

Rättspositivismen i folkrätten i ett praktiskt perspektiv

En kommentar till Fredrik Stenhammars artikel

Av jur.dr h.c., f.d. rättschefen HANS CORELL

SvJT:s redaktion har bett mig kommentera Fredrik Stenhammars artikel. Det gör jag gärna, eftersom artikeln är både intressant och välskriven. Därmed inte sagt att jag delar hans åsikter på alla punkter. Låt mig ta upp några av frågorna i ett praktiskt perspektiv främst mot bakgrund av mina erfarenheter från tiden i regeringskansliet och i FN.

Det är naturligtvis viktigt att folkrätten tolkas stramt och att man inte låter en alltför ivrig idealism urholka respekten för vad som faktiskt gäller så att den samlade effekten blir att existerande imperativ sätts i fara. Men det finns ändå en naturrättslig underton i folkrätten som måste accepteras också av den som uppfostrats i Uppsalaskolans anda. Samtidigt måste konstateras att det inte finns något alternativ till den suveräna nationalstaten när det gäller hur världen skall styras, förutsatt givetvis att suveräniteten utövas i demokratiska former och i medborgarnas intresse.

Den problemställning Stenhammar tar upp aktualiseras inte minst inom den internationella straffrätten och vid tillämpningen av FN-stadgan.

Personligen ställdes jag och mina två medrapportörer inför problemet med tillämpningen av legalitetsprincipen på det internationella planet när vi år 1993 på uppdrag av ESK arbetade ut det första förslaget till stadga för en brottmålsdomstol för före detta Jugoslavien. För att inte tumma på principen föreslog vi att de som misstänktes för krigsförbrytelser m.m. i före detta Jugoslavien skulle dömas av en internationell domstol men efter landets egen lag. Som så ofta visade det sig nämligen att det inte var något fel på den nationella lagstiftningen; det var i tillämpningen det brast.

När säkerhetsrådet tog över frågan från ESK valde rådet emellertid en annan väg och litade till en kombination av den internationella sedvanerätten och traktaträtten. Konflikten med legalitetsprincipen kan i och för sig sägas vara löst genom artikel 15:2 i den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter:

1. Ingen får fällas till ansvar för någon handling eller underlåtenhet som vid den tid då den begicks inte utgjorde ett brott enligt inhemsk eller internationell rätt. Högre straff får inte heller ådömas än det som var tillämpligt vid den tid då brottet begicks. Om efter det att brottet begåtts en ny lag stiftas

som föreskriver ett lindrigare straff, skall den skyldige komma i åtnjutande av det.

2. Ingen bestämmelse i denna artikel skall hindra lagföring och bestraffning av en person på grund av en handling eller en underlåtenhet som vid den tidpunkt då den begicks var brottslig enligt de allmänna rättsprinciper som erkänns av världens nationer.

Det intressanta med säkerhetsrådets resolution är emellertid att man löste *nullum crimen* med hänvisning till den internationella rätten, medan man valde att hänvisa till den nationella rätten när det gällde *nulla poena*:

The penalty imposed by the Trial Chamber shall be limited to imprisonment. In determining the terms of imprisonment, the Trial Chambers shall have recourse to the general practice regarding prison sentences in the courts of the former Yugoslavia.¹

Säkerhetsrådets beslut om att inrätta Jugoslavientribunalen är också ett exempel på att FN-stadgan är ett ”levande instrument”, ett uttryck som Stenhammar kritiserar med hänvisning till ett citat av den mest konservativa domaren i högsta domstolen i ett land där folkrätten idag inte står särskilt högt i kurs.² Så t.ex. anser sig den amerikanska administrationen enligt U.S. National Security Strategy som antogs i september 2002 inte längre bunden av FN-stadgans uttryckliga våldsförbud.³ Detta är intressant inte minst ur rättspositivistisk synvinkel eftersom ingångna traktater i USA blir landets högsta lag.⁴

Uttrycket ”levande instrument” förekommer ofta, och Kofi Annan har använt det vid flera tillfällen, enligt min mening helt riktigt. Det mest påtagliga beviset ligger i att FN:s mest omfattande verksamhet inom området fred och säkerhet, nämligen de fredsbevarande operationerna, över huvud taget inte omnämns i FN-stadgan.

Som tidigare chef för Justitiedepartementets grundlagsenhet var det intressant att under åren i FN notera likheterna mellan en grundlag och FN-stadgan, även om den senare endast reglerar en organisa-

¹ Artikel 24 paragraf 1 i domstolens stadga.

² Det är intressant att notera att Justice Scalia inte har större respekt för sina kolleger i domstolen än att han när han teoretiserar om deras uppfattning i ett mål säger att den ”would not pass the laugh test”. Se Supreme Court of the United States Nos. 03-334 and 03-343 on Writs of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia, June 28, 2004.

³ <http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.html>

“The United States has long maintained the option of preemptive actions to counter a sufficient threat to our national security. The greater the threat, the greater is the risk of inaction — and the more compelling the case for taking anticipatory action to defend ourselves, even if uncertainty remains as to the time and place of the enemy’s attack. To forestall or prevent such hostile acts by our adversaries, the United States will, if necessary, act preemptively.”

⁴ This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding. (U.S. Constitution Article VI paragraph 2).

tion för mellanstatligt samarbete. I själva verket kan man påstå att en internationell organisation i ännu högre grad än en stat är beroende av sitt grundläggande rättsliga dokument.⁵

En viktig iakttagelse på grundlagsområdet är att ju svårare det är att ändra en grundlag, desto bredare marginal för konstitutionell praxis. Samma sak gäller FN-stadgan. Det är därför närmast en självklarhet att stadgan måste tolkas i ljuset av utvecklingen. Som ESK-rapportör åren 1992–93 trodde jag faktiskt inte att säkerhetsrådet skulle kunna inrätta en internationell krigsförbrytardomstol, varken på rättsliga eller politiska grunder. Och ändå gjorde rådet just detta.

Denna utveckling har också fortsatt med att rådet nu på sin agenda har både mänskliga rättigheter och rättsstatsfrågor, något som var helt otänkbart under det kalla kriget.⁶

Det mest iögonenfallande exemplet på denna utveckling är resolutionerna mot terrorismen. I resolution S/RES/1540 (2004) har rådet genom vittgående krav på lagstiftning och verkställighetsåtgärder tänjt gränsen till det yttersta:

1. *Decides that* all States shall refrain from providing any form of support to non-State actors that attempt to develop, acquire, manufacture, possess, transport, transfer or use nuclear, chemical or biological weapons and their means of delivery;

2. *Decides also* that all States, in accordance with their national procedures, shall adopt and enforce appropriate effective laws which prohibit any non-State actor to manufacture, acquire, possess, develop, transport, transfer or use nuclear, chemical or biological weapons and their means of delivery, in particular for terrorist purposes, as well as attempts to engage in any of the foregoing activities, participate in them as an accomplice, assist or finance them;

3. *Decides also* that all States shall take and enforce effective measures to establish domestic controls to prevent the proliferation of nuclear, chemical, or biological weapons and their means of delivery, including by establishing appropriate controls over related materials and to this end, etc.

Omedelbart efter attacken mot World Trade Center den 11 september 2001 kontaktades jag av presidenten i säkerhetsrådet med frågan om det egentligen finns några gränser för hur långt säkerhetsrådet kan gå när det gäller ålägganden gentemot medlemsstaterna. Mitt svar blev att den allmänt hållna regeln i Artikel 24 i FN-stadgan gäller,

⁵ Under tiden i FN hade jag tillfälle att diskutera detta ingående med den utomordentligt skicklige Paul Szasz, som efter sin pensionering fick träda in som vice rättschef när den ordinarie innehavaren av tjänsten vikarierade om högkommissarie för mänskliga rättigheter.

⁶ Se bl.a. Katarina Månsson "Reviving the 'Spirit of San Francisco': The Lost Proposals on Human Rights, Justice and International Law to the UN Charter" i *Nordic Journal of International Law* 76 (2007) 217–239, i synnerhet 237–239.

men att rådet därefter har ganska fria händer.⁷ I själva verket kan rådet i det konkreta fallet säkerligen fatta mycket långtgående beslut så länge dessa tolereras av det stora flertalet medlemsstater. Men, blev mitt besked, överträds den gränsen, riskerar rådet att undergräva sin egen auktoritet och därmed också organisationens.

En annan sak är att säkerhetsrådet måste iaktta största försiktighet när dess beslut riskerar att komma i konflikt med reglerna om mänskliga rättigheter. En varning är här befogad. Det kan vara en tidsfråga innan en nationell eller internationell domstol underkänner ett beslut av rådet som innebär att en enskild person för obegränsad tid sätts upp på en lista med hänvisning till att personen i fråga har anknytning till en misstänkt terroristorganisation.

Detta förfarande är ett flagrant brott mot artikel 14 i den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheterna och artikel 6 i den europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna. Båda dessa bestämmelser kräver att en person som utsätts för ett sådant förfarande har rätt att få saken prövad av en domstol. Någon sådan möjlighet erbjuder inte säkerhetsrådets resolutioner. Det behöver kanske inte tilläggas att rådet inte begärde något utlåtande från rättschefen innan beslut fattades om att inrätta detta system. Jag har emellertid informellt framfört min åsikt till rådet efter det jag lämnat FN.

När det gäller resonemanget om Kosovo kan jag hålla med om att NATO:s handlande här stod i strid med FN-stadgans bokstav. Man måste därför vara på sin vakt så att inte detta agerande tas till intäkt för påståenden om att folkrätten har förändrats här. Av utrymmesskäl kan jag inte gå in närmare på denna fråga. Jag ser inget annat bote-medel än att säkerhetsrådet faktiskt tar sitt ansvar i sådana situationer.⁸ Dess oförmåga att effektivt hantera situationen i Darfur kommer i tankarna.

Stenhammar tar också upp fragmentiseringen av folkrätten. Här finns onekligen ett problem för framtiden. Men enligt min mening är problemet av något annorlunda karaktär än som beskrivs i artikeln och som oftast diskuteras i den folkrättsliga litteraturen.

Att det finns flera organ och särskilt domstolar på det internationella planet som tolkar och tillämpar folkrätten tror jag inte är ett större problem. Rättsverkningarna av sådana avgöranden är nog också mer begränsade än på det nationella planet. Så till exempel har ett

⁷ In discharging these duties the Security Council shall act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations. The specific powers granted to the Security Council for the discharge of these duties are laid down in Chapters VI, VII, VIII, and XII.

⁸ Se Corell "From Territorial Sovereignty to Human Security" i Proceedings of the 28th Annual Conference of the Canadian Council on International Law, Ottawa, October 28–29, 1999. Kluwer Law International (2000) (s. 231–241). Se även De soberania territorial à segurança humana. In: Política Externa, Vol. 9 N°1 Junho — Julho — Agosto 2000: 92–103.

avgörande av internationella domstolen i princip endast betydelse i det aktuella fallet.⁹

Det problem som jag ser mot bakgrund av mina erfarenheter från tiden i Justitiedepartementet är de risker som följer av att allt fler aktörer uppträder som representanter för stater vid förhandlingar på det internationella planet.

Beroende på i vilket internationellt forum förhandlingar förs, företräds staten av representanter från olika departement på hemmaplan: UD i FN, Finansdepartementet i Världsbanken, Utbildningsdepartementet i UNESCO, Jordbruksdepartementet i FAO, osv. Alla dessa delegater kan omöjligen ha en allmän överblick över lagstiftningen i hemlandet — och inte heller över traktaträtten i allmänhet. Det kan därför inte nog betonas vikten av att en ordentlig koordinering sker på hemmaplan.

Det var mot den bakgrunden jag bestämt rådde medlemsstaterna att i sina delegationer till Romkonferensen om den internationella brottmålsdomstolen år 1998 inkludera inte bara företrädare för utrikesdepartementen utan också för ländernas justitiedepartement.

En viktig uppgift för Statsrådsberedningen, Justitiedepartementet och (enligt grundlagen) för Lagrådet är att granska hur lagförslag förhåller sig till grundlagarna och rättsordningen i övrigt, hur förslaget föreskrifter förhåller sig till varandra, hur förslaget förhåller sig till rättssäkerhetens krav, om förslaget är så utformat att lagen kan antas tillgodose de syften som anges och vilka problem som kan uppstå vid tillämpningen.¹⁰

Detta är svårt nog att åstadkomma i ett litet och homogent land. Men motsvarande problem finns på det internationella planet. Som jag har haft tillfälle att utveckla i annat sammanhang säger det sig självt att problemen här blir ännu mer svårhanterliga.¹¹ Ett betydligt noggrannare system för granskning av traktaters aktualitet och hur de förhåller sig till varandra måste troligen införas i framtiden för att säkerställa att den internationella rättens kvalitet inte försämras.

Det finns anledning att tro att vi i framtiden kommer att få se en utveckling där gränsen mellan den nationella och den internationella rätten blir alltmer svår att urskilja. Traktaträtten spänner över allt vidare fält och drar därför redan nu i hög grad upp bestämda gränser för den nationella lagstiftarens handlingsfrihet — en inskränkning som staterna själva ålagt sig som ett utflöde av sin egen suveränitet.

En marginell notering till avsnittet om internationella domstolens rådgivande yttranden. Ibland är processen i dessa ärenden närmast kontradiktorisk och domstolens yttrande bindande, nämligen i fråga

⁹ The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case. (Artikel 59 i domstolens stadga).

¹⁰ 8 kap. 18 § regeringsformen.

¹¹ Se Corell "International Law in Flux" i 14. Forum Globale Fragen: Völkerrecht im Wandel. Auswärtiges Amt, Berlin. Bonifacius GmbH, Paderborn (2006) (s. 101–110).

om yttranden om tolkningen av konventionen om FN:s privilegier och immuniteter.¹²

Men åter till huvudfrågan. Som uppsalastudent uppfostrades man i rättspositivismens anda. Men just på folkrättens område finns det anledning att ställa sig frågan om ett benhårt fasthållande vid denna teori är hållbart. Bilden på det internationella planet är betydligt mera sammansatt än på det nationella planet. Oavsett var man befinner sig i världen, vilken etnisk tillhörighet man har, vilken religion eller filosofi man bekänner sig till, finns det vissa värden som vi har gemensamt oberoende av om de är kodifierade eller inte.

De viktigaste av dessa värden lades fast år 1948 i den allmänna förklaringen om de mänskliga rättigheterna. Stenhammars generella påstående att en deklatorisk resolution från FN:s generalförsamling närmast är av pedagogisk natur finner jag uppseendeväckande. Påståendet har sin riktighet i det ögonblick resolutionen antas, och det är helt riktigt att man måste tolka dess innebörd och verkan med stor restriktivitet. Men sedan måste man noga följa utvecklingen för att kunna göra en rätt bedömning.

Den allmänna förklaringen om de mänskliga rättigheterna får nu anses ha förvärvat sedvanerättens imperativ — inte bara för att innehållet numera kodifierats i traktater som ratificerats av en överväldigande majoritet av världens stater utan genom att den, även om den inte klarar 100-årstestet, har utvecklats till en symbol för ett av FN-stadgans viktigaste ändamål, nämligen ”att åstadkomma internationell samverkan vid - - - befordrande och främjande av aktningen för mänskliga rättigheter och grundläggande friheter för alla utan åtskillnad med avseende på ras, kön, språk eller religion”. Deklarationen utgör nu också en förebild vid utarbetandet av nya konstitutioner världen över.

Det hävdas ibland att deklARATIONEN representerar ”västliga värden” och, framför allt, att den inte respekterar ”lokala värden”. Det första är inte sant; framstående företrädare inte minst för muslimska länder deltog vid utarbetandet av deklARATIONEN. Mot det senare resonemanget måste invändas med kraft eftersom argumentet ofta framförs av representanter för ett ledande skikt som ser sina privilegier hotade om rättigheterna blir en realitet i deras land. Bland vanligt folk i landet ses rättighetsförklaringen säkerligen som ett skydd mot förtryck — i den mån den är känd.

En av de viktigaste uppgifterna för framtiden är därför att föra ut denna kunskap i så breda lager som möjligt på det nationella planet

¹² Section 29 of the Convention on The Privileges and Immunities of the United Nations. Se International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion of 29 April 1999.

— till demokratins och rättsstatens försvar. I takt med att demokratin vinner insteg och ett större förtroende kan skapas mellan världens stater bör också spänningarna kring folkrättens tolkning och tillämpning kunna minska.