

Sensorveiledning til eksamensoppgave gitt H-11 for jus2111 og jus2000 dag 1

I. Innledning

Oppgaven er omfattende og reiser både folkerettslige og statsforfatningsrettslige spørsmål. Imidlertid er spørsmålene angitt. Tilbakemelding på sensormøtet viser at mange av studentene har funnet oppgaven vanskelig. Veiledningen er ment å reflektere dette. Det kan således ikke forventes at studentene tar opp alle momenter som nevnes i denne veiledningen. Videre kan flere av spørsmålene i seg selv åpne for omfattende drøftelser, men det kan neppe være nødvendig for å få en god eller meget god karakter. De fem første spørsmålene må nok anses som mest krevende i så måte. De tre siste spørsmålene fremstår derimot som kontrollspørsmål, hvor en nok bør akseptere knappe drøftelser.

Det bør nok likevel forventes at de fleste har fått til en del på flere av spørsmålene. Det antas at det som kjennetegner de beste besvarelsene er god disponering av tiden og gode drøftelser som ikke tar opp mer enn nødvendig. Selv om en student i en ellers solid besvarelse har bommet på ett av spørsmålene, bør likevel en meget god karakter ikke være utelukket.

II. Generelt om pensumlitteratur

Oppgaven reiser både folkerettslige og statsforfatningsrettslige spørsmål. Begge fagene har oppdatert hovedlitteratur. For folkerettens vedkommende har studentene kunnet velge mellom enten 3. eller 4. utgave (forelå fra og med begynnelsen høstsemesteret) av Morten Ruud og Geir Ulfsteins *Innføring i folkerett* (Universitetsforlaget 2006/2011) eller Carl August Fleischer, *Folkerett* (Universitetsforlaget 8. utgave 2006). De spørsmål oppgaven reiser er etter hva jeg kan se dekket av begge alternativene, om enn noe grundigere i Ruud/Ulfstein. Min erfaring fra kursundervisning tilsier at et klart flertall av studentene har valgt Ruud/Ulfstein.

For statsforfatningsrettens vedkommende er Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati* (Fagbokforlaget 2009) hovedlitteratur, med Njål Høstmælingen, *Internasjonale menneskerettigheter* (Universitetsforlaget 2003) som hovedlitteratur hva gjelder Den europeiske menneskerettighetskonvensjon. Johs Andenæs og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge* (Universitetsforlaget 10. utgave 2006) er støttlitteratur, men kan leses som hovedlitteratur på flere av Grunnlovens bestemmelser. Jeg antar at de mangler Andenæs/Fliflet måtte ha som hovedlitteratur i forhold til læringskravene (spesielt hva gjelder komparative perspektiver), i liten grad vil gi seg utslag i en oppgave av den typen som er gitt. Imidlertid er denne boken ikke oppdatert hva gjelder endringer når det gjelder riksrett/parlamentarisk ansvar.

Læringskravene vil bli omtalt særskilt under hver oppgave. Det antas at alle spørsmål faller klart innenfor læringskravene.

III. Gjennomgang av spørsmålene i oppgaven

1. Er Sør-Awaland en stat?

Spørsmålet er et helt sentralt, og klassisk, folkerettslig spørsmål, som er behandlet inngående i Ruud/Ulfstein (2011:113 ff), men noe mer summarisk/fragmentarisk i Fleischer (2006: 67). Av den grunn kan det ikke kreves at studentene har en like omfattende drøftelse som denne. Det avgjørende må være at studentene evner å anvende de abstrakte folkerettslige kriteriene/reglene for statsdannelse på en god måte i praksis. Det fremgår av læringskravene i folkerett punkt 3 god kjennskap til folkerettens subjekter, herunder «Stater, med særlig vekt på opprettelse og oppløsning av stater, statsterritoriet og havområdene, statsborgerne, suverenitet, forbudet mot bruk av makt, myndighetsutøvelse (jurisdiksjon) og immunitet.»

Det er (iallfall i den folkerettslig teori som utgjør pensum)¹ visstnok enighet om fire grunnvilkår som må foreligge for at en politisk enhet i folkerettslig forstand skal kunne betegnes som en «stat»:

- Det må foreligge et bestemt, avgrenset territorium
- En fast befolkning
- Myndigheter som håndhever en viss rettsorden og som er øverste myndighet i forhold til befolkningen på territoriet (indre selvstyre)
- en viss uavhengighet i forhold til andre stater/politiske enheter (ytre selvstyre)

Mange av studentene vil formentlig knytte dette opp mot Artikkel 1 i den såkalte Montevideo-konvensjonen (1933), som både er nevnt i læreboken og som finnes i traktatsamlingen. Det må imidlertid være helt klart at det ikke er denne som sådan som fastlegger kriteriene for hva som er en stat. Studenter som direkte anvender Montevideo-konvensjonen bør få trekk for det. Slik læreboken (Ruud/Ulfstein 2011: 114) på dette punkt er utformet, må det imidlertid være akseptabelt at de drøfter kriteriene i Montevideo-konvensjonen som uttrykk for folkerettslig sedvane. Det er imidlertid verdt å merke seg at Montevideo-konvensjonen ikke vektlegger uavhengighet (internt/eksternt), men snarere «capacity to enter into relations with other States». Denne formuleringen henger formentlig sammen med sonderingen føderalstat/delstat, jf. konvensjonens artikkel 2. Skillet er kanskje ikke så stort i praksis, men sammenhengen mellom uavhengighet og folkenes selvbestemmelsesrett vil kunne være av betydning i vårt tilfelle.

Selv om disse grunnvilkår objektivt sett er oppfylt, kan det neppe sies å ligge noen automatikk i at en politisk enhet som har både regjering og territorium, derved utgjør en stat (eksempelvis Taiwan) og omvendt (eksempelvis okkupert Kuwait mellom 1990-1991). Folkeretten er (eller har i vært fall tradisjonelt vært) et konservativt system, hvor rettsreglene vektlegger stabilitet og endringsaversjon. Det må således foreligge en viss form for stabilitet og kontinuitet, og formentlig også effektivitet, som gjør vurderingen i stor grad til et faktisk spørsmål. I situasjoner som den foreliggende mellom Awaland og Sør-Awaland vil etter min oppfatning i *praksis* spørsmålet avgjøres av denne faktiske vurderingen – som igjen i det vesentlige vil være politisk. Folkerettslig vil det her være stort spillrom for politiske vurderinger – innenfor de folkerettslige utgangspunkter det er redegjort for.

Kravet til territorium er neppe problematisk i vårt tilfelle. Studentene bør likevel nevne at grensen mot Awaland kan være uklar, men dette tilsier i seg selv ikke at kravet til territorium ikke er oppfylt. At

¹ Studentene bør neppe problematisere dette for meget, men på akkurat dette punkt kan det etter mitt skjønn være grunn til å ha en viss kritisk distanse til den typen liste med vilkår som gjerne oppstilles i lærebøkene. Det avgjørende må etter mitt skjønn være om studentene evner å foreta en konkret vurdering av de sentrale forhold knyttet til om Sør-Awaland er en stat.

regjeringen må ha et territorielt grunnlag, betyr heller ikke at alle territoriale grenser skal være entydig fastlagt.²

Befolkning: Det er liten grunn til å drøfte befolkningskravet inngående. Befolkningen i Sør-Awaland vil formodentlig etter Awalands interne rett være statsborgere av Awaland. Studenter som tar opp dette kort og avviser dets folkerettslige betydning,³ kan etter min mening få uttelling for det. Motsetningsvis syns jeg det bør trekke ned dersom studenter misforstår på dette punktet og lar spørsmål om statsborgerskap være avgjørende i vurderingen av det folkerettslige spørsmålet om det foreligger en stat. Spørsmålet om statsborgerskap er i det vesentlige av konstitusjonell art og det er også i pensumlitteraturen behandlet slik (Smith 2009: 81 ff).

Kravet til myndigheter som utøver en viss form for effektiv myndighet over territoriet bør på den ene siden ses på som et faktisk spørsmål. Hvilken form for effektiv myndighet som kreves, beror på situasjonen. Der det, som her, er tale om omtvistet territorium, bør effektivitetskravet etter min oppfatning være strengere.⁴ Desto mer må dette gjelde ettersom det er tale om unilateralt å bryte ut fra en eksisterende stat, hvilket (med et mulig unntak for Kosovo) etter hva jeg kjenner til ikke har vært en akseptert fremgangsmåte for statsdannelse etter 1945.⁵ Det kan imidlertid ikke forventes at alle studenter ser dette. De som gjør det, bør få god uttelling for det.

I vurderingen av myndighetskravet er det også tale om det vanskelige spørsmålet om *rett* til å utøve slik myndighet—som eksempelvis skiller myndighetene i en statsdannelse fra en røverbande som kan utøve tilsvarende myndighet—⁶uten at en derved skal føle seg skamfull over tautologien som ligger snublende nær. Et nærliggende eksempel her er Finland etter dets uavhengighetserklæring fra Russland etter novemberrevolusjonen, der en Kommissjon nedsatt under Folkeforbundet uttalte at

for a considerable time, the conditions required for the formation of a sovereign State did not exist... Political and social life was disorganized; the authorities were not strong enough to assert themselves; civil war was rife ... It is therefore difficult to say at what exact date the Finnish Republic, in the legal sense of the term, actually became a definitely constituted sovereign State. This certainly did not take place until a stable political organization had been created, and until the public authorities had become strong enough to assert themselves throughout the territories of the State without the assistance of foreign troops.⁷

Situasjonen i Sør-Awaland er imidlertid—slik jeg forstår faktum—på det tidspunkt vi blir forelagt spørsmålet om Sør-Awaland utgjør en stat, noe annerledes.

² Se Den internasjonale domstols avgjørelse i *North Sea Continental Shelf* para 46.

³ I praksis vil sjelden utbryterstater som Sør-Awaland ha noen statsborgerskapslov (eller folkerettslig avtale) på plass før etter at spørsmålet om statsdannelse folkerettslig sett er mer eller mindre fastlagt. Hvilken nasjonalitet de som oppholder seg i territoriet vil ha, kan være komplisert å avgjøre, men er altså neppe av betydning for spørsmålet om det foreligger en stat.

⁴ Slik også Crawford, *The Creation of States in International Law* (Oxford University Press 2nd ed 2006) 59.

⁵ Crawford, 415. Eksempelvis fulgte det for Sør-Sudan av fredsavtalen mellom Sør-Sudan og Sudan at det skulle avholdes folkeavstemning om uavhengighet i Sør-Sudan. Et tilfelle som Somaliland, der det ble avholdt folkeavstemning som gav overveldende flertall for uavhengighet, har ikke blitt anerkjent av noen stater.

⁶ Se til dette Kosovo-avgjørelsen i ICJ nå nylig.

⁷ Crawford 58. Det var ikke full enighet om dette. Blant annet kom en annen kommisjon som var satt ned av Folkeforbundet for å vurdere samme spørsmål til at Finland var en stat bl.a. fordi Finland hadde hatt samme «personality» hele tiden.

Etter mitt skjønn er det muligens ikke grunn til å anta at Sør-Awaland oppfyller dette effektivitetskravet på vurderingstidspunktet.⁸ Når dette skrives, har jeg ikke sett noen besvarelser. Jeg vil nok likevel anta at studentene i vurderingen her vil kunne være mindre restriktive enn jeg. Så lenge argumentasjonen er tilfredsstillende, må det være fullt ut akseptabelt.

Det er her ytterligere spørsmål som oppstår. Det er ikke klart nøyaktig ved hvilken handling Sør-Awaland som stat skal ha oppstått, dvs. hvorvidt det forelå en uavhengighetserklæring, om det er folkeavstemningen som sådan som utgjør løsrivelsen e.l. *Hvem* som foretar handlingen som fører til anført statsdannelse er heller ikke klart. Det er imidlertid klart at ikke hvem som helst, folkerettslig sett, kan foreta en handling på vegne av et folk som fører til opprettelsen av en stat. Det må vel antas at folkeavstemningen (som det var betydelig oppslutning om) og den anførte statsdannelsen ble foretatt av noen som ble ansett som legitimert iallfall av Sør-awalanderne selv. Studenter som ser slike poenger, men uten hverken å spekulere i faktum eller å la seg forvirre av dem, bør vel få uttelling for det.

Det kan hevdes med bakgrunn i Quebec-avgjørelsen i canadisk Høyesterett og Kosovo-avgjørelsen i Den internasjonale domstol at folkenes rett til selvbestemmelse, jf. prinsippet slik det er nedfelt i bl.a. FN-pakten artikkel 1 (2) og artikkel 55, fellesartikkel 1 i FNs menneskerettighetskonvensjoner,⁹ og som også kan sies å utgjøre en *jus cogens*-regel, vil kunne gi grunnlag for løsrivelse (sesesjon) fra en eksisterende stat i eksepsjonelle tilfelle: som «a last resort when the State lacks either the will or the power to enact and apply just and effective guarantees.»¹⁰ Det er da tale om et unntak fra folkerettens hovedregel om territoriell integritet.

I kravet til at myndigheten må ha rett til å styre for å være en stat, kan det også sies at sesesjonsvilkåret kommer inn: folkeretten er meget skeptisk til sesesjoner og enheter som er opprettet ved slike sesjoner, men kan anerkjenne det i ”eksepsjonelle tilfelle”, jf. Qubec-avgjørelsen i canadisk Høyesterett – eksempelvis der moder-Staten har begått folkemord eller lignende mot minoriteten/folket som foretar sesesjonen. Det kan etter min oppfatning være uklart om dette er oppfylt i vår sak ettersom trusselen mot sivilbefolkningen i Sør-Awaland ble fremsatt av general Mawa etter at de hadde løsrevet seg.

Det er også et moment i vurderingen av om kravet til myndigheter og indre selvstyre er oppfylt, om retten til selvbestemmelse er utøvd ved at folkeviljen ble uttrykt gjennom et fritt og fredelig valg.¹¹ I vår sak var det tilfellet slik jeg forstår faktum at alle deler av folket hadde anledning til å delta.

Det viktigste kravet for at en enhet utgjør en stat, er nok at den er uavhengig i relasjon til andre stater. Kravet knytter seg her til formell uavhengighet. Studentene bør få uttelling om de drøfter om det faktum at Sør-Awaland hadde behov for militær støtte fra den internasjonale koalisjonen, gjør at det ikke kan anses som uavhengig i denne forstand. Folkeretten oppstiller neppe her noen klar løsning, så gode drøftelser er det avgjørende i så måte.

⁸ Mer tvilsomt kunne det det være med kravet til stabilitet i denne myndighetsutøvelsen. Hendelsene i faktum synes å foregå over rundt to uker. Dersom Awaland hadde lyktes i å overmanne opprørerne og gjenopprette effektiv myndighetsutøvelse over Sør-Awaland, ville det slik jeg ser det være lite naturlig å tale om en «okkupasjon» av Sør-Awaland.

⁹ Mange av studentene vil kanskje også vise til *Friendly Relations Declaration*, som er et tillegg til FNs Generalforsamlings resolusjon 2625 (XXV) og som er inntatt i traktatsamlingen. Det vises til denne bl.a. i Den internasjonale domstols *Israel Wall Opinion*, som er inntatt i domssamlingen.

¹⁰ Report of the Committee of Rapporteurs, 16 April 1921, League of Nations Council Doct. B7/21*68/106.

¹¹ ICJ, *Western Sahara Advisory Opinion*, 16 October 1975, avsnitt 55.

Endelig kommer betydningen av anerkjennelse fra andre stater. Studentene bør etter min mening se at anerkjennelse av stater (slik de fleste hevder i dag) er et faktisk, ikke et rettslig spørsmål. Det er hverken en forutsetning for eller i seg selv et bevis for statsdannelse. Imidlertid vil begrunnelsene for anerkjennelse i form av statspraksis være sentrale kriterier for å bedømme hvorvidt statsdannelse foreligger.

I vår sak var tilfellet at mer enn halvparten av FNs medlemsland hadde anerkjent Sør-Awaland, men også at mindre enn halvparten *ikke* hadde anerkjent Sør-Awaland. Det er vanskelig utfra faktum å trekke noen entydig konklusjon etter dette. Den eneste formen for begrunnelse ligger i avslaget fra to av de faste medlemmene i Sikkerhetsrådet, som stemmer mot medlemskap i FN «fordi de mente at dette var for tidlig.» Det fremkommer ikke om de mente medlemskap for Sør-Awaland var for tidlig fordi det ikke ennå var tale om en stat eller av andre grunner. Selv om det er all grunn til å skille spørsmålet om FN-medlemskap fra spørsmålet om statsdannelse,¹² kan også uttalelser fra stater i Sikkerhetsrådet være uttrykk for deres folkerettslige oppfatning. En tolkning i retning av at medlemskap for Sør-Awaland ikke kan gis fordi det ennå ikke er tale om en stat, vil kunne samsvare med ideen om såkalt «prematuro anerkjennelse», jf. spørsmål 5 nedenfor.

2. Er Generalforsamlingens vedtak om å innvilge Sør-Awaland medlemskap i FN gyldig?

Det fremgår av læringskravene at studentene skal ha god forståelse av internasjonale (mellomstatlige) organisasjoner, med særlig vekt på bl.a. FN, herunder om hva som skal anses som en internasjonal organisasjon, organenes struktur og kompetanse og om demokratisk og konstitusjonell kontroll.

Grunnlaget for medlemskap for stater finnes i FN-paktens Artikkel 4, i kapittel 2 ("Membership"). Det bør forventes at studentene finner frem til denne. Den er behandlet i Ruud/Ulfstein (2011: 208). Bestemmelsen har to ledd. Første ledd angir materielle vilkår, mens annet ledd angir prosedyren.

Det viktigste materielle vilkår i Artikkel 4 (1) er at medlemskap i FN bare er åpent for "states". Med dette menes en vurdering som langt på vei er identisk med vurderingen i spørsmål 1, jf. ovenfor. Det finnes til dels omfattende praksis fra FN-organer på at søkerland ikke har oppfylt dette kriteriet,¹³ men studentene kan neppe forventes å kjenne til denne. I særdeleshet synes det å være av betydning hvorvidt reell uavhengighet foreligger. Oppgaven legger ikke opp til noen inngående drøftelse på dette punkt. Det kan videre tenkes anført at fordi Awaland er et eksisterende medlemsland, har FN-organene en større lojalitetsforpliktelse overfor det enn overfor Sør-Awaland. En slik anførsel kan tenkes ha noe for seg i vurderingen av hvorvidt Sør-Awaland oppfyller stats-vilkåret, men heller ikke her fremstår det etter faktum naturlig å drøfte spørsmålet inngående.

Anerkjennelse fra andre stater trekkes imidlertid frem i oppgaven som det som førte til at et flertall i Sikkerhetsrådet "anbefalte" medlemskap for Sør-Awaland. Etter praksis her kan henvisninger til anerkjennelse fra stater anses som bevis for at en søker er en "state" i FN-paktens forstand, men i likhet med vurderingen under spørsmål 1, er det neppe av materiell betydning.

Videre oppstiller Artikkel 4 vilkår om at stater for å bli medlem må være 1) peace-loving, de må 2) "accept the obligations contained in the present Charter" og 3) "in the judgment of the Organization" være "willing and able to carry out these obligations". Disse kriteriene er ikke uten materiell innhold,

¹² Det er svært sjeldent at Sikkerhetsrådet i sin anbefaling gjør noe annet enn en formell vurdering her

¹³ Østerrike (på grunn av okkupasjon etter andre verdenskrig), Angola (manglende uavhengighet) Mongolia (fullstendig faktisk uavhengighet) mv.

men bør neppe drøftes inngående av studentene. Det kan tenkes at de to permanente statene i Sikkerhetsrådet som stemmer mot medlemskap for Sør-Awaland og som begrunner det med at det er ”for tidlig” gjør det fordi de ikke anser Sør-Awaland til å være istand til å oppfylle sine forpliktelser etter FN-pakten, men faktum gir lite grunnlag for å anta dette.

Artikkel 4 (2) angir fremgangsmåten for medlemskap, mens mer detaljerte regler følger av prosedyrereglene til henholdsvis Sikkerhetsrådet og Generalforsamlingen. Hvis Sikkerhetsrådet ”recommends” medlemskap, avgir det sin ”Recommendation”, som deretter sendes til Generalforsamlingen. Hvis Sikkerhetsrådet ikke ”recommends” medlemskap, avgis en ”special report” til Generalforsamlingen, der fullt referat fra diskusjonen i Sikkerhetsrådet inkluderes. En ”recommendation” kan altså bare være positiv.¹⁴

Oppgaven er på dette punkt noe uklar ettersom det står at et ”flertall i Sikkerhetsrådet anbefalte” innvilgelse av søknaden, mens det samtidig fremkommer at to av Sikkerhetsrådets faste medlemmer stemte mot. Det følger av artikkel 27 (3) at ”decisions” i alle spørsmål som ikke er prosedyrespørsmål skal avgjøres ved aksepterende stemme fra de faste medlemmene. Det er fast praksis at det her ikke er tale om et prosedyrespørsmål. Følgelig må avgjørelsen ha vært negativ. Jeg antar at de fleste kommer til dette og det må være det mest riktige svaret.

Studenter som har forstått ordet ”anbefalte” i oppgaven i retning av at Sikkerhetsrådets flertall avga en ”recommendation” om at søknaden fra Sør-Awaland om FN-medlemskap skulle innvilges, bør imidlertid, slik oppgaven er formulert, etter mitt skjønn ikke få trekk for det. Noen studenter vil kanskje hevde støtte for en slik forståelse i at mens prosedyrereglene (og ”vetoretten”) i Artikkel 27 (3) gjelder ”decisions” (avgjørelser), synes ordet ”recommendation” (anbefaling) i Artikkel 4 å vise til en ikke-bindende beslutning, der det ikke gjelder noe prosedyrerekrav/vetorett, jf. at det finnes et tilsvarende skille i artikkel 39 og 40. Dette kan ikke føre frem,¹⁵ og det er betydelig veto-praksis i dette spørsmålet. Det er også verdt å merke seg at det har vært omfattende diskusjon rundt dette spørsmålet i nyhetene forbindelse med Palestinas søknad om FN-medlemskap nylig, der USA varslet veto. Flere studenter vil også være kjent med dette fra kurs. En forstandig tolkning i motsatt retning, der tolkningsprinsippene i Wien-konvensjonen benyttes på en god måte, kan likevel etter mitt skjønn gi uttelling.

Kanskje vil noen studenter hevde at fordi Sør-Awaland gikk ut av Awaland, vil det kunne enten overta Awalands medlemskap eller ellers automatisk tre inn. Slike anførsler har vært hevdet (eksempelvis av Pakistan etter at det gikk ut fra India). De kan imidlertid klart ikke føre frem, og oppgaven gir etter mitt skjønn heller liten foranledning til å reise dem.

3. Er Sikkerhetsrådets resolusjon om militær intervensjon i Awaland gyldig?

Ifølge læringskravene skal studentene ha god forståelse av maktforbudet som en del av kunnskapen om staten som folkerettslig subjekt. Det fremgår ikke eksplisitt av læringskravene for internasjonale organisasjoner at FNs rolle i militære intervensjoner er inkludert, men dette emnet er dekket godt både i pensumlitteraturen og i undervisningen.

¹⁴ ICJs rådgivende uttalelse i *Competence of the General Assembly for the Admission of a State* (1950) ICJ Reports p. 9.

¹⁵ Jf. ICJs rådgivende uttalelse i *Competence of the General Assembly for the Admission of a State* (1950)

Spørsmålet om gyldigheten av Sikkerhetsrådets resolusjon kan sies å ha både en materiell og en prosessuell side. Den materielle siden følger av FN-paktens Artikkel 39, jf. Artikkel 41 og 42. Det følger herav og av Sikkerhetsrådets faste praksis at det er Sikkerhetsrådet som har kompetanse til å bestemme hvorvidt det foreligger brudd på freden/trussel mot brudd på freden og som har kompetanse til å avgjøre eller anbefale hvilke tiltak etter hhv. Artikkel 41 eller 42 som skal fattes for å gjenopprette eller opprettholde internasjonal fred og sikkerhet.

Det kan problematiseres om det her gjelder et spørsmål om ”internasjonal” fred og sikkerhet. I hvert fall vil det være et naturlig spørsmål dersom studentene har kommet til at Sør-Awaland ikke var en stat i spørsmål 1. Dette kravet praktiseres imidlertid ikke strengt av Sikkerhetsrådet i nyere tid (senest Libya 2011). Det kan også hevdes at en situasjon som gjelder statlige overgrep mot sivile, ikke faller inn under begrepet ”internasjonal fred og sikkerhet”. Også her er imidlertid Sikkerhetsrådets praksis klar og omfattende, jf. Ruud/Ulfstein (2011:214-215). Studenter som ser disse spørsmålene bør få en viss uttelling for det.

Det kan videre problematiseres hvorvidt Sikkerhetsrådet hadde vurdert tiltak etter artikkel 41 først, som følger av artikkel 42. Faktum kan tolkes i retning av at det var dette Generalforsamlingen siktet til når de mente man burde avvende situasjonen. Imidlertid er det Sikkerhetsrådet som har kompetanse til å foreta denne vurderingen etter FN-paktens system og de har bredt skjønn til å foreta denne vurderingen. Dersom studenter i lys av dette etter en god drøftelse likevel kommer til at vurderingskravet i artikkel 42 ikke er oppfylt, må det likevel kunne anses akseptabelt.

I praksis iallfall siden 1990 (Irak I) foregår slike resolusjoner ved at Sikkerhetsrådet ”autoriserer” medlemsstatene til å bruke makt, snarere enn å avgjøre eller anbefale slik maktbruk. Dette avviker fra den klare ordlyden i Artikkel 39, og skyldes blant annet at FN selv ikke har egne styrker til disposisjon som opprinnelig forutsatt i artikkel 43, og at bruken av ordet ”decide” her ville kunne medføre rettslig bindende vedtak for medlemsstatene i sikkerhetspolitisk sensitive spørsmål, jf. Artikkel 25. Studenter som problematiserer dette, bør slik jeg ser det få god uttelling for det, jf. Ruud/Ulfstein (2011:218). Imidlertid bør også fast og langvarig praksis fra Sikkerhetsrådet og vidtgående aksept fra stater, tillegges betydelig vekt. I seg selv bør neppe autorisasjonsgrunnlaget gjøre at resolusjonen anses ugyldig, men her kan meningene være delte. Det avgjørende må være hvorvidt studentene argumenterer godt for sitt ståsted.

Heller ikke i autorisasjonsspørsmålet er det klart hvilken løsning som følger av Artikkel 27 (3). Etter mitt skjønn vil det neppe være i tråd med FN-paktens system og Sikkerhetsrådets funksjon og komposisjon dersom prosedyrereglene, herunder veto-retten, i denne bestemmelsen ikke anvendes. I så fall ville det være en meget enkel måte å omgå prosedyrereglene i 27 (3). Ialffall kan slike autorisasjoner ikke i seg selv gi delegerte rettigheter og plikter til statene fra Sikkerhetsrådet i medhold av FN-pakten dersom ikke prosedyrereglene er fulgt. Kompetanse etter en resolusjon som autoriserer maktbruk i strid med Artikkel 27 (3) vil i så fall ikke kunne gå utover det som følger etter folkeretten for øvrig (rett til selvforsvar e.l.). I vår sak kommer dette neppe på spissen men studenter som reiser spørsmålet, kan få uttelling. Det kan i så fall argumenteres for at det var tale om å utøve selvforsvar etter artikkel 51. Etter mitt skjønn kan det nok tenkes at militæroperasjonen kunne hatt grunnlag i denne bestemmelsen, men slik jeg forstår oppgaven gir den ikke foranledning til å drøfte dette.

Det er altså klart at Artikkel 27 (3) kommer til anvendelse. Permanente medlemmer vil dermed ha vetorett, og det er etter ordlyden et vilkår at de har avgitt ”concurring votes”. I vår sak er tilfellet ikke som i forrige spørsmål at stater har lagt ned veto, men at de har unnlatt å stemme. Etter ordlyden er det

muligens tvilsomt om kravet er oppfylt,¹⁶ men Sikkerhetsrådets langvarige og ubrutte praksis siden 1946 tilsier at dersom permanente medlemmer avstår fra å stemme i en avgjørelse som ikke gjelder prosedyrespørsmål, er det ikke til hinder for at Sikkerhetsrådet kan avgi beslutning og at beslutningen er gyldig. Læreboken (Ruud/Ulfstein 2011: 212) er også klar på dette punkt. Så lenge vetomakten i form av negativ stemme uansett foreligger, kan det for øvrig hevdes at en slik tolkning er i samsvar med prinsippet om effektiv tolkning.

Generalforsamlingens flertallsoppfatning om at situasjonen omkring militær intervensjon burde avvantes, bør etter mitt skjønn i høyden avvises helt kort som et argument mot gyldigheten av Sikkerhetsrådsresolusjonen.

4. Har regjeringen brutt sin opplysningsplikt overfor Stortinget når den ikke informerte om at den var kommet til en annen konklusjon enn de parlamentariske lederne vedrørende anerkjennelse av Sør-Awaland og militær intervensjon i Awaland?

Det kreves god forståelse av hovedreglene i den norske statsforfatningsretten om kontroll og ansvar. Spørsmål om regjeringens opplysningsplikt kommer inn under dette.

Hovedregelen om regjeringens opplysningsplikt overfor Stortinget følger nå av Grunnlovens § 82. Studenter som har lest eldre litteratur (Andenæs/Fliflet 2006) vil ikke være kjent med denne gjennom pensumlitteraturen. Bestemmelsen er drøftet av Smith (2009:266).

§ 82 krever for det første at alle opplysninger som er nødvendig for behandlingen av de saker regjeringen fremlegger for Stortinget, skal meddeles Stortinget. Opplysningskravet retter seg altså til saker som fremlegges. Dette tar formodentlig i det vesentlige sikte på proposisjoner, meldinger m.v., herunder proposisjoner om inngåelse av traktater i relasjon til Grunnloven § 26 (2).

Bestemmelsen er ikke helt treffende på vårt tilfelle, der regjeringen innhenter de parlamentariske ledernes synspunkter, snarere enn å fremlegge en sak.

Hva som er å regne som en sak i denne bestemmelsens forstand må formodentlig forstås i samsvar med konstitusjonelle krav og praksis til konsultasjon, herunder for våre formål spesielt traktater av særlig viktighet etter Grunnloven § 26 (2).

Spørsmålet om anerkjennelse og spørsmålet om militær intervensjon bør etter mitt skjønn behandles for seg. Anerkjennelse kan her forstås som en ensidig forpliktelseserklæring som i utgangspunktet har ikke nødvendigvis hverken nye lover eller stortingsbeslutninger. Det har vært enighet i teorien at ordet «traktat» i § 26 bør tolkes utvidende til også å omfatte ensidige forpliktelseserklæringer, men forutsetningen synes å være at forpliktelseserklæringen i så fall må medføre rettigheter og plikter av en viss art, f.eks. dersom forpliktelseserklæringen nødvendigvis fører til lovendring, griper inn i borgernes rettigheter og plikter eller medfører økonomiske forpliktelser for Norge. Det er etter hva jeg kjenner til ikke praksis at anerkjennelse av stater faller inn under dette, jf. Colban, *Stortinget og utenrikspolitikken* (1961: 256-257). Av faktum fremkommer det at det var enighet i regjeringen om at opposisjonen på Stortinget burde forelegges spørsmålet før beslutning ble fattet. Jeg oppfatter dette i retning av en politisk vurdering, snarere enn at det var tale om et konstitusjonelt krav.

¹⁶ Se imidlertid ICJs rådgivende uttalelse i *Namibia* (1970), der domstolen anførte at det fulgte av fast og langvarig *tolkning* av Artikkel 27 (3) at medlemmer kunne avstå.

Etter Stortingets forretningsorden § 13 (2) annet punktum bør drøftelse mellom den utvidede utenriks- og forsvarskomiteen og regjeringen skje før beslutning i viktige spørsmål angående bl.a. utenriksspørsmål. Komiteen kan deretter i henhold til 7 ledd legge frem spørsmålet for Stortinget dersom seks medlemmer krever det når saken står på dagsorden. Formodentlig burde saken her vært drøftet i utvidet utenriks- og forsvarskomiteé,¹⁷ men jeg antar at det ikke her nødvendigvis er tale om en konstitusjonell plikt til å fremlegge en sak for Stortinget i relasjon til Grunnloven § 82 som jeg oppfatter at oppgaveteksten retter seg mot. Her vil etter min mening studentenes argumentasjon være det avgjørende.

Dersom en kommer til at saken konstitusjonelt sett burde ha vært fremlagt Stortinget, stiller § 82 krav til opplysningenes innhold. Det fremgår ikke av faktum hva, hvis noe regjeringen opplyste de parlamentariske lederne om. Av § 82 første punktum følger imidlertid at regjeringen må meddele alle de opplysninger som er nødvendige for behandling av de saker den fremlegger. I dette må det vel antagelig klart nok ligge at den også må redegjøre for hvilket standpunkt den tenker å ta, dersom den har bestemt seg for det. Faktum gir her få opplysninger i den ene eller annen retning. Jeg antar etter dette at det her ikke var tale om en «sak» som ble fremlagt eller som burde vært fremlagt Stortinget. Dersom man kommer til et annet resultat i spørsmålet om konsultasjonsplikten, kan det nok hevdes at det er tvilsomt om opplysningsplikten er overholdt.

Det er etter faktum for øvrig uklart hvorvidt selve anerkjennelsen ble besluttet i statsråd. Det er uansett etter mitt skjønn lite tvilsomt at det er her tale om en sak av viktighet i Grunnloven § 28s forstand som burde vært fremmet i statsråd for etterfølgende parlamentarisk kontroll.

Når det gjelder spørsmålet om militær intervensjon, kan det sondes mellom traktatspørsmålet (som behandles i spørsmål 6) og beslutningen om militær intervensjon. Det vises for det siste spørsmåls vedkommende til redegjørelsen foran.

Det følger av Grunnloven § 25 at Kongen har den øverste ledelsen for de militære styrker. Bestemmelsens siste ledd viser til at Stortingets samtykke er nødvendig for å benytte styrker som ikke hører til «Linjetropper» utenfor rikets grenser. Det antas at denne bestemmelsen ikke legger noen begrensning på regjeringens kompetanse til uten Stortingets samtykke å delta i internasjonale operasjoner av den typen det er tale om i oppgaven. Studenter kan for så vidt kort problematisere forbudet mot at militære styrker overdras i fremmede makters tjeneste i § 25 opp mot faktum, der Storbritannia (snarere enn eksempelvis NATO) skulle ha den militære ledelsen. Jeg antar imidlertid at praksis ikke er i strid med denne fremgangsmåte og spørsmålet oppgaven reiser, foranlediger ikke noen inngående drøftelse. § 25 oppstiller her for øvrig, slik jeg forstår den, et absolutt forbud mot at militære styrker overdras i fremmede makters tjeneste, mens den åpner for at Stortinget kan samtykke i at fremmede makters krigsfolk inntas i riket.

Som foran burde beslutningen her vært fattet i statsråd.

Det kan nok hevdes at ordlyden i § 26 nokså tvilsomt tillater militæroparasjoner til andre lands forsvar (se også Smith (2009:270), men oppgaven foranlediger heller ikke her noen inngående drøftelse. Det avgjørende må etter mitt skjønn være at § 26 første ledd tillegger regjeringen kompetanse i slike spørsmål. Selv om bestemmelsen tolkes utvidende, er det neppe krav til samtykke fra Stortinget. Noe annet er at dette i meget stor utstrekning gjøres i praksis, bl.a. fordi spørsmål om utenriksoperasjoner har en side til Stortinget som bevilgende myndighet. Det kan nok hevdes her at det har utviklet seg en

¹⁷ Se for en inngående drøftelse, Fredrik Sejersted, *Kontroll og konstitusjon* (Cappelen Akademisk forlag 2002) 577 ff.

konstitusjonell sedvaneregel, som gjør at en samtykkeplikt foreligger. Igjen antas at spørsmålet burde vært fremlagt for utvidet utenriks- og forsvarskomite, men også her må dette formodentlig forstås som en konsultasjonsplikt, snarere enn en opplysningsplikt i § 82s forstand. Som over bør det vel for det tilfelle at en kommer til at det forelå en opplysningsplikt, kreves at regjeringen bør redegjøre for sitt syn, snarere enn bare å lytte til Stortinget. Igjen antar jeg at argumentasjonen vil være det avgjørende, snarere enn konklusjonen.

For både anerkjennelsen og intervensjonens vedkommende kan det tenkes at noen studenter tar opp anførselen fra de parlamentariske lederne at Regjeringen hadde brutt en instruks fra Stortinget i lys av Regjeringens opplysningsplikt. Det bør etter min oppfatning være klart at anførselen fra de parlamentariske lederne ikke kan føre frem i og med at det ikke er tale om en instruks. Oppgaven bør derfor heller ikke foranledige en videre drøftelse av forholdet mellom Stortingets instruksjonsmyndighet og regjeringens opplysningsplikt overfor Stortinget, jf. også nedenfor under 5.

5. Er den norske anerkjennelsen av Sør-Awaland gyldig?

Spørsmålet anses dekket av kravet til god forståelse av konstitusjonen som grunnlag for internasjonalt samarbeid. I noen grad vil det være en glidende overgang til folkerettens regler her, men også disse er nevnt i det statsforfatningsrettslige pensum.

Spørsmålet er etter min oppfatning formulert på en slik måte at det tar sikte på en sontring mellom folkerettslig og internrettslig gyldighet, som igjen beror på en tilsvarende sontring når det gjelder legitimasjon. Faktum kan likevel tolkes i retning av at en har tenkt på internrettslig gyldighet. Studenter som kun har lagt denne forståelsen til grunn bør derfor neppe trekkes for mye.

Den internrettslige gyldigheten må bero på en tolkning av Grunnloven § 26. Det er ikke tvilsomt at det er regjeringen som har kompetanse til å beslutte anerkjennelse av stater og at utenriksministeren kan uttrykke slik anerkjennelse. Spørsmålet er så om Stortinget i henhold til § 26 (2) måtte samtykke for at anerkjennelsen skulle bli gyldig. Til spørsmålet om ordet "traktat" også omfatter anerkjennelse, vises til drøftelsen foran, der jeg stilte meg skeptisk til dette. Forutsatt at ordet "traktat" også omfatter anerkjennelse, er det imidlertid formodentlig nødvendig med samtykke. Studentene kan drøfte om Stortinget hadde samtykket ved at de parlamentariske lederne ble konsultert, men det er etter mitt skjønn neppe tvilsomt at det hverken var tale om samtykke eller om en fremgangsmåte i samsvar med kravene i § 26 (2), som forutsetter flertallsvedtak. Videre må det på samme vis være klart at det ikke var tale om en instruks fra Stortinget. Oppgaven foranlediger for øvrig etter min oppfatning ikke noen lengre drøftelse av slike instruksjoner verken generelt eller på dette området, jf. også ovenfor under 4.

Den folkerettslige gyldigheten kan ses på i flere perspektiver. Etter mitt skjønn vil vurderingen, folkerettslig sett formelt bero på hvorvidt Sør-Awaland folkerettslig sett var en stat på tidspunktet for anerkjennelse, idet folkeretten kan antas å forby såkalt "prematuro anerkjennelse." Studenter som ser dette poenget, bør få uttelling for det.

Hovedspørsmålet oppgaven reiser er formodentlig hvorvidt utenriksministeren kunne forplikte Norge folkerettslig sett, gitt at han ikke hadde internrettslig kompetanse til det. Studentene bør etter mitt skjønn drøfte denne problemstillingen under forutsetning av at kravene til samtykke i § 26 (2) ikke var fulgt.

Det folkerettslige utgangspunkt er uttrykt i Wien-konvensjonen artikkel 46, hvorefter internrettslige kompetanseregler for traktatinnngåelse som hovedregel ikke kan anføres som grunnlag for ugyldighet

av en stat som har gitt folkerettslig samtykke til å bli bundet av en traktat. Studentene bør påpeke at Norge ikke er bundet av Wien-konvensjonen (så vidt vites primært på grunn av denne regelen), men at det antas at den på dette punkt gir uttrykk for folkerettslig sedvane. Mange studenter vil nok her vise til Ihlen-erklæringen som et eksempel på at stater kan bindes folkerettslig selv om internrettslige kompetanseregler ikke er fulgt.

Et unntak følger av artikkel 46 selv, for tilfeller der det var ”manifest” at internrettslige krav av fundamental karakter var brutt. Det følger av artikkel 46 nr. 2 at et slikt brudd ”manifest” hvis det var ”objectively evident to any State conducting itself in the matter in accordance with normal practice and in good faith.” Slik jeg ser det, kan dette uten videre avvises i dette tilfellet som et grunnlag for folkerettslig ugyldighet. Sør-Awaland må kunne legges til grunn at den norske utenriksministeren er bemyndiget til å foreta en slik handling.¹⁸

Det bemerkes for øvrig at Wien-konvensjonen eksplisitt gjelder traktater. Studenter som ser dette poenget, bør få pluss for det. Imidlertid antar jeg at den folkerettslige regel som uttrykkes i artikkel 46 ikke er vesentlige annerledes når det gjelder anerkjennelse. Den må i så fall være mindre streng når det gjelder folkerettslige samtykkekrav ettersom det som utgangspunkt, slik jeg ser det, hverken følger rettigheter eller plikter direkte gjennom anerkjennelse av en stat. Dette gjelder kanskje i ytterste forstand faktisk, all den tid det kan hevdes at folkerettslige regler som intervensjonsforbud, *pacta sunt servanda* mv. må sies å gjelde for den enhet en stat anerkjenner som stat. Men det må klart nok gjelde rettslig, i og med at det ikke er handlingen hvorved en stat anerkjenner en annen enhet som stat som gjør den siste enhet til stat eller ikke.

6. Skulle traktaten mellom 30 stater om militær intervensjon vært forelagt Stortinget til forhåndssamtykke?

Spørsmålet anses dekket av kravet til god forståelse av konstitusjonen som grunnlag for internasjonalt samarbeid og kravet til god forståelse av hovedreglene om kontroll og ansvar.

Som nevnt ovenfor må traktater angående saker av særlig viktighet i henhold til § 26 (2) forelegges Stortinget til samtykke. Slikt samtykke må innhentes før regjeringen kan forplikte seg folkerettslig.¹⁹ Kravet til ”særlig viktighet” må ikke forstås som at det gjelder særegent viktige saker, og er ikke oppfattet slik hverken i teori eller konstitusjonell praksis. Snarere tar formuleringen ”særlig viktighet” sikte på å skille kravet i § 26 (2) fra kravet til statsrådsbehandling for saker av viktighet i § 28. Hva som ligger i kravet til ”særlig viktighet”, må vurderes konkret etter en skjønnsvurdering. Innholdet av traktaten er da av særlig betydning, herunder traktatens gyldighetstid mv. Det foreligger få holdepunkter i faktum for å vurdere det innholdet i traktaten ut fra slike synspunkter. Likevel må det utvilsomt være slik at det her var tale om en traktat av ”særlig viktighet”. En multilateral traktat som forplikter staten til å delta i militæroperasjoner faller klart inn under dette. Ytterligere i den retning kommer at det her var tale om et meget sensitivt politisk spørsmål, der det etter faktum måtte være klart for regjeringen at et flertall av de parlamentariske lederne var mot.

Tilsvarende må for øvrig gjelde hvis traktaten medfører økonomiske forpliktelser for Norge vil det være nødvendig med foreleggelse. Det fremgår ikke av faktum hvorvidt det var tilfelle her, men det må vel antas at det kan være tilfelle. Studentenes argumentasjon i denne forbindelse—som neppe er

¹⁸ *Land and Maritime Boundary* (Cameroon v. Nigeria) ICJ 2002, para 265.

¹⁹ I praksis regulerer de fleste moderne multilaterale traktater dette slik at avtalen undertegnes på et tidspunkt, mens ikrafttredelse i henhold til den folkerettslige avtalen først skjer når statene underretter om at deres konstitusjonelle krav er oppfylt.

nødvendig all den tids spørsmålet ikke er tvilsomt, jf. foran—må vurderes konkret, men spørsmålet bør neppe problematiseres i for stor grad.

7. Kan Stortingets presidentskap suspendere representant Peder Ås

Spørsmålet anses dekket av kravet til god forståelse av hovedreglene om kontroll og ansvar.

Utgangspunktet må være at Stortinget ikke kan suspendere en representant med mindre de har hjemmel til det. I henhold til Stortingets forretningsorden § 42 har presidenten hjemmel til å gi en representant som ikke retter seg etter forretningsordenen advarsel. Dersom ikke representanten retter seg etter dette, kan han etter avstemning bortvises for dagen, jf. annet ledd. Ytterligere sanksjonsmuligheter følger ikke av forretningsordenen som sådan. Den bør heller ikke drøftes for inngående av studentene.

Drøftes for inngående bør heller ikke spørsmålet om Riksrett, men det kan tenkes noen studenter bringer dette på bane. Etter ansvarlighetsloven av 5. februar 1932 § 3 (1) kan ved straffbare forhold som påtales ved Riksrett idømmes ”tap av offentlig tjeneste” i stedet for eller i tillegg til straff. En kan kanskje tenke seg at suspensjon kan idømmes som tap av offentlig tjeneste etter bestemmelsen her. Imidlertid er det helt klart at ansvarlighetsloven verken kommer til anvendelse, jf. § 1 (2) og at, om den mot formodning skulle gjøre det, suspensjonen Peder Ås er ilagt av Stortingets presidentskap ikke var idømt med hjemmel i ansvarlighetsloven.

Stortingets presidentskap manglet dermed rettslig grunnlag for å suspendere Ås.

8. Må etableringsminister Hans Tastad fratse sin stilling?

Spørsmålet anses dekket av kravet til god forståelse av hovedreglene om kontroll og ansvar.

Når det gjelder spørsmålet om Tastad må fratse sin stilling, så har mistillitsvotumet med knapt flertall blitt fremsatt på Stortinget men så vidt jeg forstår uten begrunnelse. Spørsmålet reguleres i dag av Grunnloven § 15, som gir uttrykk for den delen av det parlamentariske prinsipp som utgjør en pliktnorm som etter ordlyden gjelder ”enhver” som har sete i statsrådet. Stortingets korresponderende kompetanse gjelder eksplisitt enten ”vedkommende Statsraad alene” eller ”det samlede Statsraad.” Det fremgår for øvrig av forarbeidene at noe over halvparten av mistillitsforslagene fra 1950-tallet av har vært rettet mot enkeltstatsråder.²⁰ Studentene bør etter mitt skjønn ikke skrive for inngående på dette punkt om rettstillingen før endringen av Grl § 15 på dette punkt, men i noen grad kan eksempler herfra være illustrerende.

Det bør drøftes om Tastads innvending om at mistillitsvotumet var basert på feilaktige opplysninger og at han ikke hadde gjort noe ulovlig på massasjeinstituttet kan tas til følge.

For det første kan dette sies å regulere spørsmålet på kompetansesiden. Må Stortinget basere mistillitsvotum på riktige opplysninger etter § 15? Det er fristende å besvare spørsmålet bekreftende, og slike tanker har da vært fremsatt ved flere anledninger i norsk konstitusjonell historie.²¹ Det er imidlertid usikkert om det kan oppstilles en slik skranke rettslig sett. Studenter som drøfter problemstillingen bør få uttelling for det. Imidlertid gir faktum ikke foranledning til å gi

²⁰ Dokument nr. 19 (2003-2004) s. 18

²¹ Se eksempler i Sejersted s. 1082-1083.

problemstillingen avgjørende betydning i lys av spørsmålet oppgaven stiller, all den tid vi ikke får begrunnelsen for Stortingets mistillitsvotum. Utgangspunktet må uansett være at mistillit som Henrik Zahle har anført kan begrunnes i alt fra ”en innsigtsfuld kritik af ministerens politik til ubehag ved ministerens hårfarve.”²² På kompetansesiden er der dermed neppe tvilsomt at Stortinget kunne fremsette sitt mistillitsvotum på det grunnlag de gjorde. Tilsvarende vil det naturlig nok stille seg på pliktsiden. Tastads anførsel om at han ikke hadde noen plikt til å etterkomme mistillitsvotumet, kan dermed uten videre avvises. Det bemerkes for øvrig at dersom Tastad skulle insistere på å bli sittende, kan han i henhold til ansvarlighetsloven § 15 ved Riksrett straffes med tap av embetet og bøter eller fengsel inntil 10 år.

9. Må avdelingsdirektør Ole Vik fratre sin stilling som følge av mistillitsvotumet

Spørsmålet anses dekket av kravet til god forståelse av hovedreglene om kontroll og ansvar.

Studentene bør se at spørsmålet forutsetter en sammenheng mellom mistillitsvotumet og Viks fratreden. Det må etter mitt skjønn klart avvises. De bør dermed ikke drøfte spørsmålet etter tjenestemannsloven, mv. Studenter som tar opp dette spørsmålet på en hensiktsmessig måte, bør likevel kunne få uttelling for det. Noen studenter vil kanskje vise til at Departementsråd Skjerdal i Industridepartementet på tvilsomt rettslig grunnlag måtte gå av etter Kings Bay-saken. Imidlertid var det der ikke tale om mistillitsforslag.

Oslo 6.12.2011

Erlend M. Leonhardsen

²² Sit i Sejersted s.1085.