zahle, Henrik, 115, 142f.
 Zinkernagel, Peter, 36, 39