

VITENSKAPELIG PUBLIKASJON

Folkerettspragmatisme

AV TOR-INGE HARBO

tor-inge.harbo@uia.no

Tor-Inge Harbo er professor ved UiA med fagansvar for statsforfatningsrett, EU/EØS-rett og folkerett. Han har doktorgrad i juss fra Det europeiske universitetsinstituttet i Firenze og doktorgrad i statsvitenskap fra Det frie universitetet i Berlin.

SAMMENDRAG Mens rettspragmatisk tenkning er godt etablert i norsk rett, kan det se ut som om norske jurister har valgt en mer formalistisk tilnærming til folkeretten. Etter å ha gjort kort rede for de teoretiske hovedretningene innenfor folkerettslig teori og påpekt fallgruven ved en for formalistisk tilnærming til folkeretten, lanserer forfatteren det han refererer til som «folkerettspragmatisme». En rettspragmatisk tilnærming til folkeretten skiller seg fra en realistisk tilnærming ved at den ikke stiller som krav til folkerettens gyldighet at den må være i overensstemmelse med (snevre) nasjonale interesser. Samtidig skiller folkerettspragmatismen seg fra en formalistisk tilnærming til folkeretten ved sitt sterke søkelys på konsekvensene av folkerettslige regler og anvendelsen av disse.

NØKKEORD Folkerett, rettspragmatisme, rettsteori, FN, klimarett, migrasjonsrett

ABSTRACT Legal pragmatism, whilst a dominant approach to national law, appears to have been neglected when Norwegian lawyers approach international law. After having briefly presented the major theoretical schools within international law, and in particular pointed out the deficiencies of the approach of the global formalists, the author introduced what he refers to as international law pragmatism. A legal pragmatic approach to international law focuses on the consequences of international law provisions and application of these, rather than their good intentions, at the same time as it does not link its normativity to interest-politics.

KEYWORDS International law, legal pragmatism, legal theory, UN, climate law, migration law

1 Innledning

«Internasjonalt samarbeid er avgjørende for Norges sikkerhet, økonomi og velferd», står det i en stortingsmelding nylig forfattet av Utenriksdepartementet.¹ Og det er ikke tvil om at folkeretten har tjent landet godt. Kyststatenes rettigheter, som nå er nedfelt i FNs havrettskonvensjonen, har innebåret at enorme verdier er kommet under nasjonal kontroll. Konvensjonen danner forutsetningen for vår i verdensmålestokk unike rikdom på olje- og fiskeressurser, og har dannet grunnlaget for den velstanden som vi alle nyter godt av i dag.²

Et lite land med store naturressurser er avhengig av en folkerettsorden som sikrer disse rettigheter mot mektigere staters ønsker om å tilegne seg disse ved makt.³ Det har derfor vært hevdet at det er i «Norges interesse, i betydningen knallhard realpolitisk interesse, at det internasjonale samfunnet opprettholdes og videreutvikles».⁴ At det folkerettslige argumentet ikke alltid får gjennomslag overfor mektige naboer, var vi nylig vitne til da avtalen om delelinjen mellom Russland og Norge ble fastsatt i 2010.⁵ Og vi ser også at folkeretten blir utfordret av russerne – så vel som EU – når det gjelder Norges overherredømme over Svalbard som er nedfelt i Svalbardtraktaten.⁶

Etter den kalde krigens slutt ble det internasjonale samarbeidet intensivert og det norske utenrikspolitiske engasjementet utvidet og transformert. Den tilhørende nye, humanitære, progressive og kosmopolitiske folkeretten – «new international law»⁷ – var underbygget av en «end of history»-tankegang, der man tok det for gitt at de liberale vestlige verdiene som demokrati, rettsstat og menneskerettigheter ble delt av alle verdens land og folk – i alle fall potensielt.⁸ Troen på de vest-

-
1. Meld. St. 27 (2018–2019) *Interesser, ansvar og muligheter. Hovedlinjer i norsk utenrikspolitikk*, s. 5.
 2. *Ibid.*, s. 43.
 3. Det har vært hevdet at dersom det hadde vært mulig og ønskelig å pumpe opp oljen og gassen fra det som nå utgjør den norske kontinentalsokkelen i 1910, 1920 eller 1930, ville ikke Norge fått noe. Da ville datidens sterkeste sjømakt, the Royal Navy, ha sørget for britisk kontroll. Se St.meld. nr. 15 (2008–2009) s. 37.
 4. Ståle Ulriksen sitert i St.meld. nr. 15 (2008–2009) s. 37.
 5. Professor Carl August Fleischer kommenterte avtalen i *Aftenposten* 28. april 2010: «Russerne har konstruert akseptable argumenter for at linjen kunne trekkes lengre mot vest enn det Norge har ment. Samtidig har Norge kunnet forsvare sitt krav med hjemmel i folkeretten» (min utheving).
 6. Det er åpenbart at EU ikke uten videre er villige til å akseptere norsk suverenitet over den økonomiske sonen rundt Svalbard, jf. HR-2019-282-S *Snøkrabbe*-saken. Saken var foranlediget av at EU-kommisjonen hadde gitt et latvisk skip «tillatelse» til å fiske i denne sonen. Og russerne har ikke akseptert norsk suverenitet over Svalbards territorium engang, jf. brev til utenriksminister Søreide i forbindelse med Svalbard-jubileet, E24 5. februar 2020: «Russland sendte skarpt brev til Søreide: Tonen i brevet nærmer seg frekk og formanende» - <https://e24.no/internasjonale-ekonomi/i/opz0e0/russerne-sendte-skarpt-brev-til-soereide-tonen-i-brevet-naermer-seg-frekk-og-formanende> (søk 29. mai 2020).
 7. David Kennedy, *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, Princeton: Princeton University Press 2005, s. xii.
 8. Francis Fukuyama, *The End of history and the Last Man*, NY: Free Press 2006 (1992).

lige verdiers universelle gjennomslagskraft sikret folkeretten en unik legitimitet – i alle fall i Vesten – som utover på 1990-tallet ble antatt å være så sterk at protagonistene nærmest oppfattet folkeretten som en global, sekulær religion – selv om det riktignok hersket noe uenighet om hva trossetningene gikk ut på.⁹

Og det så lovende ut i det som FNs generalforsamling har referert til som «the decade of international law». I 1995 ble Verdens handelsorganisasjon (WTO) dannet, med et funksjonelt domstolslignende system for å bilegge handelskonflikter mellom medlemslandene. I 1998 kom Romatraktaten i stand, og denne ledet til etableringen av Den internasjonale strafferettsdomstolen, som ble gitt mandat til å behandle saker mot individer som var mistenkt for krigsforbrytelser, folkemord og forbrytelser mot menneskerettighetene. Og FNs sikkerhetsråd, som under den kalde krigen hadde vært paralisert på grunn av ideologiske motsetninger mellom øst og vest, kunne nå enes om å ta affære og gripe inn i mange regionale konflikter, riktignok med vekslende hell. Men den rettslige argumentasjonen rundt lovlig og ulovlig maktbruk og verdenssamfunnets rett til å intervensere synes relevant, og til og med potent.¹⁰

Den internasjonale optimisme – til dels empirisk belagt, men i mange tilfeller utelukkende grunnet i normative/idealistiske postulater – dannet rammene for norske politikeres og juristers (nye) forståelse av norsk utenrikspolitikk så vel som folkerett. I en NUPI-rapport fra 2007 titulert «Norske selvbilder og norsk utenrikspolitikk» blir selvbildet av Norge som en «humanitær stormakt» befestet, med ingredienser som «fredsnasjon», «bistandskjempe» og «FNs beste venn». «Norge bygger opp under multilateralitet og regelbunden internasjonal politikk», står det avslutningsvis i oppramsingen.¹¹ Denne siste passusen er det verdt å feste seg ved. Med «regelbunden internasjonal politikk» uttrykkes et ønske om at (internasjonal) politikk skal bindes av (folke-)retten, et ønske som føyer seg inn i det i det vestlige, liberale rettsliggjøringsprosjektet.

Formålet med det nasjonale, liberale rettsliggjøringsprosjektet er å kanalisere politikken inn i rettslige rammer og derved ta brodden av den politiske strid som nødvendigvis følger i kjølvannet av sekulariseringen og pluraliseringen av samfunnet. Det er også tanken bak rettsliggjøringen av folkeretten: Internasjonale konflikter skal defineres bort og utenrikspolitikken reduseres til folkerettsanvendelse. Problemet, som vi også observerer nasjonalt, er at politikken ikke lar seg binde på denne måten, men tar andre veier, typisk gjennom en politisering av ret-

9. Geir Ulfstein, *Hva er Folkerett?* Oslo, Universitetsforlaget 2016, s. 9.

10. Martti Koskenniemi og James Crawford (eds.) *Cambridge Companion to international law*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, s. 1.

11. NUPI-rapport, *Norske selvbilder og norsk utenrikspolitikk*, april 2007, s. 9.

ten. Denne mekanismen er enda tydeligere i folkeretten der forholdet mellom rett og politikk er uavklart. Mens såkalte folkerettslegalister/formalister styrt av en universalistisk tankegang vil forsvare folkerettens «integritet», vil folkerettsrealistene mene at en grenseoppgang er nærmest umulig gitt det verdimangfoldet og politiske konfliktnivået som vitterlig eksisterer i verden.¹²

Vestens, inklusive Norges, optimistiske syn på folkeretten de siste tiårene har bidratt til at en mer virkelighetstro tilnærming til folkeretten er blitt neglisjert. Dette kan ha fått – og vil på sikt kunne få – svært negative konsekvenser. Etter å ha gjort rede for dette bakteppet introduserer jeg i dette kapittelet, en «tredje» måte å tilnærme seg folkeretten på, som er i tråd med det tradisjonelle norske pragmatistiske synet på retten. En pragmatisk tilnærming til folkeretten – folkerettspragmatisme – innebærer ikke at man må oppgi «troen» på folkeretten. Men den forutsetter en mer kritisk tilnærming til folkeretten styrt av et søkelys på konsekvensene av folkerettslige regler og rettsanvendelse snarere enn idealer og gode intensjoner.

2 Ulike tilnærminger til folkeretten

«Brorskapet mellom alle mennesker kan aldri ha noe annet grunnlag enn kitschen», skriver Milan Kundera i sin velkjente bok *Tilværelsens uutholdelige letthet*, sitert i en artikkel av nestor i folkerett, finnen Martti Koskenniemi. Og Koskenniemi fortsetter:

«We cannot wish away the fact that the world is divided, that people disagree and fight against each other by political and military means. As international lawyers, the only arguments open to us are those provided by our tradition: *jus cogens*, obligations *ergo omnes*, and all the legal paraphernalia produced by treaties, customs, international institutions. They do not automatically express anything universal: indeed, more often than not they are used as instruments in hegemonic struggles. As soon as we lose sight of this, they turn into kitsch.»¹³

Koskenniemis syn reflekterer de kjensgjerninger som den westfalske liberale verdensorden er tuftet på, nemlig at verdensfreden sikres best ved at man anerkjenner at verden består av et inkommensurabelt (kulturelt, religiøst og politisk) mangfold, og at alle forsøk på å finne frem til et felles verdigrunnlag som hele ver-

12. Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Cambridge: CUP, 2005, opererer med denne todelingen.

13. Martti Koskenniemi, «International Law in Europe: Between Tradition and Renewal», *The European Journal of International Law* Vol. 16 no. 1 2005, s. 113–124, på s. 122–123.

den kan samle seg om, vil true denne.¹⁴ Etter folkerettsrealistenes oppfatning er det tvert imot umoralsk å projisere sine egne verdier forkledd som universalisme inn i folkeretten, fordi det til syvende og sist vil lede til overgrep mot andre staters suverenitet og dehumanisering av deres folk. Etter dette er den eneste moralsk riktige tilnærmingen til folkeretten den som er styrt av statens behov for å ivareta egne behov og interesse – «self-preservation».¹⁵ Folkerettsrealistene setter dermed spørsmålsteget ved folkerettsaktørenes motiver, folkerettens legitimitet og dermed dens rettslige karakter / normative kraft. Siden folkeretten (også) mangler institusjoner – og eksisterende institusjoner dessuten er svake – vil realistene hevde at folkerett ikke er «rett» på samme måte som internretten er «rett».

At stater handler i egeninteresse behøver etter dette ikke bety at (den politiske) vilkårligheten rår. Men det innebærer en erkjennelse av at folkeretten, som all annen rett, uttrykker verdier og at enhver rettsorden må være tuftet på et felles verdigrunnlag for å kunne oppfattes som legitim og rettferdig. Mens et felles verdigrunnlag er en forutsetning for nasjonalretten, så vil folkeretten nødvendigvis måtte baseres på ulike og til dels motstridende verdigrunnlag, som reflekterer verdens verdimangfold. Dermed støter man på problemstillingen formulert av folkerettsnestoren Thomas Franck: «When different belief systems contend, what can one say about the justice of rules?»¹⁶ Svaret til Koskenniemi er at vi da får mange «politics of law».¹⁷ Dette setter klare grenser for folkerettens innhold og utbredelse.

Ifølge Eric Posner kan det som noen mener er internasjonal politikk, kunne komme til uttrykk innenfor rammene av rasjonelle og dermed forutsigbare handlingsmønstre med egeninteressen i sentrum. Dette er rammer som han oppstiller i sin «rational choice account of international law».¹⁸ Teorien om rasjonelle valg tar utgangspunkt i at samfunnet består av enkeltindivider som er rasjonelle aktører. Alle sosiale fenomener skal forklares med utgangspunkt i individuelle aktørers handlinger, og mennesker blir sett på som rasjonelle aktører i den forstand at det

14. Det var jo nettopp forsøket på å tvinge land og folk til å akseptere politiske/religiøse dogmer som hadde ført Europa ut i 30-årskrigen som kulminerte med fredsinngåelse i Westfalen i 1648.

15. Hans Morgenthau, *In Defence of National Interest*, NY: Knoph 1951, s. 34.

16. Thomas Franck, *The Power of Legitimacy among Nations*, Oxford: Oxford University Press, 1990, s. 210-211.

17. Op.cit. Martti Koskenniemi, «International Law in Europe: Between Tradition and Renewal», s. 122-123.

18. Eric Posner, *The Perils of Global Legalism*, Chicago: The University of Chicago Press, 2009, s. XV. Se også det som gjerne betegnes som standardverket innenfor «rational choice»-tilnærmingen til folkerett: Jack L. Goldsmith og Eric Posner, *The limits of International Law*, Oxford: Oxford University Press 2005. Som forfatterne selv påpeker, er «rational choice»-tilnærmingen godt plassert innenfor den folkerettslige tenkningen, og allerede ved den tyske folkerettsjuristen Laurence Oppenheimers standardverk, *International Law*, Volume 1, London: Longmans, Green 1912.

ligger en bevisst mål-middel-kalkyle til grunn for deres handlinger. Deres handlinger kan dermed forutses, fordi de følger visse «lovmessige» mønstre.

Nå vil heller ikke folkerettsrealistene underslå at det på enkelte områder har vokst frem institusjoner som med relativt stor autoritet fastslår hvordan konkrete folkerettslige tvister skal løses, og dermed fastsetter hva som er gjeldende folkerett – også i strid med deres interesser. Den internasjonale domstolen med sete i Haag er et eksempel på en slik institusjon. Dens dommer blir i stor grad fulgt opp av partene, men domstolens jurisdiksjon må aksepteres av partene – det vil si at jurisdiksjon er frivillig – og den behandler veldig få saker. Og dessuten mangler et maktapparat som kan sikre gjennomføringen. WTO-systemet med sitt konglomerat av tribunaler er et annet eksempel – selv om det p.t. i praksis er satt ut av funksjon. Men også innenfor dette relativt sett godt utviklede rettssystemet vil den vinende part ikke kunne være sikker på at han *får* sin rett. I mangel på reelle sanksjoner er man henvist til «myke» eller politiske sanksjonsformer, for eksempel i form av «naming and shaming» der land «mister ansikt» eller «sitt gode navn» om de ikke følger retten.¹⁹ Problemet er at disse mekanismene fungerer best på de landene som tar folkeretten på alvor og som uansett vil gjøre så godt de kan for å følge den.

Det er nettopp denne frivilligheten i folkeretten folkerettslegalistene/formalistene ønsker å komme til livs. Etter deres mening er det ikke kontraktsrettstenkningen, men snarere lovgivningsrasjonalet som bør være førende for folkeretten. Typisk for lovgivning, i motsetning til kontraktsrettstenkningen, er jo nettopp at den forplikter rettssubjektene uten at disse har gitt sitt eksplisitte samtykke. Legalistene vil derfor argumentere for og støtte opp om folkerettslige institusjoner – for eksempel FN – og argumentere for at disse bør overgis oppgaven med å løse verdens kollektive handlingsproblem.²⁰ Når dette av åpenbare grunner ikke er mulig på grunn av deres manglende kompetanse og legitimitet blir det sekundære målet å argumentere for at folkerett kan eksistere uten institusjoner – det som gjerne benevnes som «law without government».²¹

«Law without government», eller folkerettslegalisme, er altså en slags rettslig formalisme som anvendes på det internasjonale nivået, men uten institusjoner. Følgene av folkerettslegalismen – det man kanskje kan omtale som en noe overdreven tro på folkerettens normerende kraft – er at man ser rettsliggjøring som et mål i seg selv, og dermed presser det seg frem en tendens til å tenke på moralske

19. Anne-Marie Slaughter, *A New World Order*, Princeton: Princeton University Press, 2004.

20. Eeks. Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Oxford: Clarendon 1933.

21. Op.cit. Posner, *The Perils of Global Legalism*, kap. 2 med referanser.

og politiske spørsmål i rettslige termer og en ditto preferanse for å spørre jurister og dommere snarere enn politikere om å løse dem.²²

Legalistene/formalistene ser gjerne på fremveksten av folkeretten som en biefekt av en uunngåelig historisk utvikling, som ingen kan kontrollere, og enda mindre stoppe, eller – for den saks skyld – reversere, og som på en måte får et «eget liv» og ekspanderer og veves sammen med statene og deres institusjoner.²³ Europeiske, og da særlig tyske, politikere og akademikere (med sin noe spesielle historie) er, gitt EUs og Tysklands (foreløpig) sterke økonomiske posisjon kombinert med en svak militær kapasitet og ditto geopolitisk rolle, ikke overraskende blitt de mest prominente forsvarere av den normative/legalistiske tilnærmingen til folkeretten. For hva blir det vel igjen av den amerikanske militære overlegenhet dersom deres generaler i neste omgang kan bli trukket inn for Den internasjonale straffedomstolen for brudd på humanitærretten utviklet av europeerne?

3 «Gratispassasjerproblematikken»

Problemet med en for sterk tro på folkerettens normative kraft er at den åpner for «gratispassasjerer». Mens stater med en legalistisk tilnærming til folkeretten vil følge den i den tro at den er juridisk bindende, vil andre land med en mer realistisk tilnærming ikke føle denne samme forpliktelse. Dette synes ikke alltid å affekttere legalistene som kan argumentere med at også en ensidig og ubetinget oppslutning om folkeretten uansett i neste omgang vil danne en rettslig plikt for andre land til å følge den. Slik rettsdannelse er det som kjent mekanismer for i folkeretten, ved at den praksisen som de plikttoppfyllende landene følger i troen (*opinio juris*) på at denne er i tråd med folkeretten, vil kvalifisere til etableringen av sedvanerettslige regler som igjen vil være bindende for alle land (*ergo omnes*). Denne tankerekken åpner igjen for en overspilling av troen på folkerettens normative kraft, noe som vil styrke «gratispassasjerenes» hånd ytterligere. For det er slettes ikke gitt at vilkårene for sedvanerettsdannelse oppfylles.

Spørsmål som da kan stilles er om denne legalistiske/formalistiske tilnærmingen til folkeretten ikke bare kan naiv, men også er skadelig. Den klokkertro på den vestlige, liberale, økonomiske, politiske, rettslige og kulturelle orden som ligger til grunn for Vestens universalisme etter den kalde krigens slutt, har, ifølge professor i statsvitenskap Andrew A. Michta,²⁴ blitt misbrukt av land som ikke deler de ver-

22. E.eks. Harold Koh, «Why Nations Obey International Law», 106 *Yale L.J.* 2599 (1997).

23. Op.cit. Fukuyama, *The End of History*.

24. Andrew A. Michta er professor i statsvitenskap og for tiden dekan ved the College of International and Security Studies at the George C. Marshall European Center for Security Studies i Tyskland.

dier som ligger til grunn for universalismen.²⁵ Vestens feilkalkulasjon er, ifølge Michta, basert på en idé om at liberalismens økonomiske modell og institusjonelle oppsetting betyr alt. Det vil si at dersom man sørger for økonomisk vekst og har institusjoner som fordeler økonomiske og politiske goder mellom samfunnets medlemmer, vil man få stabile samfunn. En slik tankegang er, ifølge Michta, preget av en internasjonalistisk, *marxistisk forståelse* av samfunnsutviklingen som er utbredt hos venstreintellektuelle tenkere og som har hatt en uforholdsmessig stor innflytelse på særlig europeiske politikere, deres utenrikspolitikk og folkerettsforståelsen. I troen på en marxistisk idé om en lineær samfunnsutvikling (mot det harmoniske, liberale verdenssamfunnet, sml. Fukuyama), har Vesten, ifølge Michta, sluppet Russland og Kina innpå seg.

Dermed har Kina fått tilgang til vestlige teknologi som de har brukt til å kopiere, produsere og utkonkurrere Vesten økonomisk,²⁶ og russerne har nytt godt av at Vesten, med USA i spissen, har tatt på seg rollen som «verdenspoliti». I tillegg har russerne brukt Vestens ideer om «rettferdig krig» manifestert gjennom «humanitære intervensjoner», blant annet i Kosovo i 1999 og i Libya 2011, til å annektere Krim-halvøya og intervenere i både Georgia og Øst-Ukraina.²⁷ Ifølge Michta må Vesten, for å kunne hamle opp med konkurransen fra et økonomisk sterkt, autoritært Kina og et nasjonalistisk, militært sterkt Russland, finne sammen igjen, ved å søke tilbake til det som er særpreget vestlig, det vil si den kultur, tradisjon og de verdier som våre samfunn og våre institusjoner er fundert på – altså det som skiller oss fra dem – og stå samlet opp for disse særegne verdier og forsvare dem.²⁸

Med i dette bildet hører Vestens, inklusive norske myndigheters, (noe) ukritiske oppslutning om FN.²⁹ Det er på det rene at Vesten ikke lenger har en førerrolle i de ulike FN-organene. Tvert imot blir vestlige posisjoner og verdier daglig tilsidesatt

25. Andrew A. Michta, «Bipolarity is back», *The American Interest*, 17. jan. 2020. NATOs generalsekretær Stoltenberg uttalte nylig at Kinas fremvekst er en trussel mot vestlige verdier. <https://www.abcnyheter.no/nyheter/verden/2020/06/08/195682980/stoltenberg-kinas-fremvekst-okker-trusselen-mot-apne-samfunn> (søk 9. juni 2020).

26. Se FBI direktørens tale 7. juli 2020 - <https://www.fbi.gov/news/speeches/the-threat-posed-by-the-chinese-government-and-the-chinese-communist-party-to-the-economic-and-national-security-of-the-united-states> (søk 20. juli 2020) og USAs justisminister William Barrs tale i Michigan 16. juli 2020 - <https://www.justice.gov/opa/speech/attorney-general-william-p-barr-delivers-remarks-china-policy-gerald-r-ford-presidential> (søk 20. juli 2020).

27. Ivan Krastev og Stephen Holmes, *The Light that Failed. A Reckoning*. London: Allen Lane 2019, del 2: *Imitation as Retaliation*.

28. Se for eksempel historikeren Niall Fergusons, *Civilization. The West and the Rest*. NY: Penguin books, 2011, og Samuel Huntington, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, NY: Simon & Schuster, 1996.

29. Det heter gjerne at Norge er en «ressurssterk og kritisk tilhenger av FN», jf. NUPI-rapport april 2007, s. 20. «Kritisk» betyr i denne sammenhengen at Norge presser på for hardt tiltrengte reformer, noe som ikke synes å ha gitt ønskede resultater.

og undergravd av autoritære, udemokratiske og menneskerettsbrytende medlemsland, som danner flertall i alle FN-organer.³⁰ Denne problemstillingen har nå også norsk UD fått øynene opp for. Som det står i en nylig forfattet stortingsmelding:

«Når illiberale og autoritære stater blir mer aktive i det multilaterale systemet, blir liberale demokratiske stater stilt overfor et dilemma. Skal en velge å støtte opp om multilateralisme fordi det har en egenverdi at verdens land kommer til enighet, også når resultatene svekker etablerte rettigheter og ikke er i pakt med demokratienes liberale verdigrunnlag? Eller skal en insistere på å stå fast på verdiene selv om det kan bety økt polarisering, handlingslammelse eller avvikling av viktige institusjoner?»³¹

Mens folkerettslegalistene har en tendens til å se på FNs vedtak som legitime per se, så vil folkerettsrealistene mene det er problematisk for vedtaks legitimitet dersom disse er truffet av land som ikke deler vestlige verdier.³² Symptomatisk for FNs menneskerettighetsråds ikke-vestlige verdigrunnlag er at det nylig, anført av Cuba, med stort flertall vedtok en resolusjon som støttet Kinas nye sikkerhetslov for Hongkong, som i praksis opphever byens uavhengighet.³³ Og rådets og Generalforsamlingens vedvarende uproporsjonale og ensidige kritikk av det eneste landet i Midtøsten som deler våre demokratiske og rettslige verdier, nemlig staten Israel, var en viktig grunn til at USA trakk seg ut av FNs menneskerettighetsråd i 2018.³⁴ Riktignok er hverken Menneskerettighetsrådets eller Generalforsamlingens vedtak rettslig bindende, men det er på det rene at den internasjonale domstolen anvender disse vedtakene i sine premisser, og at vedtakene derigjennom kan bli relevante rettskilder.

4 Folkerettspragmatisme: En rettspragmatisk tilnærming til folkeretten

Den idealistiske (verdens-)samfunnsforståelsen som ifølge Michta ligger til grunn for Vestens, og særlig Europa inklusive Norge, tilnærming til folkeretten, står i sterk kontrast til den verdensanskuelse som preger både den folkerettsrealistiske

30. Se f.eks. Pierre-Marie Dupuy, «Some Reflections on Contemporary International Law and the Appeal to Universal Values: A Response to Martti Koskenniemi», *The European Journal of International Law* Vol. 16 no. 1 2005, s. 131-137.

31. Op.cit., Meld. St. nr. 27 (2018-2019) s. 26.

32. Om dette, se f.eks. Allan Buchanan, *Justice, Legitimacy and Self-determination. The Moral Foundation of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2007.

33. <https://thediplomat.com/2020/07/which-countries-support-the-new-hong-kong-national-security-law/> (søk 26. august 2020).

34. <https://www.foxnews.com/politics/us-withdraws-from-un-human-rights-council-as-haley-decries-cesspool-of-political-bias> (søk 20. juli 2020).

og den pragmatiske, som jeg nå vender oppmerksomheten mot. Rettspragmatismen, som norske jurister kjenner godt fra nasjonalretten, er særlig karakterisert ved sin antiformalisme og sin konsekvensorientering, altså vektleggingen av konsekvensene ved rettsanvendelsen snarere enn «gode intensjoner».³⁵ Den sosiale, kulturelle og økonomiske konteksten er avgjørende rammer for rettsanvendelsen, og står i kontrast til den konstruktivisme som synes å prege den legalistiske/formalistiske folkerettsforståelsen.

Konsekvensene av (anvendelsen av) en gitt folkerettslig regel kan i mange tilfeller være vanskelig å fastslå/stipulere. Derfor åpner rettspragmatismen for innslag av et vidt spekter av vurderingsnormer og tema i den rettslige argumentasjonen.³⁶ For eksempel vil rettsøkonomene hevde at rettsøkonomiens kost-nytte-avveining gir anvisning på en (matematisk) meget presis måte å utøve rettsanvendelses-skjønn på i enkelte saker, ikke ulik den «rasjonelle valg»-teorien foreskriver. Etter denne vil det rettslige utfallet i en sak f.eks. innebære at middelet som mest effektivt sikrer måloppfyllelse, velges.³⁷ Dette har ikke nødvendigvis noe med egeninteressen å gjøre. For eksempel kan målet være å fremme størst mulig nytte for fellesskapet (eks. redde klimaet). Og middelet som velges kan innebære forsakelser (kutt i utslipp av klimagasser).

I andre tilfeller er rettsøkonomiens kost-nytte-avveining ikke like relevant, og det kan derfor være behov for å åpne rettsanvendelsen for de noe mer skjønnsmessige samfunnsvitenskapelige vurderingsmodellene. Når en dommer skal løse den klassiske juridiske problemstillingen innen amerikansk rettslære – om morderen skal arve den myrdede – skriver den kjente rettspragmatikeren Richard Posner at dommeren må støtte seg på behavioristisk teori.³⁸

Det er klart at det kan være problematisk å trekke vitenskapelige betraktninger med et lavt presisjonsnivå inn i rettsanvendelsen, som for eksempel psykologien eller sosiologien, siden det dermed oppstår en fare for at rettens DNA – typisk forutsigbarhet og likhet – undermineres. Men dette gjøres stadig vekk. De fleste vil for eksempel være enige i at vurderingen av hvorvidt barnevernet skal foreta en omsorgsovertakelse eller ikke, ikke er et utpreget juridisk skjønn, selv om det er dommere som avgjør om dette er i overenstemmelse med for eksempel menneskerettighetene.

35. Ref. eks. Sverre Blandhol, «Juridisk metode og den nordiske rettspragmatisme», i Høgberg og Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, Oslo: Universitetsforlaget 2019, kap. 24; Benjamin Cardozo, *The nature of the Judicial Process*, New Haven: Yale University Press, 1921, s. 88-89; Richard Posner, «Legal Pragmatism», *Metaphilosophy* 35 (1-2) (2004).

36. Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, Oslo: Universitetsforlaget, 1971/2001 (5. utg.), kap. 14, VII.

37. Robert O. Keohane, «Rational Choice Theory and International Law: Insights and Limitations», *The Journal of Legal Studies*, Vol. No. Jan. 2002, pp. S1 S307-S319.

38. Op.cit. Richard Posner, «Legal Pragmatism», *Metaphilosophy* 35 (1-2) (2004), s. 147-159.

Et av de viktigste kollektive handlingsproblemene verden står overfor i dag er, etter manges mening, klimaendringene. Når man skal sette opp juridisk bindende regler for å løse dette problemet, må folkerettsjurister støtte seg til naturvitenskapelige rapporter. «Klimavitenskap» er en meget komplisert og dermed svært usikker vitenskap, og denne usikkerheten må det tas høyde for ved utformingen av juridisk bindende tekster. Selv om de fleste vitenskapsmenn vil mene at menneskelig aktivitet kan påvirke klima, så hersker det usikkerhet når det gjelder i hvilken grad menneskelig aktivitet påvirker klimaet, og ditto i hvilken grad klimaendringer skyldes naturlige variasjoner i klimaet over tid. Dermed vil det også herske usikkerhet om det foreslåtte botemiddelet for klimaendring og temperaturstigning, nemlig kutt i CO₂-utslipp er en adekvat respons.

Forutsatt at vi står overfor en (i hovedsak) menneskeskapt klimakrise, kan man stille seg spørsmålet om responsen er adekvat. For det første er Parisavtalen frivillig. Det vil si at det er landene selv som skal sette seg målene, og dernest bli målt på det. Det mest problematiske synes allikevel å være at de mest forurensende landene, Kina og India, som til sammen står for 50 % av utslippene, er gitt «u-landsstatus», noe som innebærer at de kan øke sine utslipp frem til 2030. Dermed kunne man hevde at klimakampen er tapt før den har begynt. Har det noe for seg at Europa, som kun står for 10 % av utslippene, pålegger seg selv kostbare kutt når de virkelig store «klimasynderne» går fri? Under press fra klimalobbyen kan det se ut som landene i Europa – Norge inkludert – har mistet formålet (konsekvensen/ønsket resultat) med klimaavtalen av syne, nemlig å redusere, stoppe, eventuelt reversere temperaturstigningen. Tvert imot kan det se ut som Europa er i ferd med å «ruste ned» ensidig til liten nytte, men til store kostnader. Det er av og til vanskelig å se at det ligger en kost-nytte-vurdering til grunn for norske klimakutt – ja, at det ligger en rasjonell vurdering til grunn overhodet.³⁹

Videre kunne man etterlyst mer konsekvenstenkning ved utformingen og tolkningen av FNs migrasjonspakt.⁴⁰ Formålet med pakten er å fremme migrasjon fra sør til nord. Hvilke konsekvenser FNs migrasjonspakt har for mottakerlandene – eller for den saks skyld avgiverlandene – synes ikke å være tilstrekkelig vektlagt ved utarbeidelsen. Det er migrantens individuelle «rettighet» som er i sentrum. Ni

39. Se f.eks. Per Eidsvig og Rune Lødeng, «Tretten milliarder som virker mot sin hensikt», innlegg i *Dagens Næringsliv* 5. juli 2020, der forfatterne viser at elbilsatsingen i Norge innebærer en dobling av CO₂-utslipp, og «Elektrifisering av sokkelen bør utbedres bedre», leder i *Dagens Næringsliv* 16. juli 2020, der det påpekes at det er mye som tyder på at klimaeffekten av elektrifiseringen av sokkelen vil være meget beskjeden og uansett ikke står i forhold til kostnadene, og at dette spørsmålet derfor må utredes grundig før det eventuelt gjennomføres. Tvil om nytten av dette klimatiltaket ble også påpekt i Cicero-rapport 2013:3 «Fører elektrifisering av plattformer på norsk sokkel til redusert CO₂-utslipp?»

40. https://refugeemigrants.un.org/sites/default/files/180711_final_draft_0.pdf (søk 8. august 2020).

europiske land har avstått fra å signere avtalen, fordi den oppstiller migrasjon som en slags menneskerett koblet med en plikt for mottakerlandene til å ta imot og tilrettelegge arbeidsmarkedet for migranter – som i de fleste tilfeller dessuten er analfabeter.⁴¹ Det er i denne sammenhengen verdt å merke seg at migrasjonspakten – som ble fremforhandlet i kjølvannet av migrasjonskrisen – knapt har vært diskutert i den norske offentligheten. En av grunnene til det kan nok være at paktens målsetting 17 punkt 33c i praksis pålegger signatarstatenes presse å omtale migrasjon i positive vendinger. Det er åpenbart at dette punktet strider mot ytringsfriheten, noe som også er blitt påpekt av Norsk Redaktørforening.⁴² I en tabufri, åpen, offentlig diskusjon, som altså kjennetegner et demokratisk samfunn, vil man nødvendigvis også måtte tillate at uheldige konsekvenser av migrasjon blir omtalt.

Kritikk av avtalen blir gjerne avfeid med at det ikke dreier seg om en juridisk bindende avtale, men snarere en intensjonsavtale. Men alle som kjenner dynamikken i denne type avtaler, vet at slike avtaler blir brukt av pressgrupper overfor statene, og at bestemte handlingsmønstre i tråd med intensjonene i avtalen kan bli rettsliggjorte.⁴³ Og når migrasjon generelt blir referert til som noe positivt, og pressen også pålegges å rapportere den slik – og terskelen for kriminalisert «hatprat» stadig vekk senkes – så sier det seg selv at det blir vanskeligere å fremme argumenter som problematiserer konsekvensene av migrasjon. At migrasjon fra land med kulturer som avviker sterkt fra vertslandets kultur, fører med seg en hel rekke problemer som må håndteres, er det ingen tvil om.⁴⁴ Og det er ikke tvil om at migrantene i hovedsak tilhører den unge og resurssterke delen av avsenderlandenes befolkning, hvilket innebærer at disse mister verdifull menneskelig kapital i sitt forsøk på å bygge stabile statlige institusjoner og en solid økonomi uavhengig av bistandsmidler.

Et eksempel på at manglende (konsekvens-)vurderinger av folkerettslige bestemmelser og handlinger kan ha katastrofale følger, er Libya-krigen.⁴⁵ Norge deltok i bombingene av Libya våren og sommeren 2011. Som rettslig grunnlag for

41. Av de syriske flykninger som asyllobbyen snakket opp i 2015 er 2/3 analfabeter. <https://finansavisen.no/forum/archive/thread/2302262/view> (søk 10. august 2020).

42. *Aftenposten* 10. des. 2018 – <https://www.aftenposten.no/verden/i/8wdm9W/omstridt-migrasjonspakt-vedtatt-paa-fn-moete> (søk 10. desember 2020).

43. <https://morgenbladet.no/aktuelt/2018/12/migrasjonspakten-forklart> (søk 20. april 2020); <https://www.nettavisen.no/nyheter/utenriks/professor---dette-er-faren-ved-migrasjonspakten/3423566224.html> (søk 20. april 2020).

44. Se for eksempel op.cit. NOU 2011: 7 *Velferd og migrasjon – den norske modellens fremtid* (Brockmann I), og mer generelt om de sosiologiske/kulturelle utfordringer ved muslimsk innvandring, se: Koopmans, Ruud, *Islams forfaldne hus. De religiøse årsager til ufridhed, stagnation og vold*, København: Pressto 2020.

45. Situasjonen i Libya har forverret seg dramatisk etter Gaddafi-regimets fall, jf. Human Rights Watch's World Reports i denne perioden.

aksjonen la norske myndigheter FNs sikkerhetsråds resolusjon 1973/2011 uprøvet til grunn.⁴⁶ Man forutsatte at legalitet sammenfalt med legitimitet. Begrunnelsen regjeringen gav for å delta, var av humanitær karakter, nemlig å hindre det man mente var et gryende folkemord på den libyske befolkningen utført på ordre av Libyas leder Gaddafi. Som grunnlag for avgjørelsen la utenrikspolitikere og Forsvarets jurister til grunn den uttalte humanitære begrunnelsen for mandatet og den virkelighetsforståelse særlig fransk etterretning presenterte.⁴⁷ Dette til tross for at norske myndigheter visste at franskmennene (så vel som amerikanerne) lenge hadde hatt et ønske om å styrke sin egen strategiske posisjon i Nord-Afrika.⁴⁸

Etterretningsmaterialet var – ikke uventet – misfarvet av dette vikarierende motivet for intervensjonen.⁴⁹ Det som ble fremstilt som et gryende folkemord, var egentlig en gryende borgerkrig mellom Gaddafis hær og ulike islamistiske grupper støttet av omkringliggende regimer. Og det som ble rettfærdiggjort som en humanitær intervensjon fra FNs side, var i realiteten en militær invasjon med det mål for øye å sikre et regimeskifte i Libya. Dersom norske myndigheter og folkerettsjurister hadde vært mer opptatt av konsekvenser enn gode intensjoner, ikke sett seg blind på FN-mandatet, men i tråd med sin (retts-)pragmatiske ryggmargsrefleks foretatt selvstendige vurderinger basert på inngående kunnskap om situasjonen i Libya og betydningen av de vikarierende begrunnelser, så ville deres konklusjon om deltakelse formodentlig vært en annen – og uansett mer nyansert.

5 Konkluderende bemerkninger

«The Kremlin is no court of law», var et slagord i finsk ultrarealistisk utenrikspolitikk i etterkrigstiden. Det er heller ikke Zhongnanhai, kan vi føye til. Folkerettslige regler kan i møte med realpolitikken til og med være skadelige: De kan være feller for de uskyldige og markører for de skyldige, og hindrer dermed svake stater i å verne om sine interesser samtidig som tillater sterke stater å ikle sin interessepolitikk legalismens klær.⁵⁰ Folkeretten kan etter dette (paradoksalt nok) bidra til

46. Rapport fra Libya-utvalget, *Evaluering av norsk deltakelse i Libya-operasjonene i 2011*, offentliggjort 13. sep. 2018 (Libya-rapporten), s. 73.

47. *Ibid.*, s. 77.

48. *Ibid.*, s. 173.

49. Det britiske parlamentsutvalget slår i sin Libya-rapport fast at det franske etterretningsmaterialet var «misfarvet» for å legitimere en humanitær intervensjon: House of Commons Foreign Affairs Committee, *Libya: Examination of intervention and collapse and the UK's future policy options*, Third Report of Session 2016-2017 - <https://publications.parliament.uk/pa/cm201617/cmselect/cmfaff/119/119.pdf> (søk 29. mai 2020).

undergraving av vestlige interesser, verdier og Vestens hegemoni, og er i siste omgang en trussel mot den internasjonale, liberale rettsorden, slik vi kjenner den.

Selv om norske myndigheter (og tjenestemenn og jurister) av ulike grunner, som for eksempel å «støtte opp om» folkeretten, ikke skal la kortsiktige nasjonale interesser være avgjørende for deres konseptualisering av folkeretten, kan det ikke være slik at vår forståelse av folkeretten skal være blendet av en slags sinnelagsetikk uten blikk for de konsekvenser og resultater som de folkerettslige avtaler vi inngår og de tolkninger av disse som vi legger til grunn, medfører. For som den kritiske skolen i folkerett har påpekt i over tjue år nå, så finnes det «dark sides of virtue», og det er avgjørende at norske myndigheter når de handler på bakgrunn av en humanitær etos, forstår det.⁵¹

Det er et tankekors at norske folkerettsjurister i møte med (deler av) folkeretten synes å legge til side den rettspragmatiske ryggmargsrefleksjonen som i århundrer har preget norsk juridisk tenkning, og som de også er blitt godt kjent med gjennom studiet metodeundervisning.⁵² Det er klart at den folkerettslige metode nødvendigvis må avvike fra den nasjonale på en del punkter, men det betyr ikke at grunnleggende tenkning rundt retten – som til syvende og sist også har med rettslegitimitet å gjøre – kan neglisjeres. For mens legalistene/formalistene kan mene at det uten videre er sammenfall mellom folkerettens legalitet og dens legitimitet, vil den rettspragmatiske tilnærmingen ikke kunne stille seg bak en slik sammenstilling uten en nærmere vurdering av den folkerettslige bestemmelsens begrunnelse og konsekvens. At vi antar en mer kritisk/intellektuell tilnærming til folkeretten – og her burde også academia føle seg kallet – kan, etter min mening, kun styrke dens status, omdømme og legitimitet.

50. Julius Stone, *Conflict through Consensus. United Nations Approaches to Aggression*, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1977, sitert i Martti Koskenniemi, «International Law Aspects of the Common Foreign and Security Policy», i Koskenniemi (ed.) *International Law Aspects of the European Union*, Nijhoff Publishers, s. 27–44, på s. 27.

51. Jan Klabbers, «Towards a Culture of Formalism? Martti Koskenniemi and the Virtues», *Temple International law and competition law journal* (27.02.2013), s. 417–435, på s. 417, mener til og med at David Kennedy og Martti Koskenniemis kritiske tilnærming til folkeretten er blitt «mainstream».

52. Op.cit. Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*.