

Forholdet mellem statsimmunitet og *jus cogens*

– på vej mod en generel undtagelse fra den folkeretlige statsimmunitet ved civile søgsmål ved nationale domstole på grundlag af alvorlige menneskerettighedskrænkelser?

The relationship between state immunity and *jus cogens*

– on the way towards a general exception in international law to state immunity in national civil proceedings based on claims emerging from serious human rights violations?

Af ANNE FUNCK HANSEN

Forbundsrepublikken Tyskland har den 23.12.2008 anlagt sag mod Italien ved Den Internationale Domstol i Haag med påstand om, at Italien tilpligtes at anerkende, at en række afgørelser afsagt af italienske civildomstole over Tyskland er udtryk for folkeretskrænkelser. I den omhandlede italienske retspraksis er det tilbagevendende lagt til grund, at Tyskland ikke har krav på folkeretlig statsimmunitet i civile søgsmål med alvorlige menneskerettighedskrænkelser begået af den tyske værnemagt under Anden Verdenskrig som genstand.

*Nærværende speciale (hvis udarbejdelse var afsluttet på tidspunktet for Tysklands sagsanlæg) omhandler forholdet mellem statsimmunitet, *jus cogens* (præceptiv ret) og menneskeret med fokus på den nationale civilproces. Specialet behandler dermed en problemstilling, som må formodes at komme til at spille en væsentlig rolle i afgørelsen af den verserende sag mellem Tyskland og Italien.*

*Med udgangspunkt i særskilte undersøgelser af begreberne statsimmunitet og *jus cogens* konkluderes, at statsimmuniteten har karakter af en folkeretlig forpligtelse og har sin begrundelse i folkerettens grundlæggende struktur, samt at fænomenet *jus cogens* kan opfattes som et udslag af såvel naturret som positiv ret.*

*Samspelet mellem statsimmunitet og *jus cogens* i det folkeretlige retskildesystem undersøges på grundlag af en gennemgang af udvalgte retsafgørelser. Det konkluderes, at der i gældende folkeret ikke er grundlag for en opstilling af et normativt hierarki. Endvidere præsenteres og diskuteres muligheden for en generel immunitetsundtagelse for alvorlige menneskerettighedskrænkelser i medfør af den restriktive immunitetsdoktrin. Derefter drøftes menneskeretlige traktatforpligtelser som udtryk for implicite immunitetsafkald samt immunitetsnægtelse som en modforanstaltning i medfør af reglerne om statsansvar.*

Afslutningsvis gøres der opmærksom på en retsanvendelse, der – uden at gøre vold på den folkeretlige metode – muliggør en genforening af de tilgrundliggende hensyn for den folkeretlige statsimmunitet, respektive menneskerettighederne.

Indholdsfortegnelse

| | |
|--|-----|
| Anvendte forkortelser..... | iii |
| Afhandlingens systematik angående anvendt kildemateriale..... | iii |
| 1. Indledning..... | 1 |
| 1.1. Indføring i problemstillingen..... | 1 |
| 1.2. Plan for fremstillingen..... | 2 |
| 2. Retlige grundlag for statsimmunitet og <i>jus cogens</i> | 2 |
| 2.1. De retlige konturer af den folkeretlige statsimmunitet..... | 2 |
| 2.1.1. <i>Funktion</i> | 2 |
| 2.1.2. <i>Retlig natur</i> | 3 |
| 2.1.3. <i>Begrundelsen for statsimmunitet</i> | 4 |
| 2.1.4. <i>Analyse: Omfanget af den folkeretlige forpligtelse</i> | 5 |
| a. Statsimmunitet som udtryk for "Practical courtesy" | 5 |
| b. "The true meaning of sovereign equality" – i forhold til statsimmuniteten..... | 7 |
| c. Konklusion..... | 7 |
| 2.1.5. <i>Sammenfatning</i> | 8 |
| 2.2. Den retlige natur af begrebet <i>jus cogens</i> | 8 |
| 2.2.1. <i>Begrebet jus cogens</i> | 8 |
| 2.2.2. <i>Jus cogens indtog i den skrevne folkeret</i> | 9 |
| 2.2.3. <i>Jus cogens i spændingsfeltet mellem positivisme og naturret</i> | 10 |
| 2.2.4. <i>Normer med jus cogens-status</i> | 12 |
| 2.2.5. <i>Begrebet erga omnes</i> | 13 |
| 2.2.6. <i>Analyse: Jus cogens som folkerettens ordre public?</i> | 14 |
| a. Sammenligningens tilladelighed..... | 14 |
| b. Sammenligningens rækkevidde..... | 17 |
| c. Konklusion..... | 18 |
| 2.2.7. <i>Sammenfatning?</i> | 19 |
| 3. Retskildedynamisk interaktion mellem statsimmunitet og <i>jus cogens</i> – vision eller virkelighed? | 20 |
| 3.1. Det folkeretlige retskildesystem..... | 20 |
| 3.2. Forholdet mellem statsimmunitet og <i>jus cogens</i> i national og international retspraksis..... | 20 |
| 3.3. Teoretiske udfordringer..... | 24 |
| 3.4. <i>Jus cogens</i> som reformator af den folkeretlige retskildelære? .. | 24 |
| 3.4.1. <i>Er præceptivitet og hierarkisk overlegenhed det samme?</i> | 24 |
| 3.4.2. <i>Væsentligheden af en sammenligning med national ret</i> | 26 |
| 3.4.3. <i>Et hierarki affødt af nødvendighed?</i> | 26 |
| 3.4.4. <i>Konklusion</i> | 28 |
| 3.5. Adresseringen af retskildeforholdet i afgørelserne Al-Adsani og Jones | 28 |
| 3.6. Diskussion af udvalgte teoretiske begrundelser for en begrænsning af statsimmuniteten i tilfælde af alvorlige menneskerettighedskrænkelser..... | 29 |
| 3.6.1. <i>Anvendeligheden af den restriktive immunitetsdoktrin på tilfælde af alvorlige menneskerettighedskrænkelser</i> | 30 |
| a. Mulige begrundelser for den restriktive immunitet..... | 30 |

| | |
|--|----|
| b. Doktrinen anvendelighed i forhold til alvorlige menneskerettighedskrænkelser..... | 32 |
| c. Konklusion..... | 33 |
| 3.6.2. <i>Løftelse af en bestående immunitetsbeskyttelse – afkald og modforanstaltning</i> | 34 |
| 4. Konklusion og perspektivering | 36 |
| 4.1. Statsimmunitet for menneskerettighedskrænkelser – et retligt tomrum?..... | 36 |
| 4.2. Suverænitet og menneskeret – forsøg på en genforening..... | 37 |
| Citerede domstolsafgørelser | 40 |
| Citeret litteratur fra den specielle folkeretslære | 42 |
| Citeret litteratur fra den almindelige folkeretslære | 45 |
| Citeret litteratur fra den øvrige retsvidenskab | 45 |

Anvendte forkortelser

| | |
|--------|---|
| AFH | Anne Funck Hansen |
| bl.a. | blandt andet |
| dvs. | det vil sige |
| ECHR | European Court of Human Rights |
| EGBGB | Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch |
| EMRK | Den Europæiske Menneskerettighedskonvention |
| f.eks. | for eksempel |
| ff. | flere følgende |
| ibid. | ibidem – på samme sted |
| ICC | International Criminal Court |
| ICJ | International Court of Justice |
| ICTY | International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia |
| jf. | jævnfør |
| para. | paragraf |
| sml. | sammenlign |

Afhandlingens systematik angående anvendt kildemateriale

Samtlige citerede retsafgørelser og bidrag fra den videnskabelige litteratur er angivet bagest i afhandlingen med anførsel af den i teksten anvendte citatangivelse. Øvrige kilder (herunder lov-, traktatbestemmelser og resolutioner) er angivet løbende.

1. Indledning

1.1. Indføring i problemstillingen

I kølvandet af Anden Verdenskrig tog en udvikling fart, som i folkeretten har medført en stadig udvidet retssubjektivitet for individer. Ved Nürnbergtribunalet retsforfulgte man for første gang i international retshistorie enkeltpersoner for krænkelser af folkeretten, og med fremkomsten af menneskerettighederne blev det enkelte menneske bærer af iboende og umistelige rettigheder¹. Menneskeretten opstod imidlertid ikke i et retligt tomrum men måtte – og må fortsat – kæmpe om sin position og gennemførelse i den folkeretlige orden. Med kodifikationen af den folkeretlige traktatret i Wienerkonventionen (herefter traktatretskonventionen) på grundlag af FN's Folkeretskommissions (herefter Folkeretskommissionen) forberedende arbejde holdt begrebet *jus cogens* – præceptive folkeretsnormer – sit indtog i den skrevne folkeret².

Ikke mindst fra menneskeretlig side knyttes store forventninger til, at *jus cogens* viser sig at være den løftestang, der kan hjælpe kernen af menneskeretten til at indtage en placering som den universelle grundnorm i den folkeretlige orden. Et problemkompleks, som med særlig tydelighed illustrerer brydningerne mellem den menneskeretlige værdiorden og den klassiske folkeretsorden, er ydelsen af folkeretlig statsimmunitet til beskyttelse af stater mod civile søgsmål anlagt af enkeltpersoner som følge af alvorlige menneskerettighedskrænkelser.

Afhandlingens formål er at undersøge, hvorvidt en individuel adgang til at sagsøge en fremmed stat ved et nationalt civilretligt forum på grundlag af krænkelser af *jus cogens* eller af menneskerettighederne bør anerkendes af folkeretten. Det er en grundlæggende præmis for undersøgelsen, at hensigtsmæssigheden af de behandlede forslag til løsninger af værdikonflikten mellem individuel retsbeskyttelse og suveræne staters integritet skal vurderes ud fra deres respektive konsekvenser for det samlede folkeretlige system.

Spørgsmålet om i hvilket omfang, der efter gældende folkeret kan rejses individuelle, civilretlige krav mod stater, er fortsat yderst omstridt. Der vil imidlertid ikke i den foreliggende afhandling finde en indgående undersøgelse sted af sådanne fordringers materielle berettigelse³. Dette er begrundet i, at statsimmuniteten retligt er et rent processuelt institut⁴, hvis anvendelse ikke forudsætter en stillingtagen til de fremsatte krav materielle eksistens eller berettigelse.

¹ Se hertil Nørgaard, s. 82 – 98. Se endvidere indledningen til Verdenserklæringen af 10. december 1948.

² Wienerkonventionen om traktatretten af 23. maj 1969. Indtil videre er konventionen ratificeret af 108 lande. FN's folkeretskommission blev oprettet ved resolution fra FN's Generalforsamling GA-174 (II) af 21. november 1947 i henhold til artikel 13, stk. 1 i FN-pagten af 26. juni 1945. Begreberne *jus cogens* og præceptiv folkeret anvendes i denne afhandling som synonymmer.

³ Sådanne fordringers eksistens er afvist af tyske domstole i afgørelserne *Distomo/BverfG* og *Vavarin* men omvendt godtaget af græske og italienske domstole i afgørelserne *Prefecture of Voiotia*, *Ferrini* og *Corte di Cassazione/29.05.08*. Se Fischer-Lescano for en indgående behandling af problemstillingen.

⁴ Se hertil nedenfor afsnit 2.1.1.

1.2. Plan for fremstillingen

Indledningsvis vil en række karakteristiske aspekter af begreberne *jus cogens* og statsimmunitet blive søgt indkredset under afsnit 2. I den forbindelse skal der navnlig foretages analyser af udvalgte teoretiske forslag, som med ensidige udgangspunkter i forpligtelsesomfanget af statsimmuniteten, hhv. virkningerne af *jus cogens*, søger at begrunde folkeretsmæssigheden af en nægtelse af statsimmunitet i den nationale civilproces i tilfælde af alvorlige menneskerettighedskrænkelser.

Under afsnit 3 vil den interne dynamik mellem de folkeretlige retskilder i forhold til *jus cogens* blive undersøgt nærmere. Med udgangspunkt i retspraksis om forholdet mellem *jus cogens* og statsimmunitet vil det særligt blive søgt afklaret, i hvilket omfang eksistensen af *jus cogens* danner grundlag for et retskildehierarki. I forlængelse heraf vil adresseringen og anvendelsen af *jus cogens* i retspraksis blive vurderet og diskuteret. Med afsæt i de gjorte erkendelser, vil der siden finde en drøftelse sted af sandsynligheden for fremkomsten af en fremtidig generel undtagelse fra statsimmuniteten i tilfælde af *jus cogens*-krænkelser og andre alvorlige menneskerettighedskrænkelser.

Afsluttende vil der i afsnit 4 blive taget stilling til den nuværende retstilstand samt til måden hvorpå statsimmunitet og normer med status af *jus cogens* kan og bør anvendes i forhold til hinanden.

2. Retlige grundlag for statsimmunitet og *jus cogens*

2.1. De retlige konturer af den folkeretlige statsimmunitet

2.1.1. Funktion

Den folkeretlige statsimmunitet beskytter stater mod fremmede staters udøvelse af dømmende og udøvende magt. Den dømmende og den udøvende statsmagt er bestanddele af den statslige jurisdiktion, som beror på den statslige suverænitet⁵. Ved siden af magten til at dømme og til at udøve omfatter jurisdiktionen endvidere magten til at lovgive. Denne del af jurisdiktionen er fremmede stater eller statspersonel imidlertid ikke beskyttet mod gennem immunitet⁶.

I nær sammenhæng med statsimmuniteten står de immuniteter, der tilkommer de statslige repræsentanter og funktionsudøvere, som personelt står i en sådan tæt forbindelse til staten, at de må identificeres med denne (immunitet *ratione personae*), eller som varetager funktioner, der sikrer en effektiv statsførelse (immunitet *ratione materiae*)⁷. Til de folkeretlige immuniteter hører endvidere den diplomatiske immunitet samt den immunitet, som tilkommer internationale organisationer.

På nationalt plan aktualiserer spørgsmålet om statsimmunitet sig navnlig i to situationer – når en dom begæres afsagt over en fremmed stat samt i forbindelse med tvangsfuldbyrdelsen af en sådan dom. På

⁵ Se hertil Lotus- afgørelsen, hvor det om staten hedder: *its title to exercise jurisdiction rests in its sovereignty* (Lotus, s. 16).

⁶ Spiermann (2004), s. 231.

⁷ Se Fox, s. 421 ff.

internationalt plan opstår immunitetsspørgsmål ikke mindst i forbindelse med internationale straffedomstoles strafforfølgning af personer, som for nationale domstole ville have været beskyttet af immunitet⁸. Blandt de nævnte aspekter interesserer det foreliggende speciale sig først og fremmest for statsimmuniteten i den nationale civilproces. Dette retsområde kan imidlertid på ingen måde holdes skarpt adskilt fra øvrige aspekter af de folkeretlige immuniteter.

I sin nutidige skikkelse er statsimmuniteten et rent processuelt institut, der lader den materielle berettigelse af det fremsatte krav ubørt. Det er derfor ikke rammende at sidestille immunitetsbeskyttelsen af stater med straf- eller ansvarsfrihed⁹.

I nyere tid følger et flertal af stater¹⁰ en praksis, hvorefter kun handlinger foretaget af staten i dennes egenskab af stat – *acta jure imperii* – er beskyttet af statsimmunitet. For statshandlinger af privatretlig karakter – *acta jure gestionis* – er der derimod ikke immunitetsbeskyttelse. Denne praksis omtales i nærværende afhandling som den restriktive immunitetsdoktrin. I forhold til fungerende statsrepræsentanter antages der fortsat at bestå fuld immunitet fra national dømmende og udøvende myndighed¹¹.

Der kan til enhver tid gives afkald på statsimmuniteten. Et afkald på søgsmålsimmunitet omfatter ikke uden yderligere holdepunkter et afkald på eksekutiv immunitet¹².

2.1.2. Retlig natur

Statsimmunitetsdoktrinen og statsrepræsentanters immuniteter har dybe rødder i den folkeretlige sædvaneret¹³. Den sædvaneretlige karakter har som konsekvens, at statspraksis i forening med staters retlige overbevisning – *opinio juris* – spiller en afgørende rolle for doktrinens videreudvikling. Også den diplomatiske immunitet har rødder i sædvaneretten. Reglerne herom blev imidlertid allerede tidligt kodificeret med Wienerkonventionen om diplomatiske forbindelser af 18. april 1961.

I et mindretal af stater har lovgiver tilvejebragt et lovgrundlag for den nationale anvendelse af statsimmunitetsdoktrinen. Eksempler på sådanne lovgrundlag findes først og fremmest i retssystemer, der i større eller mindre grad er præget af den angelsaksiske retstradition¹⁴. I fraværet af et sådant lovgrundlag fører den kendsgerning, at immunitetsspørgsmålet typisk aktualiseres foran nationale domstole, til, at vidnesbyrd om staternes praksis og *opinio juris* i stort omfang må sø-

⁸ Se hertil Uerpman-Witzack, s. 35 ff.

⁹ Fox, s. 45 og 525, Brownlie, s. 323. Men se McGregor, s. 905 - 912.

¹⁰ Fox, s. 257 ff. og Germer, s. 25. Men se Bankas s. 324 ff.

¹¹ Afgørelsen Arrest Warrant, para. 58 - 61.

¹² Sml. artikel 20 i den straks nedenfor nævnte FN-konvention om statsimmunitet.

¹³ Se om folkeretlig sædvaneret Brownlie, S. 6 ff. og Germer, s. 14 ff.

¹⁴ Således f.eks. i USA i form af The Foreign Sovereignty Immunities Act (1976), i Storbritannien i form af UK State Immunity Act (1978), i Canada i form af Sovereign Immunity Act (1982) samt i Australien i form af Foreign States Immunities Act (1985).

ges i retspraksis. I Danmark anses den restriktive immunitetsdoktrin for gældende ret i retspraksis såvel som i retsvidenskaben¹⁵.

I 2004 resulterede et forberedelsesarbejde foretaget af Folkeretskommissionen i tilblivelsen af en konvention, der må betegnes som det hidtil mest fremskredne forsøg på at fremskaffe en kodifikation af den folkeretlige statsimmunitet¹⁶. Et tidligere kodifikationsforsøg på interregionalt niveau fandt sted med Europarådets konvention af 16. maj 1972. Denne konvention trådte i kraft den 11. juni 1976 men er indtil nu kun ratificeret af otte lande. Førstnævnte konvention er indtil videre ratificeret af Norge, Østrig, Portugal og Rumænien og er endnu ikke trådt i kraft¹⁷. Konventionen kodificerer den i afsnit 2.1.1. omtalte restriktive immunitetsdoktrin¹⁸. På trods af, at konventionen kun er blevet tiltrådt af et mindre antal stater, må det antages, at dens materielle indhold afspejler indholdet af den restriktive immunitetsdoktrin i den almindelige, uskrevne folkeret¹⁹. Konventionen kan derfor betragtes som et led i en bevægelse fra uskreven til skreven folkeret.

Statsimmunitetskonventionen omfatter udelukkende immunitet for stater og deres ejendom i forhold til fremmede staters jurisdiktion²⁰. Imidlertid følger det af artikel 3, at konventionen lader spørgsmålene om immuniteter for statsrepræsentanter og statslige funktionsudøvere uberørt. Situationen kan derfor sammenfattes således, at hjemlen for immuniteterne for stater og disses højtstående funktionsudøvere fortsat i fuldt omfang må søges i den folkeretlige sædvaneret²¹, men at statsimmunitetskonventionen inden for sit materielle område kan bidrage til indkredsningen af indholdet af denne sædvaneret.

2.1.3. *Begrundelsen for statsimmunitet*

Som begrundelser for statsimmunitet angives hyppigt beskyttelsen af fremmede staters værdighed, sikringen af en uforstyrret varetagelse af statslige funktioner uden for eget territorium, manglende effektive eksekutionsmuligheder, de tilgrundliggende tanker bag *comitas gentium*²² samt princippet om en fredelig sameksistens²³. For en nutidig betragtning har visse af de netop anførte begrundelser en noget arkaisk klang. I en værdiafvejning som den, der fra mange sider kræves foretaget i forbindelse med alvorlige menneskerettighedskrænkelser²⁴, synes en fremmed stats værdighed således næppe at udgøre en overbevisende begrundelse for en immunitetsbeskyttelse af en stat, der er under beskyldning om f.eks. tortur. Der rejser sig derfor det spørgs-

¹⁵ Jfr. f.eks. afgørelserne U 1982.1128 H og U 1992.453 H samt Germer, s. 25 ff.

¹⁶ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Properties (efterfølgende: statsimmunitetskonventionen). Vedtaget af FN's Generalforsamling med resolution 59/38 af 2. december 2004.

¹⁷ Konventionen træder, i overensstemmelse med sin artikel 30, stk. 1 i kraft med den 30. ratifikation.

¹⁸ Statsimmunitetskonventionens artikel 10.

¹⁹ Aust, s. 162, Rensmann, s. 2.

²⁰ Artikel 1.

²¹ Arrest Warrant, para. 52, Fox, s. 426.

²² Folkeretlig kurtoisi, se Germer, s. 15.

²³ Fox, s. 28 og s. 427.

²⁴ Sml. McGregor, s. 916 - 918.

mål, om statsimmuniteten, også i et nutidigt perspektiv, kan siges at varetage formål af udslagsgivende betydning for det folkeretlige system.

Normdannelsen i den eksisterende folkeret²⁵ bygger på suverænt ligeberettigede staters²⁶ vilje til at lade sig binde folkeretligt. Princippet om samtykke til retlige forpligtelser ligger således til grund artikel 38, stk. 1 i Den Internationale Domstols (herefter ICJ) Statut (herefter Domstolsstatutten) af 26. juni 1945 om rammerne for ICJ's retsanvendelse. ICJ har i sin *Nicaragua*-afgørelse anset den suveræne ligeberettigelse for direkte forbundet med det folkeretlige interventionsforbud²⁷. Suveræn ligeberettigelse betyder dermed frihed for alle andre forpligtelser end de folkeretlige og, for den enkelte stats vedkommende, frihed fra andre staters indgriben i statens indre anliggender²⁸. Dette afspejles i grundsætningen *par in parem non habet imperium*²⁹, som ofte anføres som begrundelse for statsimmuniteten³⁰.

I moderne folkeret er staterne ikke kun bærere af rettigheder afledt af suveræniteten, såsom immunitet. De er tillige de indtil videre eneste aktører blandt de folkeretlige ansvarssubjekter, som reelt besidder den nødvendige magt til at omsætte et ansvar i handlinger, der kan føre til virkeliggørelse af bl.a. de i menneskerettighederne nedlagte formål³¹. Det er derfor på ingen måde rammende at reducere aspekter af statsimmuniteten til *formalist arguments*³², ligesom det er uberettiget at afskrive statsimmuniteten som et historisk levn fra tider domineret af absolutistiske statssystemer³³.

2.1.4. Analyse: Omfanget af den folkeretlige forpligtelse

a. Statsimmunitet som udtryk for "Practical courtesy"³⁴

Lee M. Caplan er et eksempel på en folkeretsteoretiker, der er af den opfattelse, at det i meget stort omfang står i den enkelte stats magt, om der i et konkret tilfælde skal ydes immunitetsbeskyttelse eller ej. Således er den enkelte stat efter hans opfattelse i stand til at opløse værdikonflikten mellem hensynene til statsimmuniteten og til den individuelle retsbeskyttelse ved egenmægtigt at afslå immunitetsbeskyttelsen i tilfælde af alvorlige menneskerettighedskrænkelser³⁵.

I *Altman*-afgørelsen fra 2004 tilsluttede *U.S. Supreme court* sig denne opfattelse og udtalte om statsimmuniteten, at *...such immunity reflects current political realities and relationships, and aims to give foreign states and their instrumentalities some present "protection*

²⁵ Se repræsentativt Brownlie, s. 3-4.

²⁶ Sml. artikel 2, stk. 1 i FN-pagten.

²⁷ Nicaragua, para. 202. Sml. artikel 2, stk. 7 i FN-pagten.

²⁸ Spiermann (1994), s. 223, Appelbaum, s. 57.

²⁹ "Jævnbyrdige har ingen magt over jævnbyrdige".

³⁰ Således f.eks. i 'Explanatory Report' til Europarådets konvention af 16. maj 1972.

³¹ Fox, s. 543.

³² Se dommer Ferrari Bravos dissens i afgørelsen Al-Adsani.

³³ Således også Uerpman-Witzack, s. 34. Af anden opfattelse McGregor, s. 916.

³⁴ Caplan, s. 751.

³⁵ Caplan, s. 780 - 781.

from the inconvenience of suit as a gesture of comity."³⁶ Til sammenligning findes hos Lord Millet i *The House of Lords'* afgørelse *Lampen-Wolfe* et eksempel på en diametralt modsat opfattelse af rækkevidden af den folkeretlige forpligtelse til ydelse af statsimmunitet, idet det siges, at *State immunity (...) is a creature of customary international law and derives from the equality of sovereign states. It is not a self-imposed restriction on the jurisdiction of its courts (...). It is a limitation imposed from without upon the sovereignty of the United Kingdom itself*³⁷. Med udgangspunkt i *Caplans* argumentation skal det i det følgende undersøges nærmere, om *U.S. Supreme Court* i *Altman* eller Lord Millet i *Lampen-Wolfe* giver den mest rammende karakteristik af den folkeretlige statsimmunitet.

Blandt de ledende domme om statsimmunitet henvises der ofte til afgørelsen *Schooner Exchange*³⁸. Denne afgørelse blev afsagt i 1812 af *U. S. Supreme Court* og omhandlede et søgsmål fra den amerikanske reder *Schooner*, der krævede udleveringen af skibet *Balaou*, som den franske flåde forinden havde bemægtiget sig i internationalt farvand og omdannet til krigsskib. Den dommer, som pådømte sagen, *Marshall*, konstaterede indledningsvis angående jurisdiktionen, at *all exceptions to the full and complete power of a nation within its own territories must be traced up to the consent of the nation itself*.³⁹ Imidlertid blev det kort derefter slået fast, at

The full and absolute territorial jurisdiction being alike the attribute of every sovereignty and being incapable of conferring extraterritorial power, does not contemplate foreign sovereigns, nor their sovereign rights as its objects. One sovereign can be supposed to enter a **foreign territory** only under an express license or in the confidence that the immunities belonging to his independent, sovereign station, though not expressly stipulated, are reserved by implication and will be extended to him.⁴⁰

På denne måde anså *Marshall* på den ene side den nationale jurisdiktion for at være absolut, på den anden side imidlertid også fremmede suveræner for at være urørlige. Denne konflikt opløste han ved at rette opmærksomheden mod territorialhøjheden ("*foreign territory*") med den tilføjelse, at den fremmede suveræn kan formode, at territorialstatens samtykke foreligger.

Caplan konkluderer, at *Marshall* dermed har sat ord på *the original conflict of principles*⁴¹ - mellem territorialhøjhed og immunitet - hvilken imidlertid kan opløses gennem *the true meaning of sovereign equality*⁴². Denne - den rigtige forståelse af den suveræne ligeberettigelse - findes ifølge *Caplan*, ikke i den ovennævnte grundsætning *par in parem non habet imperium*. I stedet ser han den suveræne ligeberettigelse af staterne udtrykt i den kendsgerning, at enhver stat besidder

³⁶ Altman, afsnit III.

³⁷ Lampen-Wolfe, s. 384 (para. 1588).

³⁸ Brownlie, s. 322 og Fox, bl.a. s. 25.

³⁹ The Schooner Exchange, s. 136.

⁴⁰ The Schooner Exchange, s. 137 (udhævelsen foretaget af AFH).

⁴¹ Caplan, s. 745.

⁴² Caplan, s. 751.

jurisdiktion på sit eget territorium⁴³. Enhver stat skulle således besidde *an equal capacity for rights*, som imidlertid varierer i styrke med nærheden til territoriet. Dette mener *Caplan* følger af afgørelsen *Lotus* og af *the basic structures of the system of international law*⁴⁴.

b. "The true meaning of sovereign equality" – i forhold til statsimmuniteten

Spørgsmålet om suverænitetens retlige beskaffenhed hører til blandt de mest komplekse og omstridte spørgsmål i folkeretten. I nærværende afhandling skal der ikke forsøges, endsige postuleres, en udtømmende behandling af dette problemkompleks – blot skal *Caplans* opfattelse sammenholdes med opfattelsen hos en anden folkeretsteoretiker, der ligeledes beskæftiger sig med folkerettens grundlæggende strukturer. *Ole Spiermann* har i sin forskning beskæftiget sig intensivt med suverænitetens retlige natur. Han er af den opfattelse, at folkeretten er at betragte som et residuals-system for de opgaver, som nationalstaterne ikke er i stand til at løse tilfredsstillende ved hjælp af deres egen (interne) suverænitet⁴⁵. Folkeretten kan for sit eget vedkommende ifølge *Spiermann* opfattes som opdelt i sameksistensens, hhv. samarbejdets folkeret⁴⁶. Folkeretten er i denne optik derfor et subsidiært men samtidig selvstændigt retssystem, som eksisterer parallelt med national ret⁴⁷. Denne konsekvente dualisme⁴⁸ afspejler sig i de roller, som suveræniteten spiller i den nationale ret, hhv. folkeretten: Selvom den interne suverænitet er årsagen til behovet for folkeret, må den folkeretlige (eksterne) suverænitet adskilles fra den interne suverænitet⁴⁹. Grundsætningen om jurisdiktion betragtes som en attribut til den interne suverænitet, der imidlertid begrænses folkeretligt som følge af hensynet til sameksistensen med andre suveræne stater⁵⁰. En af de folkeretlige normer, der varetager denne afgrænsning, er statsimmuniteten⁵¹. Således udgør statsimmuniteten i denne optik en undtagelse til den nationale jurisdiktion⁵².

c. Konklusion

Caplans fremhævelse af jurisdiktionen på bekostning af statsimmuniteten kan i *Spiermanns* system betragtes som en fortrængning af reglerne for en fredelig mellemstatslig sameksistens til fordel for den interne suverænitet. Efter *Spiermanns* opfattelse er anliggender, der berører flere staters interesser, *per se* omfattet af den folkeretlige sameksistens, som ikke kan reguleres ensidigt i et enkelt lands nationale

⁴³ Caplan, s. 752.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Spiermann (2004), s. 5 ff. og s. 55

⁴⁶ Spiermann (2005), S. 79 ff.

⁴⁷ Spiermann (2004), S. 95.

⁴⁸ Se om monisme og dualisme Germer, s. 56 ff.

⁴⁹ Spiermann (2005), S. 69.

⁵⁰ Spiermann (2004), S. 203. Se endvidere i samme retning Germer, s. 22 med henvisning til Max Sørensen

⁵¹ Spiermann (2004), s. 203, s. 231 og s. 233.

⁵² Således også Arrest Warrant, Joint Separate Opinion para. 71 samt Rensmann, s. 13.

retssystem. På denne måde fremstår *Caplans* afvisning af *par in parem non habet imperium* som et skridt tilbage mod en tilstand af unilateralitet, hvor de faktiske magtforhold mellem staterne og ikke en folkeretlig normering er udslagsgivende for sameksistensen. Med et sådant perspektiv for øje må enhver tale om suverænt ligeberettigede stater forstumme.

Afgørelsen *Schooner Exchange* giver ikke noget klart svar på, hvorvidt Frankrig blev ydet statsimmunitet ud fra *opinio juris* om en folkeretlig forpligtelse eller på grundlag af en frivilligt påtaget begrænsning af jurisdiktionen⁵³. Som vist hos *Appelbaum* tegner der sig et flertydigt billede af statsimmunitetens retsnatur i amerikansk retspraksis i tiden efter *Schooner Exchange*. Uden for USA er den herskende opfattelse dog, at statsimmuniteten udgør en folkeretlig forpligtelse⁵⁴.

Af disse årsager må det konkluderes, at ydelsen af statsimmunitet udgør en folkeretlig forpligtelse, og at *Lord Millet* i *Lampen-Wolfe* modsat *U.S. Supreme Court* i *Altman* giver en dækkende beskrivelse af den nuværende retstilstand. *Caplans* påstand, at staterne gennem en immunitetsnægtelse på enkel vis kan tilvejebringe et retligt forum til ofrene for alvorlige menneskerettighedskrænkelser ved søgsmål mod fremmede stater uden derved at krænke folkeretten, kan derfor ikke tages til følge.

2.1.5. Sammenfatning

Staternes praksis og *opinio juris* som afspejlet i national og international retspraksis frembyder et uregelmæssigt billede – ikke mindst i forhold til håndteringen af den restriktive statsimmunitetsdoktrin⁵⁵. Dette bør imidlertid ikke føre til, at selve eksistensen af den folkeretlige forpligtelse drages i tvivl. Statsimmuniteten afspejler gennem grundsætningen *par in parem non habet imperium*, grundstrukturen i den moderne folkeret – gennem sit bidrag til bevarelsen af den suveræne ligeberettigelse i form af sin væsentlige rolle for grænsedragningen mellem de nationalstatslige magtsfærer.

2.2. Den retlige natur af begrebet *jus cogens*

2.2.1. Begrebet *jus cogens*

Begrebet *jus cogens* er på de foregående sider anvendt gentagende gange, uden at der samtidig er blevet redegjort udførligt for begrebets indhold. Dette kan muligvis have efterladt læseren med det indtryk, at *jus cogens* er et velbeskrevet folkeretligt fænomen om hvis indhold, der hersker enighed i teori og praksis. Intet kunne imidlertid ligge de faktiske forhold fjernere.

Jus cogens betegner folkeretlig præceptivitet. Normer med *jus cogens*-status er kendetegnede ved ikke at tjene enkelte staters unilaterale interesser men derimod det samlede internationale samfunds højere

⁵³ Hos Koskenniemi (2005), s. 486 anvendes afgørelsen som en demonstration af den moderne folkerets manglende evne til konfliktløsning og til sikring af materiel retfærdighed.

⁵⁴ Appelbaum, s. 37 - 43.

⁵⁵ Se hertil Fox, s. 272 ff.

formål⁵⁶. Forestillingen om eksistensen af folkeretsregler, der ikke kan fraviges ved mellemstatslige aftaler, henter sit konfliktpotentialer i den kendsgerning, at den implicerer, at der kan opstå og eksistere retlige forpligtelser uafhængigt af den enkelte stats samtykke og endog efter omstændighederne i direkte modstrid med en enkelt stats tilkendegivne vilje. I kontrast hertil anser langt størstedelen af den moderne folkeretsvidenskab tilstedeværelsen af frie staters *opinio juris* for at være en forudsætning for sådanne forpligtelsers eksistens. Begrundelsen for eksistensen af præceptive folkeretsnormer udgør således en særlig udfordring for folkeretsteorien.

2.2.2. *Jus cogens* indtog i den skrevne folkeret

Eksistensen af uskrevne folkeretlige normer, som i funktion og formål kan sammenlignes med præceptive normer, kan inden for søretten føres tilbage til slutningen af det 17. århundrede⁵⁷. Med tilblivelsen af traktatretskonventionen i 1969 holdt *jus cogens* i artiklerne 53, 64, 66 (a) og 71 sit prægnante indtog i den skrevne folkeret. I artikel 53 er kendetegnene og virkningerne af *jus cogens* beskrevet nærmere:

A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.

Kodifikationen af traktatretten i form af konventionen bygger på forberedelsesarbejde udført af Folkeretskommissionen 1949 - 1969. Om der med artikel 53 udelukkende er tale om en deklaratorisk kodificering af hidtil gældende ret, eller om der tværtimod er tale om en retlig nyskabelse, var allerede på tidspunktet for bestemmelsens tilblivelse et yderst omstridt spørgsmål. Således var den overvejende del af retsvidenskaben i årene op til 1969⁵⁸ af den opfattelse, at den da gældende folkeret indeholdt præceptive normer, mens et mindretal klart afviste eksistensen af en folkeretlig forpligtelse uden den enkelte stats samtykke⁵⁹. Også blandt staterne herskede der vild uenighed om spørgsmålene angående *jus cogens*' eksistens, indhold, begrundelse og karakter af retlig forpligtelse⁶⁰. Efter lange diskussioner blev den samlede traktatretskonvention til sidst vedtaget af Wienerkonferencen og lagt ud til underskrift – hvilket imidlertid ikke kan tages som udtryk for, at man var nået til samdrægtighed angående betydningen og indholdet af artikel 53⁶¹. Der herskede dog bred enighed om eksistensen af *jus cogens* i folkeretten samt om tilslutningen fra det internationale

⁵⁶ Verdross (1966), s. 58.

⁵⁷ Hannikainen, s. 57 ff. og s. 111.

⁵⁸ Suy, s. 48 – 49, Hannikainen, s. 128 ff.

⁵⁹ En repræsentant for førstnævnte opfattelse var bl.a. Verdross (Verdross (1966), s. 55). Verdross havde allerede i 1937 tilkendegivet sin opfattelse angående *jus cogens*' eksistens (Verdross (1937)). Et eksempel på sidstnævnte opfattelse findes hos Schwarzenberger, s. 29.

⁶⁰ Hannikainen, s. 169 - 184.

⁶¹ Hannikainen, s. 180.

samfund *as a whole* som en betingelse for, at en norm kan opnå *jus cogens*-status. Endvidere var der enighed om, at formålet med *jus cogens* er beskyttelsen af det internationale samfunds vitale interesser⁶².

I dag nyder traktatretskonventionen bred anerkendelse blandt verdens stater og betragtes i vidt omfang som et udtryk for gældende sædvaneret⁶³. Også den indeholdte definition af *jus cogens* har i mellemtiden opnået anerkendelse, også uden for traktatrettens område⁶⁴. Dette har ikke mindst sin årsag i, at staterne ellers på enkel vis ville kunne bringe sig ud af traktatretskonventionens og *jus cogens*' rækkevidde ved at undlade at benytte sig af traktatformen. Ved første øjekast forekommer det paradoksalt, at artikel 53 på den ene side er anerkendt som sædvaneret, men at praktisk talt ethvert aspekt af *jus cogens* på den anden side er genstand for heftig uenighed. Betragter man imidlertid den i artikel 53 indeholdte definition i lyset af traktatkonventionens øvrige bestemmelser, vil man opdage, at artikel 53 hjemler en yderst begrænset praktisk betydning af *jus cogens*. Det følger således allerede af konventionens artikel 41, stk. 1 (b), at multilaterale traktatforpligtelser udelukkende kan fraviges, hvor dette ikke berører tredjelandes rettigheder (og hvor fravigelsen af en traktatbestemmelse ikke strider mod *the effective execution of the object and purpose* af traktaten). I konventionens system får artikel 53 derfor først selvstændig betydning i det øjeblik, hvor to eller flere stater ønsker at indgå mod *jus cogens* stridende aftaler, som ikke berører tredjelandes rettigheder⁶⁵. Artikel 53 er således ikke traktatkonventionens eneste undtagelse til udgangspunktet om folkeretlig kontraktsfrihed. Det egentlige retsvidenskabelige stridspunkt synes at omhandle spørgsmålet om, hvorvidt den i artikel 53 indeholdte definition udtømmende gør op med indholdet og virkningen af *jus cogens* i den almindelige, uskrevne folkeret, eller om *jus cogens* her eventuelt udfolder mere vidtgående virkninger. Ud fra en positivistisk betragtning, må virkninger, der rækker ud over det af artikel 53 følgende derogationsforbud, afvises, indtil det punkt, hvor sådanne virkninger er understøttet af stateres praksis og *opinio juris*. Som det vil fremgå i det følgende, gør imidlertid langt fra alle folkeretsjurister holdt for denne forhindring.

2.2.3. *Jus cogens i spændingsfeltet mellem positivisme og naturret*

I sin endelige form fraveg traktatretskonventionens artikel 53 det af Folkeretskommissionen oprindeligt udformede forslag:

⁶² Ibid.

⁶³ Blandt mange andre Verdross/Simma, s. 433 und Brownlie, s. 580.

⁶⁴ Hannikainen, s. 3. Se endvidere artikel 40, stk. 1 i Folkeretskommissionens 'Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts' (vedtaget af FN's Generalforsamling ved resolution 56/83 i december 2001). Om forholdet mellem artikel 40, stk. 1 og traktatretskonventionens artikel 53, 2. pkt., se Crawford, s. 153.

⁶⁵ Spiermann (2005), s. 124.

A treaty is void if it conflicts with a peremptory norm of general international law from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.⁶⁶

Under Wienerkongressen tilføjedes bl.a. formuleringen ... *accepted and recognized by the international community of States as a whole*. Bestemmelsen fik således først sin udtrykkelige positivistiske forankring i 11. time⁶⁷ – indtil da havde Folkeretskommissionen under arbejdet med bestemmelsen udvist en betydelig åbenhed over for andre kilder til *jus cogens* end den af staterne anlagte praksis og *opinio juris*. Således talte *Hersch Lauterpacht*, som ledede kodifikationsarbejdet fra 1953 til 1954, om (*principles*) *expressive of rules of international morality so cogent that an international tribunal would consider them as forming part of those principles of law generally recognized by civilized nations...*⁶⁸. Henvisningen til internationale moralbegreber vidner om en åbenhed over for naturretlige forestillinger, ifølge hvilke ret ikke alene skabes af menneskelig vilje men tillige eksisterer uafhængig heraf. Den retlige natur af *jus cogens* forblev et diskussionspunkt under Folkeretskommissionens arbejde⁶⁹.

I en naturretlig anskuelse kan frit eksisterende, præceptive normer siges at udgøre en systemkonform del af den samlede retsforståelse. Da retssubjekterne netop ikke antages at kunne skabe og udforme retsreglerne ved egen kraft og vilje, må præceptive normer nødvendigvis eksistere. I kontrast hertil kan spørgsmålet om eksistensen af præceptiv ret i en positivistisk optik siges at ligne det filosofiske spørgsmål om, hvorvidt Gud (her staterne) kan skabe en sten så tung (her *jus cogens*), at han ikke selv kan løfte den⁷⁰. Der kan nævnes eksempler på naturretligt prægede forestillinger om præceptive folkeretsnormer op gennem den moderne folkerets udvikling fra den Westfalske Fred i 1648 og frem til nutiden⁷¹, omend synspunktet efter positivismens afløsning af naturretten som dominerende retsforestilling⁷² tabte terræn. Posivistiske forståelser af *jus cogens* før 1969 lader sig imidlertid også finde⁷³.

Om, og i givet fald i hvilket omfang, den i artikel 53 indeholdte definition var en kodifikation af gældende ret, eller om der tværtimod

⁶⁶ International Law Commission (1963, I), s. 291.

⁶⁷ Hannikainen, s. 166, Rozakis, s. 51. Danilenko taler (på s. 46) om en 'positivization of jus cogens'

⁶⁸ The International Law Commission (1953 II) s. 155.

⁶⁹ The International Law Commission (1953 II) s. 63 ff.

⁷⁰ Koskenniemi (2005), s. 244 - 245. Se endvidere nedenstående afsnit 3.4.1.

⁷¹ Grotius taler om principper så bestandige, at ikke engang Gud kan ændre dem (Grotius, s. 73 - 74). Heffter anså den folkeretlige aftalefrihed for begrænset af det 'sittlich Mögliche' (s. 147). Fiore konstaterer i § 760 i sin kodifikation af folkeretten ugyldigheden af traktater i strid med 'the precepts of morals or universal justice'. Et prægnant eksempel fra mellemkrigstiden findes hos Verdross (1937), navnlig på s. 572. Et nutidigt eksempel på *jus cogens*-normer som drivkraft for en retfærdighedsforestilling findes hos Thürer, s. 572 og s. 578.

⁷² Se om den retshistoriske udvikling fra naturret til positivisme i det 19. århundrede Grewe, navnlig s. 503.

⁷³ Således f.eks. Hall, s. 337 - 338, hvor det bl.a. hedder: '(such principles) *admitted* by modern civilised states as a right which they are bound to respect and which they ought to uphold internationally' (kursivering ved AFH).

var tale om en retlig nyskabelse, kan, i lyset af de sparsomme spor uden for den retsvidenskabelige teori før 1969, ikke afklares endeligt. Det kan imidlertid konstateres, at der med artikel 53 blev tilvejebragt en – omend upraktisk – definition, der har ført til, at næppe nogen stat eller folkeretsjurist i dag anfægter, at *jus cogens* eksisterer⁷⁴. Dermed er konfliktpotentialiet i *jus cogens* imidlertid ikke udryddet. Således er det fortsat vanskeligt at forstå, hvorledes *jus cogens* ud fra en positivistisk opfattelse skulle kunne binde en såkaldt *persistent objector*, som ved traktatretskonventionens tilblivelse effektivt har modsat sig *jus cogens*. Efter læren om *persistent objection* kan en stat med virkning for sig selv modsætte sig at blive bundet af ny sædvaneret, hvis det fra starten tilkendegives utvetydigt, at staten ikke anser sig for bundet af den pågældende norm. Frankrig har ikke tiltrådt traktatretskonventionen og Frankrigs regeringsrepræsentanter tilkendegav endvidere umiskendeligt landets protest mod ikke mindst artikel 53 under Wienerkonferencen i 1969⁷⁵. Med mindre det antages, at artikel 53 er af rent deklatorisk karakter, er det således ikke indlysende, at Frankrig skulle kunne bindes af fænomenet *jus cogens*. Ikke desto mindre går man almindeligvis ud fra, at *jus cogens* udfolder virkninger i forhold til alle stater⁷⁶.

2.2.4. Normer med *jus cogens*-status

I lyset af den herskende uenighed om *jus cogens*' kilde, begrundelse og retsvirkninger er det ikke overraskende, at heller ikke det materielle indhold af *jus cogens* kan indkredses entydigt. Folkeretskommissionen overlod det bevidst til staterne at give den generelle definition i traktatretskonventionens artikel 53 et konkret indhold⁷⁷. Under Wienerkongressen blev en række eksempler på mulige *jus cogens*-normer diskuteret, af hvilke især magtanvendelsesforbuddet⁷⁸ opnåede tilslutning⁷⁹.

I praksis er identifikationen af *jus cogens*-normer gennem en sammenligning af den af staterne udviste adfærd og kriterierne i artikel 53 – en regel tilhørende den almindelige folkeret, som er anerkendt af det internationale samfund i sin helhed, og fra hvilken ingen afvigelse accepteres – mildt sagt svær at håndtere. *James Crawford*, som 1998 – 2001 forestod Folkeretskommissionens kodifikation af reglerne for statsansvar, nævner bl.a. forbuddene mod aggression, folkemord, slaveri, racediskrimination samt tortur som eksempler på normer, der utvivlsomt besidder *jus cogens*-status⁸⁰. Disse eksempler lader ane, at der dels består en nær indholdsmæssig sammenhæng mellem *jus cogens*-normer og menneskeretlige normer, dels at ikke enhver menne-

⁷⁴ Hannikainen, s. 203 samt Kadelbach, s. 128.

⁷⁵ Frei, s. 22 samt s. 28 – 29.

⁷⁶ Danilenko, s. 50 – 51, Frei, s. 28 ff. og s. 141 ff.

⁷⁷ International Law Commission (1966, I), s. 40 (para. 55)

⁷⁸ Sml. FN-pagten, artikel 2, stk. 4.

⁷⁹ Hannikainen, s. 178.

⁸⁰ Crawford, s. 188. Se om artiklerne ovenstående note 64.

skeretlig norm også automatisk er en *jus cogens*-norm⁸¹. En indkredsning af normer, der besidder *jus cogens*-status er en omfattende opgave⁸², og i det hele taget forekommer det rammende, med *Alexidze* at konstatere, at *every author suggests his own approach to the identification of a rule having a jus cogens character*⁸³. Da den foreliggende afhandling frem for alt interesserer sig for *interaktionen* mellem *jus cogens* og statsimmunitet, vil spørgsmålet om enkelte normers *jus cogens*-status ikke blive underkastet en særskilt undersøgelse. Således vil det i det følgende blive lagt til grund, at f.eks. torturforbuddet i gældende ret har status af *jus cogens*⁸⁴.

2.2.5. Begrebet *erga omnes*

Med konstateringen af at eksistensen af *jus cogens* – omend med en vifte af forskellige begrundelser og udlægninger – anerkendes af langt størstedelen af folkeretsvidenskaben, rejser sig spørgsmålet om, hvorvidt folkeretten kender til adækvate retlige reaktioner på *jus cogens*-krænkelser⁸⁵. En *jus cogens*-krænkelser kan – som enhver anden folkeretskrænkelser – indbringes for ICJ i Haag inden for rammerne af Domstolsstatutten. En væsentlig begrænsning udgøres i denne sammenhæng af den kendsgerning, at ICJ's kompetence forudsætter samtykke fra alle implicerede parter⁸⁶.

I afgørelsen *Barcelona Traction* nævnte ICJ i et *obiter dictum* for første gang en kategori af folkeretlige forpligtelser, som – til forskel fra almindelige forpligtelser – skal svares over for det internationale samfund i sin helhed⁸⁷. Med formuleringer med stærke associationer til traktatretskonventionens artikel 53 udtalte ICJ, at samtlige stater har en retlig interesse i overholdelsen af *erga omnes*-normer. Begrebet *erga omnes*⁸⁸ er imidlertid omgæret af den samme mystik som *jus cogens*. Det antages almindeligvis, at samtlige *jus cogens*-normer tillige er *erga omnes*-normer, mens det modsatte ikke nødvendigvis er tilfældet⁸⁹.

ICJ har i sin retspraksis efter *Barcelona Traction* gang på gang indskrænket det retlige udfoldelsesrum for *erga omnes*-begrebet⁹⁰. Senest fastslog den i *Congo v. Rwanda*, at *... the mere fact that rights and obligations erga omnes may be at issue in a dispute would not give the Court jurisdiction to entertain that dispute*⁹¹. Umiddelbart herefter hed det, at heller ikke det faktum, at en *jus cogens*-norm er tangeret, kan medføre, at ICJ kan udvide sin jurisdiktion ud over det af parterne

⁸¹ Se f.eks. 'Restatement (third) the Foreign Relations Law of the United States', American Law Institute (1987), Vol. 2, 161, § 702 (n) samt Vitzhum, s. 12, note 28.

⁸² Sml. hertil omfanget af den hos Hannikainen foretagne undersøgelse.

⁸³ Alexidze, s. 259.

⁸⁴ Torturforbuddet har hjemmel i såvel skreven som uskreven folkeret. Se hertil de Wet.

⁸⁵ Frei, s. 51.

⁸⁶ Domstolsstatutten, artikel 36.

⁸⁷ *Barcelona Traction*, s. 32 (para. 33)

⁸⁸ „Over for alle“

⁸⁹ Sml. Vitzhum, s. 64, para. 126 m. noter.

⁹⁰ Frei, s. 48 - 51.

⁹¹ *Congo v. Rwanda*, s. 26 - 27 (para. 64).

forudsatte. Den af ICJ anlagte retspraksis driver *erga omnes* tilbage i retning af udgangssituationen i tiden før *Barcelona Traction* – i ”den traditionelle bilateralismes processuelle ubarmhjertighed”⁹².

2.2.6. Analyse: *Jus cogens* som folkerettens *ordre public*?

I dag, knap 40 år efter tilblivelsen af traktatretskonventionens artikel 53, er *jus cogens*' indhold og praktiske betydning stadig diffust og u håndgribeligt - *the mystery of jus cogens remains a mystery*⁹³. En del af retsvidenskaben har forsøgt at afhjælpe denne usikkerhed gennem sammenligninger af *jus cogens* med klarere definerede juridiske begreber, herunder med retlige fænomener fra nationale retssystemer. *Alexander Orakhelashvili* er et eksempel på en teoretiker, som benytter sig af en sådan argumentationsstruktur. *Orakhelashvili* opfatter *jus cogens* som normer, der skal sikre den fundamentale offentlige orden i det internationale samfund, som folkerettens *ordre public*⁹⁴. I artiklen *Why the House of Lords Got It Wrong*⁹⁵ tager *Orakhelashvili* stilling til den engelske afgørelse *Jones* afsagt af *The House of Lords* i 2006, i hvilken Saudi-Arabiens statsimmunitet blev opretholdt i forbindelse med et civilt søgsmål med påstand om tilkendelse af skadeserstatning og erstatning for svie og smerte som følge af torturhandlinger, der angiveligt⁹⁶ fandt sted i Saudi-Arabien og kunne tilregnes staten. *Orakhelashvili* er af den opfattelse, at *Jones*-afgørelsen er at betragte som ...*the classical illustration of breach of jus cogens through granting immunity for torture*⁹⁷. I det følgende skal det undersøges nærmere, med hvilken *jus cogens*-forståelse *Orakhelashvili* når frem til dette – drastiske – resultat.

a. Sammenligningens tilladelighed

Anskueliggørelsen af *jus cogens* som folkerettens *ordre public* – som det yderste bolværk til beskyttelse af verdensfællesskabets orden og sameksistens mod handlinger som folkemord, aggression og tortur – giver i et samfundshistorisk perspektiv god mening. *Jus cogens* holdt sit indtog i den skrevne folkeret i kølvandet på krigsrædsler uden sidestykke hverken før eller siden i historien. Betyder dette imidlertid, at anskueliggørelsen i et snævrere juridisk perspektiv kan gøre os kloge på det retlige fænomen *jus cogens* og dets virkninger? Og kan domestiske analogier til national ret i det hele taget uden videre indgå i folkeretlig argumentation? Det første spørgsmål må besvares med et ja – ret eksisterer ikke i et vakuum og tidligere tiders forsøg på at rense retten for påvirkning fra det omgivende samfund har ikke vist sig succesfulde⁹⁸. Svaret på det andet spørgsmål hænger uløseligt sammen med forståelsen af forholdet mellem national ret og folkeret.

⁹² Simma (1994), s. 298.

⁹³ Sinclair, s. 224.

⁹⁴ Orakhelashvili (2007), s. 963.

⁹⁵ Orakhelashvili (2007).

⁹⁶ Grundet den opretholdt statsimmunitet har der til dags dato ikke fundet nogen domstolsprøvelse af påstanden sted.

⁹⁷ Orakhelashvili (2007), s. 970.

⁹⁸ Sml. Ross, navnlig s. 41 ff. Se for en kritik af Ross og den logiske positivismes projekt Evald/Schaumburg-Müller, s. 61 – 68, navnlig s. 65 ff.

I en positivistisk opfattelse dannes folkeretlige normer alene gennem suveræne og ligeberettigede staters vilje og adfærd. Som i national ret er statens suverænitet således udgangspunktet for normdannelsen. I folkeretten er staten imidlertid ikke kun normdanner, den er tillige *adressat* for de gældende normer. Derigennem består en væsensforskellighed mellem national ret og folkeret, der gør en inddragelse af nationalretlige begreber i folkeretlig argumentation mindre oplagt⁹⁹. En opfattelse, der på denne måde går ud fra eksistensen af to selvstændige systemer kan karakteriseres som dualistisk. Med *Heinrich Triepels* ord kan systemerne sammenlignes med ... *zwei Kreise, die sich höchstens berühren, niemals schneiden*¹⁰⁰. Anderledes forholder det sig, hvis national ret og folkeret grundlæggende anskues som ét system, hvis eksistens bygger på visse almengyldige værdier, interesser og behov¹⁰¹. I den forbindelse betones det internationale samfunds karakter af retssamfund ofte¹⁰². En sådan anskuelse betegnes monistisk. De her udførte skildringer af forholdet mellem national ret og folkeret skitserer yderpositioner – der kan ikke automatisk sættes lighedstegn mellem et positivistisk retssyn og dualisme eller mellem et naturretligt retssyn og monisme.

I sin monografi om *jus cogens*¹⁰³ tager *Orakhelashvili* udgangspunkt i spørgsmålet om, hvilke faktorer, der forlener en *jus cogens*-norm med dens systemafvigende karaktertræk i forhold til øvrige folkeretsnormer. Efter overvejelser om analogier til nationale forfatningsnormer og lovgivningsnormer konkluderes det, at *jus cogens* bedst kan sammenlignes med begrebet *ordre public*¹⁰⁴.

Begrebet *ordre public* eller, på dansk, *offentlig orden* betegner i en del nationale retssystemer lovbestemmelser udformet som general-klausuler, der hjemler forbuds-, ugyldigheds, eller tilsidesættelsesbestemmelser angående forhold, der kan bringe den offentlige orden i fare. Også EU-retten kender til *ordre public*¹⁰⁵. *Ordre public*-bestemmelser forefindes ikke mindst i nationale lovgrundlag, der i privatretlig henseende regulerer interaktionen mellem national ret og fremmed ret, dvs. i international-privatretlige regler. Den internationale privatret er, med undtagelse af enkelte folkeretlige overenskomster, hjemmehørende i national ret¹⁰⁶. International-privatretlig *ordre public* må derfor ikke forveksles med forestillingen om en folkeretlig *ordre public*. Bortset fra visse grænseoverskridende materielretlige reguleringer inden for f.eks. køberetten er international privatret ikke-materiel ”retsansværelsesret”, som har som funktion at udpege det anvendelige retsgrundlag i privatretlige forhold, der har berø-

⁹⁹ Sml. Spiermann (2004), s. 5 ff. og s. 108 - 112.

¹⁰⁰ Triepel, s. 111.

¹⁰¹ Se for et eksempel på en monistisk opfattelse Verdross (1924). Se også Verdross/Simma (§ 91 og 92).

¹⁰² Paulus, s. 89 ff.

¹⁰³ Orakhelashvili (2006)

¹⁰⁴ Orakhelashvili (2006), s. 10 – 11.

¹⁰⁵ Streinz, s. 317 – 318.

¹⁰⁶ Retsområdet er desuden genstand for en betydelig europæisering, der tog fart med EU's erhvervelse af kompetence på området i Amsterdam-traktatens artikel 65.

ring med flere landes ret. En *ordre public*-bestemmelse kan i denne sammenhæng siges at være et retssystems beskyttelse af sig selv mod visse retsfølger, der hidrører fra kontakten med andre retssystemer. Sådanne påvirkninger kan f.eks. udgøres af fremmed rets behandling af spørgsmål som adgang til skilsmisse samt ligestilling mellem kønnene i forhold til arveret og navneret. De nævnte materielle spørgsmål vil i en del retsordener have berøring med garantier på forfatningsniveau.

Men kan folkeretten overhovedet siges at være af en sådan beskaffenhed, at den kan antages at indeholde et fænomen svarende til nationalretlig *ordre public*? Orakhelashvili tager ikke stilling til dette spørgsmål. Han nævner nødvendigheden – *the necessity* – af en folkeretlig *ordre public* og anfører eksempler fra folkeretsvidenskaben, som forud for tilblivelsen af traktatretskonventionens artikel 53 har foretaget sammenligningen mellem *jus cogens* og *ordre public*¹⁰⁷. Dette besvarer dog ikke spørgsmålet om folkerettens beskaffenhed. Eksistensen af et internationalt samfund, som kulturelt er homogent nok til at råde over en samfundsmoral og en samvittighed, er en ordløs forudsætning hos Orakhelashvili. Som følge af en konsekvent jævnføring af national ret og folkeret kan hans opfattelse karakteriseres som monistisk med folkeretsprimat: *a true international public order... has to apply with equal force to acts whether performed on a national or international plane*¹⁰⁸. Som monist er Orakhelashvili dermed i godt selskab af berømte folkeretsjurister som bl.a. Alfred Verdross¹⁰⁹ samt Hersch Lauterpacht¹¹⁰. I forhold til disse adskiller Orakhelashvili sig imidlertid gennem en yderst håndfast anvendelse af nationalretlige dogmatiske begreber på folkeretten. Lauterpacht anvender sammenligningen mellem *jus cogens* og *ordre public* til at illustrere ubestemtigheden af *jus cogens* og slår fast, at anvendelsesområdet ikke er begrænset til klart formulerede regler men tillige kan omfatte *overriding principles of international law*¹¹¹. I sin argumentation konkluderer Orakhelashvili på baggrund af bl.a. dette citat af Lauterpacht, at international *ordre public ... in short... (has) the same conceptual basis as public policies in national legal systems*¹¹². Inddragelsen af Lauterpachts udtalelse som basis for denne konklusion savner enhver dækning i den sammenhæng, udtalelsen er fremsat.

Sammenfattende kan det anføres, at domestiske analogier som sådan er tilladte i folkeretlig argumentation, hvilket også eksplicit fremgår af ordlyden af Domstolsstatuttens artikel 38, stk. 1 c, hvor *general principles of law recognised by civilized nations* nævnes som retskilde. Som ved enhver anden form for juridisk argumentation afhænger en domestisk analogi rækkevidde og lødighed dog af måden, den fremføres på samt af graden af relevans for sammenhængen. Med det-

¹⁰⁷ Orakhelashvili (2006), s. 27 - 31.

¹⁰⁸ Orakhelashvili (2006), s. 31

¹⁰⁹ Verdross (1924).

¹¹⁰ Sml. International Law Commission (1953, II), S. 155 (Hos Orakhelashvili angives fejlagtigt årstallet 1954).

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Orakhelashvili (2006), s. 31.

te for øje skal det nu undersøges nærmere, hvad *Orakhelashvili* mener at kunne slutte ud af jævnføringen af *jus cogens* med *ordre public*.

b. Sammenligningens rækkevidde

Med det formål nærmere at indkredse kendetegnene ved *jus cogens* foretager *Orakhelashvili* en komparativ analyse af *ordre public*-begreber i national ret, herunder i international privatret. Han konkluderer, at begrebet *ordre public* besidder et *inherent rationale and scope*¹¹³. Den folkeretlige *ordre public* omfatter ifølge *Orakhelashvili* ved siden af bl.a. suverænitetetsprincippet *jus cogens* i fuldt omfang¹¹⁴. Der opereres med et vidtfavnende spektrum af *jus cogens*-normer¹¹⁵, hvis gennemgående kendetegn er *the prevailing social and moral attitudes of the community*¹¹⁶. Den væsentligste funktionelle forskel på folkeretlig *ordre public* og den i national ret, herunder i international privatret, eksisterende *ordre public* siges at være, at den folkeretlige *ordre public* ikke fungerer som filter over for fænomener fra fremmede retsordener. Derfor, samt fordi omstændigheder i national ret grundlæggende ikke fritager fra opfyldelsen af folkeretlige forpligtelser, må folkeretlig *ordre public* indrømmes en mere vidtrækkende betydning end nationalretlig *ordre public*¹¹⁷. På grund af den i *ordre public* iboende funktion er skellet mellem positiv ret og naturret ifølge *Orakhelashvili* ikke længere relevant¹¹⁸. I stedet, anføres det, er der med *jus cogens* er tale om en særegen, autonom retskilde blandt folkeretskilderne¹¹⁹.

Når det i tilgift til det allerede anførte tages i betragtning, at retsvirkningen af *ordre public* – og dermed af *jus cogens* – ifølge *Orakhelashvili* ikke er begrænset til et derogationsforbud men tillige omfatter en retlig pligt til positiv virkeliggørelse af det materielle formål med den enkelte *jus cogens*-norm, kan det konstateres, at der her er tale om en *jus cogens*-forståelse, der rækker langt ud over det i traktatretskonventionens artikel 53 forudsatte.

Sammenligningen mellem *jus cogens* og den nationalretligt funderede *ordre public* er ved første øjekast tillokkende – den af *Orakhelashvili* fremhævede nødvendighed af *ordre public* korresponderer med den begrænsning af den statslige handlefrihed, som af mange bliver betragtet som *jus cogens*' fornemste funktion. At sammenligningen fra tid til anden både før og efter 1969 har fundet tilslutning kan imidlertid også meget vel skyldes, at andre folkeretsjurister har anlagt den anden forståelse af *ordre public* end *Orakhelashvili*.

Selvom international-privatretlig *ordre public* i det 19. århundredes europæiske retsordener oprindeligt havde den positive gennemførelse af bestemte nationale retsnormer til formål på bekostning af anvendelsen af fremmed ret, er dette for længst ophørt med at være det væsentlige formål med *ordre public*¹²⁰. Efter en moderne forståelse tjener *or-*

¹¹³ Orakhelashvili (2006), s. 29.

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ Orakhelashvili (2006), s. 50 - 66.

¹¹⁶ Orakhelashvili (2006), s. 49.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Orakhelashvili (2006), s. 38

¹¹⁹ Orakhelashvili (2006), s. 108 ff.

¹²⁰ Von Hoffmann/Thorn, s. 267 ff.

dre public i en international-privatretlig sammenhæng frem for alt beskyttelsen af det enkelte retssystem mod *resultaterne* af en anvendelse af fremmed ret, når disse er utålelige for en i systemet fremherskende retsfølelse. Til forskel fra det af *Orakhelashvili* om tysk international privatret anførte¹²¹, vil *ordre public*-bestemmelsen i Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (herefter EGBGB) artikel 6 således ikke føre til et indgreb over for eksempelvis anvendelsen af en regel, der udelukker arveret for kvindelige efterkommere, hvis disse efterkommere konkret (af andre grunde) ikke er arveberettigede efter tyske regler. Dette kan udtrykkes som et princip om en afstandtagen fra en abstrakt normkontrol til fordel for en konkret kontrol af resultatet af reglens anvendelse¹²². *Orakhelashvilis* opfattelse af *ordre public*-begrebets anvendelighed som hjemmel for positive handlingspligter og for retlig nydannelse er uden støtte i den herskende opfattelse af funktionen af *ordre public*.

c. Konklusion

Det er et åbent spørgsmål, om en folkeretlig *ordre public* efter *Orakhelashvilis* forestillinger kan eksistere, hvis den ikke samtidig indgår i et intimt samspil med en international forfatning, et lovgivningsorgan samt med en verdensoffentlighed, som dertil repræsenterer en sådan samhörighed, at en homogen moral- og retfærdighedsfølelse kan udkrystallisere sig. Et kort blik på den internationale virkelighed er tilstrækkeligt til, at man kan forvise sig om, at sådanne samfundsstrukturer end ikke antydningvis er til stede i nutidens folkeret. *Orakhelashvili* anfører godt nok, at det ikke er bevist, at folkerettens decentraliserede struktur skulle tale imod de af ham påviste *jus cogens*-virkninger¹²³. Dette er imidlertid ikke noget overbevisende argument al den stund, at det er *Orakhelashvili* selv, der må eftervise rigtigheden af sine påstande, da han befinder sig uden for rammerne af traktatrets-konventionens artikel 53. Idet *Orakhelashvili* ikke anser en sådan eftervisning for nødvendig, endsige foretager den, lander han – bevidst eller ubevidst – i en naturretlig position i den videnskabelige debat. Valget mellem naturret og positivisme angår, når det kommer til stykket, intet andet end spørgsmålet om legitimiteten af retten. Er der først enighed om, at noget gælder, eller at et givet retligt fænomen eksisterer, kan valget af retsfilosofisk position ikke tilføre diskussionen yderligere. Også en naturretligt orienteret jurist må imidlertid, hvis han vil se sin opfattelse omsat i praksis, forsøge at vinde gehør for, at hans opfattelse er den rigtige. Slagord som *necessity* – nødvendigheden af at sikre bestemte materielle formål – slår i denne henseende ikke til. *Orakhelashvilis* overordentlig udbyggede domestiske analogi er i fare for at ende på et blindt sidespor i den videnskabelige debat, fordi analogiens forudsætninger i form af et verdenssamfund ud-

¹²¹ Orakhelashvili (2006), s. 13

¹²² Von Hoffmann/Thorn, s. 273. Orakhelashvili henviser i sin argumentation fejlagtigt til EGBGB art. 30. Den relevante norm har siden 1986 befundet sig i EGBGB artikel 6 og har en væsentlig snævrere formulering end den dagældende artikel 30.

¹²³ Orakhelashvili (2006), s. 79.

styret med en kollektivmoral af mange givetvis vil blive betragtet som et rent postulat.

Af disse grunde kan *Orakhelashvilis* forsøg på at opløse værdikonflikten mellem statsimmunitet og individuel menneskeretsbeskyttelse alene ud fra *jus cogens* ikke betegnes som succesfuldt.

2.2.7. Sammenfatning?

Sætter man sig for at ville sammenfatte retstilstanden angående *jus cogens*, vil man finde sig stillet over for en række ubekvemme valg: Begiver man sig ud i en endeløs redegørelse for indholdet af enkeltopfattelser? Sætter man kikkerten for det positivistiske øje for at konstatere, at folkeretten har karakter af et *lassiez faire*-system, som udelukkende består af de skrevne og uskrevne regler, som de suveræne stater er enige om gælder? Eller udbreder man som *Orakhelashvili* formålsorienteret dén forståelse af *jus cogens*, som bedst gør fyldest i en argumentation for et bestemt ideologisk synspunkt? Muligvis beror selve interessen for *jus cogens* på det faktum, at man, som forfatterne *Koskenniemi* og *Frei*, anskuer begrebet som et prægnant symptom på en uheldelig arvelig sygdom, som den moderne folkeret lider af¹²⁴. I så fald er det en oplagt mulighed at udstille skyttegravskrigen om *jus cogens*' retlige natur som den moderne folkerets endegyldige falliterklæring¹²⁵.

På dette sted skal derfor alene fremhæves visse udvalgte omstændigheder af særlig betydning for en analyse af forholdet mellem *jus cogens* og begrebets folkeretlige kontekst. For så vidt angår den retlige legitimitet kan det fastslås, at *jus cogens* såvel før som efter 1969 af betydelige dele af folkeretsvidenskaben anses for at være et naturretligt præget begreb. På den anden side har fremkomsten af traktatretskonventionens artikel 53 skabt grundlag for en *jus cogens*-forståelse på et rent positivistisk grundlag – imidlertid med en definition, der tildeler *jus cogens* så inferior en betydning, at det er nærliggende at betegne definitionen som laveste fællesnævner. Man kan mene, at spørgsmålet om arten af den retlige kilde – naturretligt fænomen eller statspraksis og *opinio juris* – er overflødig, når det internationale samfunds tilslutning i sin helhed foreligger¹²⁶. Hersker der én gang enighed om, at *jus cogens* eksisterer og at visse givne normer har status af *jus cogens*, rummer svaret på spørgsmålet om retskilden ikke yderligere bidrag til klarlæggelsen af det materielle indhold. Den manglende enighed om forståelsen af den retlige natur og virkning af *jus cogens* sætter imidlertid sine spor i vilkårene for den retsvidenskabelige analyse og diskussion, fordi *jus cogens* aldrig foruden en indgående undersøgelse kan accepteres som et gyldigt argument for et bestemt retspolitisk standpunkt.

Dette er muligvis den eneste ubestridelige konsekvens af *jus cogens*' turbulente indtog i den skrevne folkeret for snart 40 år siden.

¹²⁴ Sml. *Frei*, s. 156 ff. samt *Koskenniemi*, f.eks. s. 322 ff.

¹²⁵ Sml. *Frei*, s. 108 ff. og s.122 ff..

¹²⁶ *Simma* (1994), s. 292 og *Spiermann* (2004), s. 2.

3. Retskildedynamisk interaktion mellem statsimmunitet og *jus cogens* – vision eller virkelighed?

3.1. Det folkeretlige retskildesystem

I en undersøgelse af et retssystems kilder er det hensigtsmæssigt at skelne mellem formelle og substantielle kilder¹²⁷.

Domstolsstatuttens artikel 38, stk. 1 omfatter efter sin ordlyd kun ICJ's retsanvendelse men betragtes almindeligvis som en komplet opregning af folkerettens formelle retskilder¹²⁸. Selvom bestemmelsens ordlyd intet røber om de under (a) til (c) nævnte retskilders indbyrdes forhold, er det almindelige udgangspunkt, at kildernes anvendelighed efterprøves i den angivne rækkefølge. Dette gælder imidlertid ikke undtagelsesfrit – således forekommer det, at indholdet af en almindelig retsgrundsætning kan bidrage til at klargøre indholdet af en traktat, ligesom det forekommer, at indholdet af en traktat efter dennes ikrafttrædelse ændres af sædvaneret. Artikel 38, stk. 1 hviler ikke på nogen forudsætning om en streng adskillelse af formelle og substantielle normer¹²⁹. Af denne grund vil en under (a) nævnt traktat i overensstemmelse med traktatretskonventionens artikel 53 være ugyldig, hvis den materielt er i strid med en *jus cogens*-norm.

Et mere ømfindigt spørgsmål end det interne forhold mellem de formelle normer vedrører spørgsmålet om et muligt hierarki mellem de materielle normer. Dette spørgsmål blev frem til de sidste årtier af det forgangne århundrede – såfremt det overhovedet var til diskussion – besvaret benægtende. Den franske folkeretsjurist *Prosper Weil* satte i 1983 fokus på problemstillingen med en skelsættende artikel, som vendte sig mod strømninger, der imødeså etableringen af et normativt retskildehierarki på grundlag af fænomenerne *jus cogens* og *erga omnes*¹³⁰. Selvom *Weil* i sin artikel udtrykte stærk skepsis og alvorlige betænkeligheder ved tanken om et normativt hierarkis betydning for det samlede folkeretssystem, blev forestillingen herom ad denne vej uigenkaldeligt sat på dagsordenen¹³¹. Frem til nu savner eksistensen af et sådant hierarki imidlertid støtte i såvel statspraksis som i folkeretlig teori, omend der fra forskellige sider berettes om udviklingstendenser i denne retning¹³².

3.2. Forholdet mellem statsimmunitet og *jus cogens* i national og international retspraksis

Forestillingen om et substantielt, hierarkisk rangforhold mellem *jus cogens* og den folkeretlige statsimmunitet fandt i 1991 for første gang udtryk i et tankesæt, der senere er blevet sammenfattet under navnet

¹²⁷ Brownlie, s. 3.

¹²⁸ Brownlie, s. 5. Men se Verdross/Simma, s. 323 ff. og Weil, s. 415 - 421.

¹²⁹ Brownlie, *ibid.*

¹³⁰ Weil, s. 423 ff.

¹³¹ Se Shelton, s. 291 ff. for en redegørelse af udviklingen efter Weils artikel.

¹³² de Wet, s. 119 - 120, Shelton, s. 322 - 323, The International Law Commission (1999, Bd. II), s. 172. Se endvidere Koskenniemi (2007), s. 166 ff. samt nedenfor under 3.4.

*The Normative Hierarchy Theory*¹³³. Som reaktion på afgørelsen *Amerada Hess* afsagt af *U.S. Supreme Court* offentliggjorde tre jurastuderende en artikel, som argumenterede for *jus cogens*' hierarkiske overlegenhed i forhold til suverænitet og dermed også til statsimmunitet¹³⁴. Et *jus cogens*-brud, som kan tilregnes en stat, måtte herefter opfattes som et *implied waiver* – et implicit afkald – på statsimmunitet, således, at et amerikansk værning i overensstemmelse med det amerikanske retsgrundlag for ydelsen af statsimmunitet *Foreign Sovereign Immunity Act*¹³⁵ ville være givet¹³⁶. Den i *The Normative Hierarchy Theory* forudsatte hierarkiske relation mellem *jus cogens* og statsimmunitet fik en positiv modtagelse i den amerikanske folkeretsvidenskab og retspraksis, selvom udlægningen af en *jus cogens*-krænkelser som et implicit immunitetsafkald hurtigt kom under kritik¹³⁷. Mens amerikansk retspraksis synes at have lagt sig fast på en restriktiv udlægning af *Foreign Sovereign Immunity Act's* bestemmelser om afkald på statsimmunitet¹³⁸, har *The Normative Hierarchy Theory* i mellemtiden holdt sit indtog på det europæiske kontinent. I 1997 nægtede en græsk domstol i afgørelsen *Prefecture of Voiotia* Tyskland statsimmunitet under et civilt søgsmål om skadeserstatning for handlinger begået af tyske militærenheder under Anden Verdenskrig. I afgørelsen hedder det bl.a., at der med *jus cogens*-krænkelser er tale om implicite immunitetsafkald, at *jus cogens*-krænkelser ikke kan have karakter af *acta jure imperii*, at immunitetsbeskyttelse ikke kan følge af *jus cogens*-krænkelser, fordi dette ville være ensbetydende med at lade en ret vokse ud af en uret, samt at en immunitetsydelse i den givne situation ville være ensbetydende med et medansvar for den skete *jus cogens*-krænkelser¹³⁹. I denne mangfoldighed af begrundelser – hvoraf i hvert fald de første to logisk synes at udelukke hinanden – ses en gennemgående forudsætning om, at der med *jus cogens* er tale om et fænomen af højere rang, der på sit materielle område neutraliserer laverestående normers retsvirkninger. Resultatet af *Prefecture of Voiotia* blev opretholdt gennem samtlige græske retsinstanser, men tvangsfuldbyrdelsen blev forhindret af den græske justitsminister¹⁴⁰.

I 1999 var forholdet mellem *jus cogens* og immunitet atter genstand for en retlig prøvelse – denne gang i strafferetligt regi. Sagen omhandlede det tidligere statsoverhoved for Chile *Auguste Pinochets* strafferetlige personelle immunitet i forbindelse med en udleverings-

¹³³ Betegnelsen anvendes hos Caplan.

¹³⁴ Belsky/Merva/Roth-Arriaza, s. 386 og s. 390 - 391.

¹³⁵ 28 U.S. Code, chapter 97.

¹³⁶ Belsky/Merva/Roth-Arriaza, s. 395 - 401, navnlig s. 396.

¹³⁷ Se afgørelsen *Prinz*, (s. 1147 samt Judge Walds dissens, s. 1179-1184) og afgørelsen *Siderman de Blake*, s. 718. Se endvidere Riemann, s. 409.

¹³⁸ Caplan, s. 767.

¹³⁹ *Prefecture of Voiotia*, s. 766 -767.

¹⁴⁰ Efter udtømmelsen af samtlige nationale klagemuligheder og et fejlslået forsøg på tvangsfuldbyrdelse i Tyskland (afgørelsen *Distomo/BverfG*), endte sagen (nu under navnet *Kalogeropoulou*) for den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Aktuelt forsøges en tvangsfuldbyrdelse af afgørelsen gennemført i Italien. Der er i den forbindelse gjort udlæg i det tyske kulturinstitut *Villa Vigoni* (Kilde: *Süddeutsche Zeitung*, 6. juni 2008). Den med *Prefecture of Voiotia* lagte kurs er ændret i senere græsk retspraksis.

begæring fremsat af Spanien¹⁴¹. Flere af de medvirkende dommere afgav deres udtalelser under en klar forudsætning om en normativ rangorden mellem *jus cogens* og statsimmunitet. Således anførte *Lord Millet* om Chiles forpligtelser efter FN's torturkonvention¹⁴²:

I do not regard it (Chile, AFH) as having thereby waived its immunity. In my opinion there was no immunity to be waived (...) International law cannot be supposed to have established a crime having the character of a *jus cogens* and at the same time to have provided an immunity which is co-extensive with the obligation it seeks to impose.¹⁴³

Resultatet af *Pinochet (No. 3)* – udleveringen til Spanien¹⁴⁴ – blev dog i sidste ende begrundet med Chiles forpligtelser efter Torturkonventionen¹⁴⁵ og ikke med den af *Lord Millet* givne begrundelse. Med afgørelsen *Arrest Warrant* afsagt af ICJ blev der til dels dæmmet op for den efter *Pinochet (No. 3)* opståede usikkerhed angående statsrepræsentanters immunitet i strafferetlig henseende. Et flertal af de medvirkende dommere anså i denne afgørelse en fungerende udenrigsministers immunitet ved nationale domstole for absolut¹⁴⁶.

Efter at forestillingen om et hierarkisk forhold mellem *jus cogens* og immunitet igennem et årti havde bevæget sig som en rød tråd gennem teori og retspraksis, blev problemstillingen igen central i 2001 i afgørelsen *Al-Adsani*. Her kom Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (herefter ECHR) frem til, at den af engelske domstole ydede statsimmunitet til Kuwait i forbindelse med et civilt søgsmål angående skadeserstatning på grundlag af torturhandlinger ikke stred mod Den Europæiske Menneskerettighedskonventions (herefter EMRK) artikel 6 (1) angående retten til en retfærdig rettergang¹⁴⁷. Et blik på udformningen af flertallets begrundelse og af dissenserne afdækker imidlertid, hvor store kvaler problemstillingen angående forholdet mellem *jus cogens* og statsimmunitet voldte de voterende dommere. Således støttede flertallet sit resultat direkte på en differentiering mellem en strafferetlig og en civilretlig kontekst uden at gøre op med forestillingen om et normativt hierarki¹⁴⁸. I strafferetlig henseende lod flertallet dermed følgende *obiter dictum* (som ikke specifikt omhandlede immunitet) afsagt af Det Internationale Krigsforbrydertribunal for Det Tid-

¹⁴¹ *Pinochet (No. 3)*. Sagens oprindelige afgørelse af 25. november 1998 blev efterfølgende ophævet den 15. januar 1999 på grund af mulig inhabilitet. Derefter afsagdes *Pinochet (No. 3)*.

¹⁴² FN's konvention mod tortur og anden grusom, umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf af 10. december 1984.

¹⁴³ *Pinochet (no. 3)*, s. 236 (para. 278).

¹⁴⁴ *Pinochet* blev af sundhedsårsager aldrig udleveret til retsforfølgelse i Spanien men løsladt af de britiske myndigheder den 2. marts 2000.

¹⁴⁵ Se endvidere nedenfor under 3.6.2.

¹⁴⁶ *Arrest Warrant*, para. 54 - 55 samt para. 58.

¹⁴⁷ *Al-Adsani*, para. 66. Konvention til Beskyttelse af Menneskerettigheder og Grundlæggende Frihedsrettigheder. Udfærdiget i Rom, den 4. november 1950.

¹⁴⁸ *Al-Adsani*, *ibid*.

ligere Jugoslavien¹⁴⁹ (herefter ICTY) i afgørelsen *Furundzija* uberrørt¹⁵⁰:

The other major feature of the principle proscribing torture relates to **the hierarchy of rules in the international normative order**. Because of the importance of the values it protects, this principle has evolved into a peremptory norm or *jus cogens*, that is, **a norm that enjoys a higher rank in the international hierarchy** than treaty law and even 'ordinary' customary rules.¹⁵¹

I en fælles dissens bekendte syv dommere sig udtrykkeligt til eksistensen af et af *jus cogens* følgende normativt hierarki samt en deraf følgende fortrængning af statsimmuniteten, hvor der foreligger en *jus cogens*-krænkelser¹⁵². 2004 blev det af en canadisk domstol i afgørelsen *Bouzari* nøgternt slået fast, at Canadas *State Immunity Act*, som ikke hjemler nogen undtagelse for civilklager som følge af torturbeskyldninger, ikke er i strid med gældende folkeret¹⁵³. Den øverste civilretlige instans i Italien *Corte Suprema di Cassazione* nåede samme år i sin afgørelse *Ferrini* på grundlag af afgørelserne *Furundzija* og *Prefecture of Voiotia* frem til, at statsimmuniteten som følge af dennes normative status ikke kan få virkning efter sit indhold, hvor en *jus cogens*-norm er tangeret¹⁵⁴.

I *Jones*-afgørelsen afsagt af *House of Lords* i 2006 konstaterede *Lord Bingham of Cornhill* med følgende citat af *Hazel Fox* fraværet af en normkollision mellem statsimmuniteten og torturforbuddet:

State immunity is a procedural rule going to the jurisdiction of a national court. (...) Arguably, then, there is no substantive content in the procedural plea of State immunity upon which a *jus cogens* mandate can bite": "To produce a conflict with state immunity, it is therefore necessary to show that the prohibition on torture has generated an ancillary procedural rule which, by way of exception to state immunity entitles or perhaps requires states to assume civil jurisdiction over other states in cases in which torture is alleged"¹⁵⁵.

I foråret 2008 var forholdet mellem statsimmunitet og *jus cogens* endnu engang genstand for retlig prøvelse – denne gang i Italien for *Corte Suprema di Cassazione* i forbindelse med civile søgsmål mod Tyskland på grundlag af tvangsarbejde udført under Anden Verdenskrig. Det anførtes udtrykkeligt i afgørelsen, at forbrydelser mod menneskeheden sætter grænser for omfanget af den nationale suverænitets¹⁵⁶.

¹⁴⁹ Oprettet af FN's Sikkerhedsråd ved resolution 808 i februar 1993 under FN-Pagtens kapitel VII til retsforfølgning af personer for krigsforbrydelser begået i det tidligere Jugoslavien.

¹⁵⁰ Al-Adsani, para. 30 og 60.

¹⁵¹ Furundzija, para. 153 (udhævelse ved AFH).

¹⁵² Al-Adsani, Joint Dissenting Opinion (Rozakis et al.) para. 4.

¹⁵³ Bouzari, para. 89.

¹⁵⁴ Ferrini, para. 8, 9 og 9.1.

¹⁵⁵ Jones, para. 24 og 44 – 45. Fox, s. 525.

¹⁵⁶ Corte di Cassazione/29.05.08 s. 14.

3.3. Teoretiske udfordringer

I den skildrede retspraksis synes frem for alt spørgsmålet om indholdet og virkningen af *jus cogens* at have forårsaget vedvarende uklarhed. Først med *Jones*-afgørelsen, der blev afsagt 15 år efter fødslen af *The Normative Hierarchy Theory* blev en normkollision klart og utvetydigt afvist. Forinden havde retten i *Al-Adsani* lagt eksistensen af et hierarki til grund men tillagt spørgsmålets civilretlige kontekst afgørende betydning. Mens forskellene på en civilretlig og en strafferetlig kontekst må tillægges central betydning for undersøgelsen af staternes adfærd og *opinio juris* i identifikationen af folkeretlig sædvaneret angående ydelsen af immunitet¹⁵⁷, er relevansen af en sådan differentiering på ingen måde indlysende, hvis det antages, at der med *jus cogens* er etableret et induktivt fungerende normativt rangforhold inden for den folkeretlige metode, der som sådan medfører laverestående normers ugyldighed. Ikke mindst rejser der sig det spørgsmål, hvordan et sådan hierarki skulle kunne operere ”procesformsbetingsbet”, idet det gør holdt for immunitet i civilretlig henseende og i forbindelse med tvangsfuldbyrdelse¹⁵⁸. *Lord Bingham* refererede i *Jones* et af ham selv foretaget citat af den ovenfor gengivne passage fra *Furundzija* i en tidligere afgørelse, *Lampen-Wolfe*, for efterfølgende at slå fast, at skellet mellem processuel kontekst er af afgørende betydning. Han betonedede i denne forbindelse *obiter dictum*-karakteren af såvel *Furundzija*-passagen som af sit eget citat af denne i *Lampen-Wolfe*¹⁵⁹. Med dette argumentatoriske mesterstykke undgik han en eksplicit stillingtagen til spørgsmålet om eksistensen af et normativt hierarki¹⁶⁰.

Nationale og internationale instansers retspraksis om *jus cogens* og statsimmunitet gennem de sidste knap 20 år demonstrerer, at *jus cogens* indhold og retsvirkninger i den juridiske metode fortsat er underbelyst¹⁶¹. Blev der med *Jones* sat et endegyldigt og fyldestgørende punktum for spekulationerne om en normativ afhængighed mellem *jus cogens* og den omgivende folkeret? Svaret på dette spørgsmål hænger nært sammen med de retlige grundlag for forestillingerne om en sådan afhængighed. Disse grundlag skal nu underkastes en nærmere undersøgelse.

3.4. Jus cogens som reformator af den folkeretlige retskildelære?

3.4.1. Er præceptivitet og hierarkisk overlegenhed det samme?

Koskenniemi synes i et af ham forestået studie i Folkeretskommissionens regi angående folkerettens fragmentering¹⁶² at forudsætte, at verdens stater med fremkomsten af *jus cogens* har tilsluttet sig etablerin-

¹⁵⁷ Rensmann, s. 8, Appelbaum, s. 32.

¹⁵⁸ Sml. dommer Pellonpää's dissens i *Al-Adsani*.

¹⁵⁹ Jones, para. 21.

¹⁶⁰ Se endvidere Lord Hoffmanns omtale af *Furundzija*, Jones para. 51 ff.

¹⁶¹ Rensmann, s. 15 med reference til John Dugard.

¹⁶² Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. Se resolution fra FN's generalforsamling GA-57/21.

gen af et normhierarki¹⁶³. Som allerede anført er dette imidlertid ikke den almindelige opfattelse¹⁶⁴.

I det følgende skal det undersøges, om et derogationsforbud i metodisk henseende nødvendigvis må sidestilles med ranghøjere status. Bl.a. *Orakhelashvili* argumenterer for, at dette er tilfældet, fordi enhver statslig handling i folkeretlig henseende kan siges at indgå i den positive retsdannelse¹⁶⁵. Et sådant synspunkt støtter sig på den opfattelse, at den statslige suverænitet kun effektivt kan begrænses af fænomener, som står over den almindelige ret, og at præceptive folkeretsnormer derfor må være fuldt ud væsensforskellige fra andre folkeretlige normer¹⁶⁶. *Koskenniemi*'s folkeretskritik i værket *From Apology to Utopia* kan siges at bygge på en forståelse af folkeretten som et monistisk system, der med en positivistisk normdannelse forgæves forsøger at tilvejebringe materiel retfærdighed, hvorfor de af folkeretten præsterede løsninger enten vil være udtryk for 'apology' eller 'utopia'¹⁶⁷. Dette ville imidlertid kun være tilfældet, hvis den moderne folkerets normdannelse gennem suveræne staters adfærd og vilje til retlig forpligtelse kunne sidestilles med ren voluntarisme eller selvforpligtelse¹⁶⁸.

Modsætningsforholdet mellem national suverænitet og forpligtende folkeretsnormer opløser sig, hvis det tages i betragtning, at national ret og folkeret udgør to selvstændige retssystemer, i hvilke den nationale suverænitet træder i karakter på forskellige måder¹⁶⁹. En hvilken som helst folkeretsnorm opstår gennem konglomeratet af suveræne staters adfærd og *opinio juris*. Fra og med dette øjeblik er den interne dynamik mellem normerne imidlertid behersket af den folkeretlige metode. Der må således skelnes skarpt mellem *normdannelse* og *normanvendelse*¹⁷⁰.

I metodelæren regulerer den funktionelle side af *jus cogens* – dvs. retsvirkningen af en norms *jus cogens*-karakter i forhold til den omgivende folkeret – gyldighedsspørgsmålet, når to indbyrdes modstridende men i og for sig gyldige folkeretsnormer står over for hinanden. På lignende måde afgør grundsætningen *pacta sunt servanda*¹⁷¹ gyldighedsspørgsmålet mellem ældre og yngre indbyrdes modstridende traktatforpligtelser¹⁷². *Jus cogens* adskiller sig imidlertid fra andre forrangsregler i den folkeretlige metodelære – ved siden af *pacta sunt servanda* også traktatretskonventionens artikel 41, stk. 1 – gennem sin materielle afgrænsning¹⁷³. Denne afgrænsning defineres – alt efter retsfilosofisk anskuelsesvinkel – gennem det internationale samfunds

¹⁶³ Koskenniemi (2007), s. 167 og s. 181 ff.

¹⁶⁴ Se de ovenstående afsnit 2.2.2. og 3.1.

¹⁶⁵ Orakhelashvili (2006), s. 9.

¹⁶⁶ Sml. Orakhelashvili (2006), s. 108 ff.,

¹⁶⁷ Koskenniemi (2005). Se endvidere afsnit 2.2.3. (note 70) ovenfor.

¹⁶⁸ Spiermann (1995), s. 128 ff., van Alebeek, s. 66. Om voluntarisme, Grewe, s. 505 ff.

¹⁶⁹ Spiermann (1995), s. 130 - 133).

¹⁷⁰ Spiermann (1995), s. 163.

¹⁷¹ „Aftaler skal holdes“

¹⁷² Spiermann (1995), s. 206, 207 og s. 214 – 215.

¹⁷³ *Ibid.*, s. 208

samtykke som fastlagt i traktatrets konventionens artikel 53 eller gennem naturretligt prægede kriterier som samvittighed eller moral.

Dermed står det, heller ikke i en positivistisk folkeretsopfattelse, den enkelte stat frit for efter for godt befindende at frigøre sig fra en én gang opstået folkeretlig forpligtelse. Der eksisterer derfor ikke noget modsætningsforhold mellem moderne, positivistisk folkeret og forpligtende folkeretsnormer. Et sådant modsætningsforhold ville kun være givet, hvis staterne i folkeretten besad en suverænitét svarende til den suverænitét, de udøver i intern, national ret, dvs. hvis staterne, som i national ret, var fri for (tvungen) pligtsubjektivitet. På denne baggrund kan det slås fast, at et normhierarki i metodisk forstand ikke er en systemimmanent følge af selve eksistensen af præceptive normer i folkeretten.

3.4.2. *Væsentligheden af en sammenligning med national ret*

Det kunne overvejes, om der med forestillingen om et folkeretligt normhierarki i virkeligheden er tale om en analogi til national ret¹⁷⁴.

I vel samtlige landes retssystemer kan der i mere eller mindre konkret form opstilles et normativt hierarki med udgangspunkt i forfatningen eller i normer, der udfylder en forfatningsretlig funktion. Et sådant normativt hierarki vil ofte bestå af principper (af f.eks. retstatslig, menneskeretlig eller religiøs art) med forfatningsrang. I hvilket omfang hierarkiets legitimitet skyldes princippernes og værdiernes materielle indhold eller selve forbindelsen til forfatningen forbliver en trossag – så længe der hersker enighed om, at der faktisk kan udarbejdes et rangforhold. Som anført af *Hannikainen*, er normer af højere rang kendetegnet ved, at de forlener normer af lavere rang med autoritet og legitimitet¹⁷⁵. Kun på denne måde kan et materielt normhierarki bestå uden at føre til strukturelle selvmodsigelser.

Det ligger i sagens natur, at kun udprægede virkelighedsfjerne og idealistiske monister vil postulere en umiddelbar anvendelighed af en national normstruktur i folkeretten. Sådant argumenterer de teoretikere, der vil påvise eksistensen eller opfordre til etableringen af en hierarkisk normstruktur da heller ikke. I stedet anføres som begrundelse *nødvendigheden* af en sådan struktur¹⁷⁶.

3.4.3. *Et hierarki affødt af nødvendighed?*

Den bærende konstruktion i argumentet om et hierarki på grundlag af nødvendighed synes at være, at folkeretten, for at kunne magte de aktuelle udfordringer materialiseret gennem bl.a. globaliseringen og de menneskeretlige krav om tilvejebringelse af kvalitativt definerede eksistensbetingelser for den enkelte, må indstille sig på strukturelle ændringer, herunder på etableringen af et normativt hierarki¹⁷⁷.

Resultatet af den netop anførte overvejelse har vitale konsekvenser for den rolle og betydning, som tilkommer folkeretsvidenskaben. Går den teoretiske udfordring ud på en hurtig og fleksibel imødekomme

¹⁷⁴ Sml. hertil det ovenstående afsnit 2.2.6.a.

¹⁷⁵ *Hannikainen*, s. 11.

¹⁷⁶ Se *Cassese/Weiler*, s. 96 - 97. Se endvidere *Shelton*, s. 317 - 319 og s. 322 - 323.

¹⁷⁷ Sml. *Cassese/Weiler*, s. 97.

af den virkelige verdens behov, eller skal retsvidenskaben snarere koncentrere sig om, at anskueliggøre de faktiske begivenheder i en retlig kontekst, således at disse begivenheder kan underkastes en retlig kvalifikation? Dette spørgsmål var, i nær sammenhæng med spørgsmålet om et normativt hierarkis eksistens i folkeretten, genstand for intensive diskussioner under to internationale Colloquies i Firenze i 1988¹⁷⁸. Ikke mindst *Falk* gjorde sig med standpunktet ...*that the most appropriate jurisprudence is the one that serves the needs of a particular historical period* til talsmand for en relativistisk forståelse af den folkeretsvidenskabelige opgave¹⁷⁹. I et perspektiv, som det af *Falk* anlagte, tager *Orakhelashvilis* argumentation¹⁸⁰ sig straks langt mere attraktiv ud, end hvad tilfældet er fra en traditionel, folkeretsdogmatisk synsvinkel. *Orakhelashvilis* argumentation synes båret af et dybfølt ønske om, at de i *jus cogens* nedlagte forbud også bør fremmes gennem retlige pligter til positive tiltag til bekæmpelse af tortur, folkemord og andre grusomheder. Det faktum, at en traditionel, folkeretsdogmatisk undersøgelse fører til en forkastelse af *Orakhelashvilis* standpunkt pga. dogmatisk inkonsistens, ville *Falk* vel snarere bebrejde den anvendte undersøgelsesmetode frem for *Orakhelashvili*.

Før man med *Abi-Saab* afviser den eksisterende folkeret som *simply unworkable in today's world*¹⁸¹, bør man imidlertid kaste et kort blik over skulderen for at forvise sig om, hvad man derved forkaster. Man vil herefter som det første konstatere, at allerede den i *Prefecture of Voiotia* og af *Lord Millet* i *Pinochet (No. 3)*¹⁸² forudsatte materielle modsigelsesfrihed i folkeretten beror på en fiktion. En sådan argumentation er forfejlet i en folkeretlig sammenhæng, hvor fraværet af normer med forfatningsrang gør enhver forestilling om en overordnet materiel overensstemmelse mellem de enkelte regler illusorisk. Den folkeretlige metode har som følge af normdannelsen gennem staters praksis og *opinio juris* sit eget funktionsmodus, som er afspejlet i Domstolsstatuttens artikel 38, stk. (1) og i traktatretskonventionen. En vidererækkende indholdssammenhæng mellem de folkeretlige regler er ikke til stede i *the present anarchical condition of the international order*¹⁸³. En afgørende kvalitet ved den nuværende folkeret findes imidlertid i den kendsgerning, at den effektivt fastholder den enkelte stat i en retlig ansvarlighed. Hver stat er på samme tid afsender og modtager af folkeretlige normer. Dette har som konsekvens, at ingen stat i verden kan unddrage sig den folkeretlige normering af sin adfærd. Folkeretten kan dermed tjene som en normativ målestok for statslig adfærd gennem konstateringen af en given adfærds forenelighed med folkeretten. Denne funktion kan folkeretten imidlertid kun varetage, i det omfang den ikke selv er båret af ideologi og politik, fordi dens normerende funktion ellers ville savne enhver retlig legitimitet. Så ville man først for alvor stå tilbage med problemet, at sta-

¹⁷⁸ Cassese/Weiler.

¹⁷⁹ *Ibid.*, s. 140 (Falk).

¹⁸⁰ Sml. afsnit 2.2.6. ovenfor.

¹⁸¹ Cassese/Weiler, s. 96

¹⁸² Se afsnit 3.2. ovenfor.

¹⁸³ Fox, s. 545.

ter, i hvilke tortur og mord hører dagligdagen til – kun – ville kunne kritiseres med henvisning til løsrevne værdiforestillinger og ikke på et legitimt retligt grundlag.

3.4.4. Konklusion

I tilslutning til det netop anførte rejser der sig et filosofisk spørgsmål om, hvorvidt staterne overhovedet har det i deres magt at erstatte den hidtidige folkeret med en forpligtende, værdibaseret retsorden. Flere af de i denne afhandling citerede forfattere – ikke mindst de, der taler om nødvendighed – synes at forudsætte, at staterne besidder en sådan magt.

Det ville være tragisk, om ret og nødvendighed skulle holdes strengt adskilt – til syvende og sidst grunder retten sin eksistens på det faktum, at den udgør et grundlag for en fredelig udvikling og sameksistens mellem mennesker. Ret er altså nødvendig – også folkeret, som varetager de funktioner, som den enkelte stat er uegnet til at løse på egen hånd¹⁸⁴. Det synes i dette perspektiv hverken realistisk, meningsfuldt eller ønskværdigt at tildele *jus cogens* en rolle, som underminerer den øvrige folkeret derigennem, at den af *jus cogens* følgende ugyldighed systematisk breder sig ud over traktatretskonventionens artikel 53. Lige så lidt er der vundet ved at løbe den folkeretlige metode over ende, idet man afkræver den løsninger på problemer, der reelt er af politisk og ikke retlig karakter.

Mens staterne såvel er afsendere som adressater for de folkeretlige normer, må det afvises, at de efter forgodtbefindende skulle kunne omforme den folkeretlige metodelære, når der samtidig holdes fast i den suveræne ligeberettigelse mellem staterne. Retorisk kan man naturligvis efter behag anvende ord som hierarki eller folkeretlig *ordre public* eller, som *Koskenniemi*, udlægge de dømmende instansers inddragelse af *jus cogens* i retsanvendelsen som udtryk for *jus cogens*-normative overlegenhed¹⁸⁵. Måske ville det imidlertid være hensigtsmæssigt at afstå fra en sådan sprogbrug, fordi der derigennem vækkes irrelevante associationer til strukturen af en national retsorden. Endvidere øges risikoen for, at den almindelige folkeretlige normdannelse i form af sædvaneret undergraves¹⁸⁶. Sådan retorik bidrager ikke til forståelsen af fænomenet *jus cogens*.

3.5. Adresseringen af retskildeforholdet i afgørelserne *Al-Adsani* og *Jones*

Repræsentativt for den eksisterende retspraksis angående forholdet mellem statsimmunitet og *jus cogens* kan argumentationsstrukturen i afgørelserne *Al-Adsani* og *Jones* nu diskuteres i forhold til de netop vundne erkendelser.

Modsætningsforholdet mellem et autonomt fungerende normhierarki og den traditionelle folkeretlige normdannelse genspejler sig i *Al-Adsani* i flertalsbegrundelsens argumentatoriske splittelse mellem

¹⁸⁴ Spiermann (2004), s. 5 ff. og s. 55 ff. Se endvidere ovenstående afsnit 2.1.4.b.

¹⁸⁵ Koskenniemi (2007), s. 184 – 188, med reference til bl.a. Furundzija, Pinochet (No. 3) og *Al-Adsani*.

¹⁸⁶ de Wet, s. 118 – 119.

sædvaneret¹⁸⁷ og rangforskel¹⁸⁸. Den problematiske antagelse om eksistensen af et hierarki, som kun sætter sig igennem i strafferetlig, men ikke i civilretlig henseende, har imidlertid udelukkende intellektuel og ikke praktisk betydning, fordi allerede forestillingen om et hierarki på grundlag af *jus cogens* er uden støtte i gældende folkeret. Af denne grund er det udelukkende relevant at konstatere, om der er tale om en normkollision, hvor det af *jus cogens* følgende derogationsforbud griber ind. En sådan normkollision konstaterede flertallet i *Al-Adsani* implicit gennem foretagelsen af en prøvelse af forholdsmæssigheden af statsimmunitetens indgreb i retten til adgang til domstolsprøvelse¹⁸⁹. Ad denne vej endte rettens flertal i lighed med rettens mindretal¹⁹⁰ med at forudsætte en normkollision.

I kontrast hertil nøjedes retten i *Jones* med at konstatere, at der ikke var tale om nogen normkollision¹⁹¹. Derved behandlede retten torturforbuddet med status af *jus cogens* på korrekt måde. At retten dertil afstod fra at tage eksplicit stilling til eksistensen af et normativt hierarki er ikke overraskende i lyset af de engelske domstoles pligt til at tage afgørelser afsagt af ECHR, herunder *Al-Adsani*, i betragtning¹⁹². Dette så meget mere, som at spørgsmålet var uden relevans for sagens afgørelse. Indirekte tog retten i *Jones* dog afstand fra forestillingen om et induktivt, autonomt opererende hierarki gennem sin understregning af betydningen af den processuelle kontekst¹⁹³.

Sammenfattende kan det konstateres, at der med *Jones* blev afsagt et præjudikat, som på korrekt vis adresserede forholdet mellem *jus cogens* og statsimmuniteten. Dette bør imidlertid ikke føre til den konklusion, at *jus cogens*, og navnlig de i *jus cogens*-normer nedlagte principper, aldrig kan spille en rolle for anvendelsen af statsimmunitet og de øvrige folkeretlige immuniteter. Før dette uddybes nærmere i afsnit 4.2., skal det imidlertid undersøges, hvordan det forholder sig med udsigterne til fremkomsten af en generel sædvaneretlig immunitetsundtagelse ved civile søgsmål på grundlag af alvorlige menneskerettighedskrænkelser

3.6. Diskussion af udvalgte teoretiske begrundelser for en begrænsning af statsimmuniteten i tilfælde af alvorlige menneskerettighedskrænkelser

Gældende folkeret kender ikke til nogen immunitetsundtagelse ved civile søgsmål begrundet i den omstændighed, at påstanden omhandler alvorlige krænkelser af menneskerettighederne. I strafferetlig henseende tegner der sig derimod i kølvandet af *Pinochet (No. 3)* en tendens i retning af en indskrænkning af ikke mindst tidligere statsrepræsentanters immunitet¹⁹⁴. Endvidere har ICTY antaget, at der ved strafefølgning af internationale forbrydelser ved internationale straffe-

¹⁸⁷ *Al-Adsani*, para. 61 og 66.

¹⁸⁸ *Al-Adsani*, para. 60 og 61.

¹⁸⁹ *Al-Adsani*, para. 53 ff.

¹⁹⁰ *Al-Adsani*, *ibid.* og Joint Dissenting Opinion (Rozakis et al.), para. 3 ff.

¹⁹¹ *Jones*, para. 24 og 44 – 45.

¹⁹² Human Rights Act of 1998, section 2, 1 (a).

¹⁹³ *Jones*, bl.a. i para. 19 ff. og 51 ff.

¹⁹⁴ *Fox*, s. 429 - 433 og s. 441 - 448.

domstole gælder en undtagelse fra enkeltpersoners immuniteter med grundlag i folkeretlig sædvaneret¹⁹⁵. Imidlertid må den i strafferetlige sammenhænge udviste statspraksis og *opinio juris* adskilles fra de i en civilretlig sammenhæng gældende forhold¹⁹⁶.

Den retsvidenskabelige litteratur opviser en bred vifte af forslag til teoretiske begrundelser for en eventuel fremtidig immunitetsundtagelse på grund af alvorlige menneskerettighedskrænkelser. I retspraksis har frem for alt antagelsen om, at visse folkeretsstridige handlinger er at kvalificere som handlinger uden karakter af højhedsakter og derfor bør undtages fra statsimmunitet i medfør af den restriktive immunitetsdoktrin¹⁹⁷, vundet indpas. I teorien spekuleres der endvidere siden *Pinochet (No. 3)* over menneskeretlige traktaters betydning for afkald på immunitet. Nedenfor skal navnlig disse to tilgange undersøges repræsentativt for mulighederne for en fremtidig folkeretlig udvikling.

3.6.1. Anvendeligheden af den restriktive immunitetsdoktrin på tilfælde af alvorlige menneskerettighedskrænkelser

a. Mulige begrundelser for den restriktive immunitet

I den folkeretlige litteratur om statsimmunitet anføres det ofte¹⁹⁸, at den nu herskende restriktive immunitetsdoktrin¹⁹⁹ er resultatet af en udvikling bort fra en tidligere retstilstand behersket af en absolut immunitetsdoktrin. Fra anden side udlægges den absolutte doktrins udbredelse og betydning som langt mere underordnet, og det siges, at den absolutte doktrin navnlig blev anvendt af *common law* praktiserende stater men allerede fra et meget tidligt tidspunkt ophørte med at udgøre en egentlig folkeretlig forpligtelse, der konsekvent afskar nationale domstole fra nogensinde at sidde til dommer over fremmede stater²⁰⁰. Ud fra sidstnævnte forståelse har folkeretten ikke i nyere tid krævet en ydelse af en absolut statsimmunitet, og ydelsen af statsimmunitet i videre omfang end krævet af den restriktive doktrin må, før som nu, betragtes som udslag af enkelte staters egen vilje.

I hvilken grad den restriktive doktrin er resultatet af en kontinuerlig indsnævring af en tidligere tider alment udbredt absolut immunitet eller tværtimod i det væsentlige længe inden det 20. århundrede var gældende ret, har navnlig interesse i en retshistorisk vurdering af, hvorvidt visse retsafgørelser om immunitetsnægtelse i starten af det 20. århundrede var i strid med dagældende folkeret eller ej²⁰¹. En afklaring af den absolutte statsimmunitets retshistoriske tidsfæstelse og karakter af folkeretlig forpligtelse kan derimod næppe siges at udgøre et vigtigt

¹⁹⁵ Antagelsen er på ingen måde uproblematisk, se Uerpman-Witzack, s. 35 ff.

¹⁹⁶ Se ovenstående afsnit 3.5.

¹⁹⁷ Se hertil ovenfor under afsnit 2.1.1.

¹⁹⁸ Se repræsentativt Appelbaum, s. 47 og, om den danske retsudvikling, Germer, s. 25.

¹⁹⁹ Se ovenstående afsnit 2.1.1.

²⁰⁰ van Alebeek, s. 46. I samme retning Spiermann (2004), s. 232 ff. samt, om den danske retsudvikling, s. 234 – 236. Men se Germer, s. 27.

²⁰¹ Se hertil van Alebeek, s. 14 ff. Under den kolde krig påberåbte en række kommunistiske stater sig, anført af Sovjetunionen, absolut immunitet. Se om statsimmunitetens rolle og omfang i en kommunistisk optik Boguslavskij (navnlig s. 14 ff. og s. 168 ff.).

fortolkningsbidrag angående den nugældende folkeretlige immunitetsdoktrins funktion og indhold²⁰². Sådanne fortolkningsbidrag findes i stedet i de funktionelle begrundelser, som har givet doktrinen dens nuværende udformning.

Der kan peges på flere forklaringer på, at et flertal af verdens stater – omend på vidt forskellig måde²⁰³ – på nuværende tidspunkt skelner mellem *acta jure imperii* og *acta jure gestionis* og kun yder statsimmunitet for de førstnævnte handlinger. Ud fra et udgangspunkt i statslige interesser anføres det, at staterne, uden for området for *acta jure imperii*, har indlysende fordele af kunne drages til regnskab i form af retsforfølgelse gennem private, idet staterne derigennem vinder betydeligt i attraktivitet som handels- og kontraktspartnere for privatkontrahenter. I lyset af staternes fredelige sameksistens²⁰⁴ er afgrænsningen således fuldstændig rationel i forhold til intensiteten af den forretningsmæssige interaktion på nationalt og internationalt niveau mellem den offentlige og den private sektor²⁰⁵.

Som en anden katalysator for udbredelsen af den restriktive doktrin peges der på folkerettens til stadighed voksende anerkendelse af enkeltindviders status som bærere af rettigheder og pligter²⁰⁶. Således anførte *Lauterpacht* i 1951, at i der i en tidsalder, i hvilken oplyste samfund efter bedste evne sikrer individers rettigheder over for stater, ikke længere er accept af den uretfærdighed, der følger af en stats ansvarsunddragelse i ly af immuniteten²⁰⁷. I samme retning konkluderede *Carl Aage Nørgaard* i sin doktordisputats fra 1962, at

The efforts in this century for preventing the cruelty and injustice of war (...) and securing human rights and living conditions for everybody (...) have led to development within international law and organization. This development has brought the individual into contact with international law because the life and the living conditions of the individual have become a matter of international concern.²⁰⁸

Sammenfattende begrundes en vifte af forskellige retlige og samfundsmæssige udviklinger den nugældende restriktive immunitets undtagelse af *acta jure gestionis* fra statsimmunitet. Blandt andet må det på baggrund af det anførte konstateres, at de moderne menneskerettigheders opståen og det deraf følgende fokus på staters ansvar for beskyttelsen af enkeltindviders rettigheder har haft betydning for udbredelsen og anerkendelsen af den restriktive immunitetsdoktrin. Spørgsmålet er herefter, hvilken rolle, om nogen, denne sammenhæng

²⁰² Men se Caplan og Orakhelashvili, som på forskellig måde og med forskelligt resultat inddrager den historiske udvikling som belæg for den nugældende doktrins indhold og karakter af retlig forpligtelse. Caplan, s. 753 og Orakhelashvili (2006), s. 322.

²⁰³ Se om afgrænsningen af *acta jure imperii* over for *acta jure gestionis* Fox, s. 272 ff.

²⁰⁴ Spiermann (2004), s. 5 ff. og s. 55 ff. samt ovenfor afsnit 2.1.4.b.

²⁰⁵ Sml. Fox, *ibid.* og Appelbaum, s. 49.

²⁰⁶ van Alebeek, s. 47 ff. og Rensmann, s. 3.

²⁰⁷ Lauterpacht, s. 235.

²⁰⁸ Nørgaard, s. 304.

spiller for statsimmuniteten i den nugældende folkeret og dennes videre udvikling.

b. Doktrinen anvendelighed i forhold til alvorlige menneskerettighedskrænkelser

Den restriktive doktrins anvendelighed som grundlag for en folkeretsmæssig nægtelse af statsimmunitet i sager med alvorlige menneskerettighedskrænkelser som genstand forudsætter, at sådanne menneskerettighedskrænkelser ikke har karakter af *acta jure imperii*. Et nærmere blik på det juridiske grundlag for suveræniteten, hhv. den juridiske kvalifikation af menneskerettighedskrænkende handlinger gør det dog klart, at denne forudsætnings tilstedeværelse er mere end vanskelig at eftervise.

Det synspunkt, at *jus cogens*-normer som sådan begrundet en positiv omsætningspligt og ikke blot en undladelsespligt er allerede afvist²⁰⁹. For forholdet mellem *jus cogens*-normer og suverænitet indebærer dette som anført, at der ikke foreligger nogen normkollision, og at suveræniteten derfor heller ikke sættes ud af spil som følge af *jus cogens*. Endvidere må det, i forlængelse af det allerede i afsnit 3.4. anførte afvises, at suveræniteten og immuniteten viger til fordel for de berørte menneskeretlige normer, som følge af, at folkeretten må holdes fri for indholdsmæssigt divergerende regler. Godt nok følger det af traktatrets konventionens artikel 53 (og uden for traktatretten af gældende folkeretlig sædvaneret), at retsvirkningen af en *jus cogens*-krænkelse er ugyldighed, og at denne ugyldighed efter almindelig juridisk forståelse må medføre, at der ikke kan afledes nogen ret af handlingen. I forhold til en handlingens karakter af *acta jure imperii* er problemet imidlertid, at denne karakter hverken støttes på eller afledes af selve den krænkende handling men derimod af den handlende stats suverænitet som sådan. Af samme årsag kan det heller ikke tages til følge, at en handling skulle kunne miste sin suveræne karakter som følge af retsmisbrug²¹⁰. Ud fra en værdiorienteret anskuelse kan dette siges at være absurd. Denne absurditet kan folkeretten, i fraværet af en autoritativ værdiorden med forfatningsrang, dog ikke afhjælpe.

Endelig skal en argumentationsstruktur nævnes, som specifikt knytter an til den restriktive doktrins skelnen mellem *acta jure imperii* og *acta jure gestionis*. Det anføres således, at i hvert fald visse alvorlige menneskerettighedskrænkelser må kvalificeres som *acta jure gestionis*, eftersom de lige så vel kan foretages af privatpersoner som af stater²¹¹. Som anført af Giegerich er dette imidlertid at stille problemstillingen på hovedet, idet det ikke er gjort med at påvise, at en handling har karakter af *acta jure gestionis*, men at det derimod må kræves påvist, at den ikke har karakter af *acta jure imperii*. Dette følger af, at ydelsen af immunitetsbeskyttelse efter gældende ret er hovedreglen og nægtelse af immunitet er undtagelsen²¹².

²⁰⁹ Se ovenfor afsnit 2.2.6.

²¹⁰ Men se Kokott, s. 148 ff., der sidestiller menneskerettighedskrænkelser med det tyske retsbegreb *Verwirkung*.

²¹¹ Higgins, s. 53.

²¹² Giegerich, s. 224.

Generelt kan en sidestilling af menneskerettighedskrænkelser med kommercielle handlinger siges at forekomme mere end anstrengt. Selv bortset herfra er der dog yderligere problemer forbundet med en generel undtagelse af alvorlige menneskerettighedskrænkelser fra statsimmunitet. Et adelsmærke ved statsimmuniteten under gældende ret er, at den er et rent processuelt retsinstitut, der ikke siger noget om retmæssigheden af den påståede krænkelse – det har derved frem til nu kunnet afvises, at immunitet er at sidestille med ansvarsfrihed. Den restriktive immunitetsdoktrin, som denne er kodificeret i den nye statsimmunitetskonvention²¹³, foreskriver, at subsumtionen af en handling i forhold til ydelsen af statsimmunitet primært skal ske ud fra handlingens natur, men at handlingens formål kan tages i betragtning, når dette følger af parternes aftale eller af forumstatens regler²¹⁴. For handlinger, som en ambassades bestilling af et parti champagne, er konstateringen af transaktionens kommercielle element en neutral vejviser, der intet indikerer om den materielle berettigelse af en eventuel påstand om dom til betaling. Er der i stedet tale om et søgsmål med påstand om erstatning som følge af torturhandling, vil der med ét være sammenfald mellem den omstændighed, der begrundet immunitetsnægtelsen og kernen af den juridiske vurdering af sagens realitet. Om menneskerettighedskrænkelsens formål endvidere efter omstændighederne inddrages ændrer ikke på, at det grundlæggende skel mellem formalitet og realitet i forhold til statsimmuniteten dermed vil være ophævet. En generel statsimmunitetsundtagelse defineret ved selve det påståede retsbrud ville således udgøre en fundamental forandring af den nugældende immunitetsdoktrin og ikke blot en underordnet justering.

c. Konklusion

På baggrund af det anførte må det konstateres, at det ikke er muligt at bortdefinere den suveræne karakter af en given handling alene med henvisning til, at den opfylder et bestemt gerningsindhold af nogle nærmere definerede normer, uden at der derved gøres vold mod præmisserne for den restriktive immunitetsdoktrins grundlag i form af grundsætningen *par in parem non habet imperium*. En sædvaneretlig udvikling i denne retning vil således ikke kunne finde sted, al den stund at denne grundsætning tillige er uløseligt knyttet til folkerettens fundamentale struktur. En fremtidig immunitetsundtagelse for alvorlige menneskerettighedskrænkelser i civilretlige forhold kan herefter kun tænkes etableret ved hjælp af en folkeretlig traktat eller en tillægsprotokol til statsimmunitetskonventionen, hvorved de deltagende stater bi- eller multilateralt giver afkald på deres immunitet i nærmere definerede tilfælde.

Realistisk set er det dog vanskeligt at forestille sig, at nogen stat ville erklære sig villig til at underskrive et sådant dokument.

²¹³ Artikel 10.

²¹⁴ Artikel 2, stk. 2.

3.6.2. Løftelse af en bestående immunitetsbeskyttelse – afkald og modforanstaltning

Alle retsordener tillægger en fremmed stats afkald på statsimmunitet betydning²¹⁵. Imidlertid varierer kravene til et gyldigt afkald fra retsorden til retsorden. Statsimmunitetskonventionen anser et afkald for afgivet, når dette sker udtrykkeligt, når en stat indlader sig på en sag uden at fremsætte formalitetsindsigelser, samt i forhold til modkrav, der fremsættes under en af staten anlagt sag²¹⁶. Som anført i afsnit 3.2. findes der i amerikansk folkeretsteori siden 1990'erne repræsentanter for den opfattelse, at *jus cogens*-krænkelser er at sidestille med implicite immunitetsafkald. Udledningen af en sådan viljeserklæring af en *jus cogens*-krænkelse kan dog næppe betragtes som andet end ren fiktion²¹⁷.

Det kan overvejes, om, og i givet fald i hvilket omfang, stateres forpligtelser i menneskeretstraktater kan begrunde et implicit immunitetsafkald. I afgørelsen *Pinochet (No. 3)* anså en del af de voterende dommere et afkald for foreliggende i konsekvens af Chiles forpligtelser efter FN's torturkonvention²¹⁸. Torturkonventionens regler søger at etablere en universel strafferetlig jurisdiktion²¹⁹ og omfatter gennem sin definition udelukkende handlinger foretaget som led i offentlig embedsudøvelse²²⁰. Traktatstaternes afkald på strafferetlig immunitet for i hvert fald forhenværende statspersoner er således så at sige en forudsætning for, at konventionen kan få virkning efter sit formål. I *Jones* blev det imidlertid sidenhen kategorisk afvist, at forpligtelser efter konventionen kan betragtes som et udtryk for et implicit immunitetsafkald i en civilretlig kontekst²²¹. Med *Jones* indskrænkedes rækkevidden af det i *Pinochet (No. 3)* nåede resultat således til den snævrere mulige.

Endvidere kunne det overvejes, om pligterne efter FN's Konvention om civile og politiske rettigheder²²² berører adgangen til påberåbelse af statsimmunitet i en national civilretlig kontekst. Dette blev afvist i forhold til pagtens artikel 14 i afgørelsen *Bouzari*²²³. Samme resultat er nået af ECHR i forhold til EMRK²²⁴.

Vægtige grunde taler imod en meget liberal udlægning af bestemmelser i menneskeretlige traktater. Målet med sikringen af menneskerettighederne gennem traktater er at formå så mange stater som muligt til at forpligte sig. Ingen folkeretlig regel forhindrer en eksplicit trak-

²¹⁵ Fox, s. 258.

²¹⁶ Artikel 7 - 9 i statsimmunitetskonventionen. Se endvidere Fox, s. 260 -261.

²¹⁷ Således også Caplan, s. 774 og Giegerich, s. 230.

²¹⁸ Antallet af selvstændige domsbegrundelser i *Pinochet (No. 3)* vanskeliggør en generel sammenfatning af grundlaget for det nåede resultat. Se for den dogmatiske udledning af Chiles immunitetsafkald bl.a. Lord Saville i *Pinochet (No. 3)*, s. 218 ff. (para. 265 ff.).

²¹⁹ Artikel 6 - 7 i FN's torturkonvention. Artikel 14 omhandler udelukkende torturhandlinger på eget territorium. Se *Jones*, para. 20

²²⁰ Artikel 1. Lord Bingham of Cornhill i *Jones*, para. 19. Se også *Bouzari* (para. 89).

²²¹ Lord Bingham of Cornhill i *Jones*, para. 19.

²²² Af 19. december 1966. Artikel 2, stk. 3 og artikel 14.

²²³ *Bouzari*, para. 55 - 56. Se også Appelbaum, s. 163 ff.

²²⁴ Appelbaum, s. 168 ff, Giegerich, s. 231 og Fox, s. 539.

tatretlig regulering af immunitetsafkald – derfor synes det egentlige problem at være, at staterne fra første færd mangler beredvillighed til at give afkald på deres immunitet. Afkaldet har således også i denne konstellation en fiktiv dimension²²⁵.

Den under den nuværende retstilstand eneste folkeretsmæssige vej til en forumstats ensidige nægtelse af statsimmunitet ved beskyldninger om alvorlige menneskerettighedskrænkelser følger af reglerne om statsansvar²²⁶. Dette regelsæt²²⁷ tillader under bestemte omstændigheder en stat at anvende modforanstaltninger. Modforanstaltninger kan betragtes som sædvaneretlige instrumenter til lovlig selvtægt, som afspejler fraværet af en central retshåndhævende magt i folkeretten²²⁸. Af artikel 22 i artiklerne om statsansvar følger det, at en forumstats ensidige beslutning om ophævelse af statsimmuniteten ikke udgør et folkeretsbrud, når den er udtryk for en i artikel 49 – 54 beskrevet modforanstaltning. Af flere grunde er nægtelse af statsimmunitet som en folkeretlig modforanstaltning dog problematisk.

For det første er forumstatens adgang til at gøre brug af en modforanstaltning betinget af, at vedkommende stat selv har været udsat for en folkeretskrænkelse²²⁹. I forhold til den her behandlede problematik kunne sådanne krænkelser f.eks. bestå i brud på menneskerettigheder med eller uden *jus cogens*-status samt manglende vilje til kompensati-on af ofrene. Om *erga omnes*-forpligtelser i denne sammenhæng selvstændigt, dvs. uden at disse samtidig udgør bi- eller multilaterale traktatforpligtelser, begrundet en retlig interesse, der giver adgang til anvendelsen af modforanstaltninger, er et uafklaret spørgsmål. I lyset af den for artiklerne 48 og 54 tilgrundliggende forudsætning om, at kun individuelt berørte stater kan anvende modforanstaltninger, må det dog formodentlig afvises, at en forpligtelses karakter af *erga omnes* giver selvstændigt grundlag for anvendelse af modforanstaltninger.

For det andet skal det med modforanstaltningen forfulgte formål, jf. artikel 49, stk. 1, være gennemtvungelsen af en genetablering af en folkeretsmæssig tilstand. Derfor vil begrundelsen for immunitetsnægtelsen stedse være udøvelsen af pres på den fremmede stat frem for sikringen af retligt gehør for ofrene.

Immunitetsnægtelsen skal for det tredje, jf. art. 49, være proportional i art og omfang med den tilgrundliggende folkeretskrænkelse.

For det fjerde forudsætter immunitetsnægtelsen afgivelsen af en forudgående advarsel, og immunitet skal straks ydes på ny, hvis den fremmede stat bringer den folkeretsstridige tilstand til ophør²³⁰.

Sammenfattende kan det konstateres, at den folkeretlige modforanstaltning i forhold til en immunitetsnægtelse på grundlag af alvorlige menneskerettighedskrænkelser udgør et under snævre betingelser folkeretsmæssigt men dog fuldkommen upraktisk retsgrundlag.

²²⁵ Se Lord Goff i Pinochet (No. 3), s. 166 ff. (para. 215 ff.)

²²⁶ Giegerich, s. 231 men, afvisende, Appelbaum, s. 283 – 289.

²²⁷ Se note 64.

²²⁸ Giegerich, s. 232.

²²⁹ Artiklerne om statsansvar, artikel 49, stk. 1

²³⁰ Ibid. artikel 52.

4. Konklusion og perspektivering

4.1. Statsimmunitet for menneskerettighedskrænkelser – et retligt tomrum?

Den foreliggende afhandling ønskede at undersøge problemstillingen angående civile søgsmål mod stater på grundlag af påstande om *jus cogens*-krænkelser.

Denne undersøgelse afdækkede eksorbitante og eksistentielle komplikationer for den moderne folkeret i forbindelse med scenariet om en generel, traktatafhængig undtagelse fra statsimmuniteten i civile sager om alvorlige menneskerettighedskrænkelser. Bl.a. måtte det konstateres, at begrebet *jus cogens* ikke udover derogationsforbuddet udfolder autonomt opererende, induktive virkninger, der overtrumfer statsimmuniteten og suveræniteten, endsige revolutionerer den folkeretlige metodelære. Betyder dette, at folkeretten efterlader ofrene for tortur og andre alvorlige folkeretskrænkelser fuldstændig uden retsskyttelse?

Vender man øjet bort fra statsimmuniteten ved nationale retsinstanser og fra den nationale civilproces, vil man kunne konstatere, at dette ikke er tilfældet. Året 2008 markerer ikke blot tiåret for afsigelsen af den første afgørelse angående Storbritanniens udlevering af *Auguste Pinochet*²³¹ men tillige for skabelsen af Den Internationale Straffedomstol (herefter ICC) gennem Romstatutten²³². Den 14. juli 2008 begærede den ledende anklager ved ICC en arrestordre på det fungerende statsoverhoved for Sudan *Omar al-Bashir* på grundlag af mistanke om ansvar for folkemord, forbrydelser mod menneskeheden og krigsforbrydelser²³³. Endvidere er verdenssamfundet for tiden vidne til indledningen af retsforfølgningen ved ICTY af en af de formentlig hovedansvarlige for blandt andet massakren i Srebrenica i Bosnien i juli 1995, *Radovan Karadzic*²³⁴. Disse begivenheder udgør den foreløbige kulmination på den retlige reaktion på alvorlige folkeretsbrud i form af menneskerettighedskrænkelser.

Torturbeskyldningerne i *Jones*-afgørelsen forblev uprøvede som følge af statsimmuniteten, men vil, såfremt de holder stik, opfylde gerningsindholdet af bestemmelserne i FN's torturkonvention – hvilken Såvel Storbritannien som Saudiarabien har ratificeret – og således sætte Storbritannien i stand til at rejse krav som følge af traktatbrud mod Saudiarabien²³⁵. Den triste realitet er imidlertid, at det langt fra er hovedreglen, at staterne er parate til konsekvent at leve op til opgaven som beskyttere af og garantanter for individuelle rettigheder.

Det er i dette perspektiv ikke mærkeligt, at menneskeretsorganisationer i frustration over det manglende statslige engagement forsøger at bane vejen for civilklager mod stater ved nationale retsinstanser i

²³¹ Se note 141.

²³² Af 17. juli 1998, i kraft fra 1. juli 2002.

²³³ Pressemeddelelse ICC-OTP-20080714-PR341-ENG af 14. juli 2008. Se om immunitetsspørgsmålet for ICC Romstatutens artikel 27 samt Uerpmann-Witzack, s. 36.

²³⁴ IT-95-5/18 Radovan Karadzic.

²³⁵ Bates, s. 78.

kampen for at hjælpe ofrene for menneskerettighedskrænkelser til materiel retfærdighed. Imidlertid indebærer kravet om et civilretligt forum på nationalt niveau uheldigvis samtidig en opfordring til unilateralt at gennemtrumfe den nationale suverænitet på bekostning af den suveræne ligeberettigelse – selvsamme ligeberettigelse, som udgør den vitale forudsætning *sine qua non* for eksistensen og udviklingen af en universel menneskeretsbeskyttelse.

4.2. Suverænitet og menneskeret – forsøg på en genforening²³⁶

Jagten på hårde, gennemgribende og autonomt opererende *jus cogens*-virkninger har på sin vis forledt den videnskabelige debat om de folkeretlige immuniteter til en overbetoning af såvel *jus cogens'* revolutionære egenskaber som suverænitets urørlighed. Derved tabes af syne, at menneskeret og individuel folkeretssubjektivitet for længst er uløselige dele af folkeretten, der omvendt ikke kan eksistere uden folkeretten.

Vedtagelsen af Verdenserklæringen om Menneskerettighederne den 10. december 1948 ved FN's generalforsamling skete i enstemmighed²³⁷. Selvom Verdenserklæringen ikke indeholder håndgribelige retlige forpligtelser²³⁸, er erklæringen på ingen måde uden retlig relevans²³⁹. Læses den i lyset af artikel 55 og 56 i FN-pagten og af eftertidens mangfoldighed af menneskerettighedstraktater, står det klart, at verdens stater – helt og fuldt inden for rammerne af den folkeretlige metode – for bestandig har tildelt menneskerettighederne en rolle, som rækker ud over snævert formulerede traktatforpligtelser. Menneskerettighederne kan siges at udgøre en gennem statspraksis og *opinio juris* legitimeret værdiorden – en værdiorden, som har sin berettigelse og sit krav om iagttagelse inden for rammerne af Domstolsstatutten artikel 38, stk. 1, idet den er et udslag af almindelige retsgrundsætninger²⁴⁰. Man kan efter behag betegne den således etablerede værdiorden som en folkerettens forfatning i materiel forstand²⁴¹, men dette ændrer ikke indholdet af den metodiske udfordring – fastlæggelsen af indholdet og anvendelsen af et bestemt retsbegreb under inddragelse af samtlige relevante retskilder uden forhåndsformodning for en bestemt prioritering af disse.

Det kan indvendes, at almindelige retsgrundsætninger som en folkeretlig retskilde frem til nu har ført en tilbagetrukket tilværelse i retsanvendelsen, og at tilblivelseshistorien for artikel 38, stk. 1 viser, at der med almindelige retsgrundsætninger sigtedes til retsgrundsætninger fra national ret²⁴². Fra forskellige sider er det imidlertid blevet anført, at det ikke er tvingende nødvendigt at underkaste bestemmelsens nutidige indhold en sådan begrænsning²⁴³.

²³⁶ Forfatteren gør opmærksom på, at inspirationen til flere af de i dette afsnit fremsatte synspunkter er fundet hos Rensmann.

²³⁷ 48 Jastemmer, ingen nejstemmer, 8 blanke stemmer.

²³⁸ Verdenserklæringens præambel.

²³⁹ Således også Nørgaard, s. 98.

²⁴⁰ Rensmann, s. 14 og Simma/Alston, s. 102 ff.

²⁴¹ Rensmann, *ibid.*

²⁴² Se hertil Germer, s. 16.

²⁴³ Simma/Alston, s. 102 m. noter.

Med retsfilosoffen *Ronald Dworkin* kan det anføres, at *hard cases*, dvs. sager, hvor løsningen ikke fremgår umiddelbart af det eksisterende retsgrundlag²⁴⁴, må løses under inddragelse af de for retsreglerne til grundliggende principper og de deri indeholdte rettigheder frem for ud fra et ubundet dommerskøn. Retten ophører med andre ord ikke med at eksistere ved grænsen af objektiv konstaterbar ret. Som et eksempel fra dansk ret på en *hard case*, som blev afgjort i overensstemmelse med *Dworkins* retningslinjer kan nævnes U 1965.126 H, hvis resultat, i fraværet af en positiv regulering, blev støttet på almindelige retsgrundsætninger, eller, om man vil, på forholdets natur²⁴⁵.

I det foregående blev det konkluderet, at statsimmuniteten som følge af sin relation til princippet om ligeberettigelse mellem suveræne stater ikke kan antastes, uden at der derved øves vold på samme ligeberettigelse, som er hele folkerettens forudsætning. Dertil kommer, at de folkeretlige immuniteter varetager et funktionelt hensyn til en stats mulighed for at varetage sine affærer i udlandet gennem udsendelse af sit højtstående statspersonel og gennem f.eks. den uforstyrrede etablering og opretholdelse af repræsentationer i form af ambassader. En vanskelig praktisk udfordring, som aktualiserer sig for nationale og internationale retsinstanser, består i afklaringen af det omfang, de folkeretlige immuniteter nødvendigvis må gives, hvis disse hensyn skal sikres.

Som udtrykt af dommerne ved ICJ *Higgins*, *Kooijmans* og *Buerghenthal* i deres samlede dissens til afgørelsen *Arrest Warrant* udspiller der sig i folkeretten (*a*) *battle against impunity*²⁴⁶. Det anføres således, at den omstændighed, at verdenssamfundet i stadigt stigende grad faktisk og retligt tager afstand fra straffrihed fra menneskerettighedskrænkelser, tilsiger, at de folkeretlige immuniteter kan og må reduceres til det af de bærende hensyn bag disse immuniteter krævede²⁴⁷. Antagelsen og udbredelsen af den restriktive immunitetsdoktrin, som undtager kommercielle statshandlinger fra immunitet, kan siges at være udtryk for en lignende reduktion i takt med bl.a. en voksende anerkendelse af enkeltindividets behov for retsbeskyttelse over for stater²⁴⁸.

Flertallet af de voterende dommere i *Arrest Warrant* holdt sig til en konstatering af fraværet af et folkeretligt grundlag for en undtagelse fra fungerende ministres immunitet på grund af anklager om krigsforbrydelser eller forbrydelser mod menneskeheden²⁴⁹. *Higgins*, *Kooijmans* og *Buerghenthal* anlagde en mere differentieret betragtning, som lod såvel immuniteten som menneskeretlige principper komme til orde, uden på forhånd at opstille en rangorden for forholdet mellem disse normer²⁵⁰. Efter at have konstateret, at der ikke forelå et klart retsgrundlag for omfanget af en fungerende udenrigsministers immunitet,

²⁴⁴ Dworkin, s. 144 ff. og Rensmann, *ibid*.

²⁴⁵ Evald/Schaumburg-Müller, s. 142 – 143.

²⁴⁶ *Arrest Warrant*, Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buerghenthal, para. 51.

²⁴⁷ *Arrest Warrant*, Joint Separate Opinion, para. 79, Rensmann, *ibid*.

²⁴⁸ Se ovenfor afsnit 3.6.1.a. samt *Arrest Warrant*, Joint Separate Opinion, para. 72.

²⁴⁹ *Arrest Warrant*, para. 58.

²⁵⁰ *Arrest Warrant*, Joint Separate Opinion, para. 74 og 79 samt Rensmann, S. 13.

foretog de en detaljeret undersøgelse af omfanget af denne immunitet²⁵¹.

Der må grundlæggende sættes spørgsmålstegn ved de tre dommers forudsætningsvise accept af, at alvorlige menneskerettighedskrænkelser som sådan kan tænkes undtaget fra kategorien *acta jure imperii*²⁵². Det skal endvidere understreges, at problemstillingen i *Arrest Warrant* omhandlede strafferetlig immunitet. Omend *the battle against impunity* næppe kan siges kun at angå strafferetlige spørgsmål, ville svarene på de af *Higgins*, *Kooijmans* og *Buergenthal* gjorde overvejelser²⁵³ meget muligt falde anderledes ud i en civilretlig sammenhæng. Dette følger af, at *the battle against impunity* næppe i samme grad stiller krav om økonomisk kompensation til ofrene som om afstraffelse af gerningsmændene. I det hele taget forekommer det berettiget at sige, at der som følge af en betydelig udvikling af den internationale strafferet i disse år finder en udsondring sted mellem de folkeretlige immuniteter, hvor ikke mindst de strafferetlige immuniteter *ratione personae* og *ratione materiae* undergår forvandlinger.

Den af *Higgins*, *Kooijmans* og *Buergenthal* anvendte fremgangsmåde kan ud fra en praktisk betragtning siges at rumme kimen til en betydelig retsusikkerhed. En selvstændig udarbejdelse af grænserne for de berørte folkeretlige immuniteter, herunder statsimmuniteten, i hver retsafgørelse skaber uvægerligt en fare for en retstilstand, hvor den enkelte nationale eller internationale retsinstans trækker grænsen for statsimmuniteten et nyt sted. Dertil kommer, at kompleksiteten af de navnlig for statsimmuniteten tilgrundliggende hensyn stedse udgør en fare for, at disse hensyn miskendes eller ikke tildeles den rette vægt. Afgørelser afsagt efter disse retningslinjer fremmer således næppe i væsentlig grad en mere overskuelig retstilstand angående problemstillingen om immunitet og menneskerettighedskrænkelser. Eftersom alt taler for, at talrige spørgsmål angående de folkeretlige immuniteter også fremover vil materialisere sig som *hard cases* med uklare retsgrundlag, er det imidlertid svært at pege på en enklere fremgangsmåde, som de dømmende instanser kan benytte, hvis det skal undgås, at suveræniteten hhv. menneskeretten ensidigt udbreder sig på bekostning af hinanden.

Men hvilken rolle spiller *jus cogens* i alt dette? *Jus cogens* udfolder for det første, jf. traktatretskonventionens artikel 53, en ugyldighedsvirkning i forhold til modstridende traktat- og sædvaneret, og *jus cogens* er således at betragte som en del af den folkeretlige metode, der regulerer gyldighedsspørgsmålet mellem to i og for sig gyldige normer. *Jus cogens* er dermed ikke en selvstændig retskilde men en metodisk egenskab²⁵⁴. Al strid om den retlig legitimitet af derogationsforbuddet er overflødig, da *jus cogens* kan begrundes i såvel en naturretlig som i en positivistisk terminologi.

For det andet er det materielle indhold af normer med *jus cogens*-status af betydning, idet indholdet i en bredere forstand er udtryk for

²⁵¹ Ibid., para. 80 – 84.

²⁵² Ibid. para. 85. Se endvidere ovenstående afsnit 3.6.1.

²⁵³ Ibid., para. 84 – 85.

²⁵⁴ Spiermann (1995), s. 214.

principper og rettighedsforestillinger. På samme måde som der kan sættes spørgsmålstegn ved den rendyrkede positivistiske natur af de i Domstolsstatuttens artikel 38, stk. 1, (c) nævnte principper²⁵⁵, kan man her berettiget spørge til grænsedragningen mellem positiv ret og naturret. Det bør dog overvejes, om det er ønskværdigt – eller overhovedet muligt – at bortluge ethvert naturretligt begrundet islæt. Med et fra *Abi-Saab* stammende sprogligt billede kan kategorien i artikel 38, stk. 1, (c) inklusive det i *jus cogens*-normerne nedlagte materielle indhold anskues som en æske²⁵⁶. En del af æskens indhold er allerede kendt – for eksempel forbuddene mod tortur, folkemord og forbuddet mod slaveri – men æsken er endnu ikke fuld. Selve æskens eksistens og ubestemtheden af dens indhold umuliggør modsætningsslutninger på grundlag af æskens synlige omgivelser angående dens indhold. Med menneskerettighederne fik æsken en tilføjelse, som endegyldigt markerede et ophør for suveræne staters uindskrænkede magt over deres undergivne enkeltindivider.

Dermed tog revolutionen af forholdet mellem stat og individ allerede fart med Verdenserklæringen i december 1948 og ikke først i 1969 med tilblivelsen af artikel 53.

Citerede domstolsafgørelser

Afgørelse fra Corte Suprema di Cassazione den 29. Mai 2008. Fin-des på internettet på adressen

<http://www.cortedicassazione.it/Notizie/GiurisprudenzaCivile/SezioniUnite/SchedaNews.asp?ID=2117> . *Citatangivelse: Corte di Cassazione/29.05.08*

Al-Adsani v. The United Kingdom - 35763/97 [2001] ECHR 761, dom afsagt af ECHR den 21 November 2001. *Citatangivelse: Al-Adsani*

Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp., dom afsagt af U.S. Supreme Court, 109 S. Ct. 683 (1989). *Citatangivelse: Amerada Hess*

Armed Activities on the Territory of the Congo, Case Concerning (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), dom afsagt af ICJ den 3. Februar 2006. *Citatangivelse: Congo v. Rwanda*

Arrest Warrant of 11 April 2000, Case Concerning the (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), dom afsagt af ICJ den 14. Februar 2002. *Citatangivelse: Arrest Warrant*

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Case Concerning the, (Belgium v. Spain), 2. Phase, dom afsagt af ICJ den 5. Februar 1970. *Citatangivelse: Barcelona Traction*

Ferrini v. Federal Republic of Germany, dom afsagt af Corte di Cassazione (sezioni Unite civili) den 11. marts 2004, Nr. 5044/04, gengivet i International Law Reports, Bd. 128 (2006), s. 659 - 675. *Citatangivelse: Ferrini*

²⁵⁵ Simma/Alston, s. 107 – 108.

²⁵⁶ Cassese/Weiler, s. 96 – 97.

Housang Bouzari v. Islamic Republic of Iran, dom afsagt af Court Of Appeal for Ontario den 30.06.2004. *Citatangivelse: Bouzari*

Holland v. Lampen-Wolfe, dom afsagt af the House of Lords den 20. Juli 2000, gengivet i International Law Reports, Bd. 119 (2002), S. 367 - 385. *Citatangivelse: Lampen-Wolfe*

Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabya AS Saudya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others, UKHL (2006) 26, dom afsagt af the House of Lords. *Citatangivelse: Jones*

Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany, dom afsagt af ECHR den 12. september 2002. Gengivet i International Law Reports, bd. 129 (2007), s. 537 - 555. *Citatangivelse: Kalogeropoulou*

Nicaragua v. United States of America, Case concerning Military and Paramilitary activities in and against Nicaragua, dom afsagt af ICJ den 27. Juni 1986. *Citatangivelse: Nicaragua*

Nichtannahmebeschluss des Bundesverfassungsgericht, Deutschland, 2 BvR 1476/03 afgørelse afsagt den 15.2.2006. *Citatangivelse: Distomo/BverfG*

Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany, dom afsagt af retten i 1. instans, Leivadia, Grækenland den 30. Oktober 1997. Engelsk sammenfatning ved Ileas Bantekas i American Journal of International Law, Bd. 92 (1998), S. 765 - 768. *Citatangivelse: Prefecture of Voiotia*

Prinz v. The Federal Republic of Germany, dom afsagt af U.S. Court of Appeals for the District of Columbia (1994) 26 F.3d 1166. *Citatangivelse: Prinz*

Prosecutor v. Furundzija, dom afsagt af ICTY den 10. december 1998 (trial chamber II), gengivet i International Law Reports, bd. 121 (2002), s. 213 - 303 . *Citatangivelse: Furundzija*

Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte ((No. 3)), , Appeal cases 147. Dom afsagt af the House of Lords den 24. marts 1999, gengivet i International Law Reports, Bd. 119, s. 135 – 247. *Citatangivelse: Pinochet (No. 3)*

Republic of Austria et al. v. Altman, dom afsagt af U. S. Supreme Courts den 7. juni 2004, 124 S.Ct. 2240. *Citatangivelse: Altman*

Siderman de Blake v. The Republic of Argentina, dom afsagt af U.S. Court of Appeals, 9th Circ., 965 F.2d 699 (1992). *Citatangivelse: Siderman de Blake*

S.S. Lotus, the case of the, dom afsagt af den Permanente Internationale Domstol den 7. September 1927, PCIJ Series A No. 10. *Citatangivelse: Lotus*

The Exchange v. McFaddon, dom afsagt af U.S. Supreme Courts 1812, 11 U.S. 7 Cranch 116 . *Citatangivelse: The Schooner Exchange*

U 1965.126 H dom afsagt af Højesteret. *Citatangivelse: U 1965.126 H*

U 1982.1128 H dom afsagt af Højesteret. *Citatangivelse: U 1982.1128*

U 1992.453 H dom afsagt af Højesteret. *Citatangivelse: U 1992.453 H*

Vavarin, dom afsagt af Bundesgerichtshof den 2. november 2006, III ZR 190/05. *Citatangivelse: Vavarin*

Citeret litteratur fra den specielle folkeretslære

Alexidze, Levan: Legal nature of jus cogens in contemporary international law, Recueil des cours, Bd. 172 (III - 1981), s. 219-270. *Citatangivelse: Alexidze*

Appelbaum, Christian: Einschränkungen der Staatenimmunität in Fällen schwerer Menschenrechtsverletzungen, Schriften zum Völkerrecht Bd. 17, Berlin (2007). *Citatangivelse: Appelbaum*

Bankas, Ernest K.: The State Immunity Controversy in International Law, Berlin/Heidelberg (2005). *Citatangivelse: Bankas*

Bates, Ed: State Immunity for Torture, Human Rights Law Review, Bd. 7, Nr. 4 (2007), s. 651 – 680. *Citatangivelse: Bates*

Belsky, Adam C., Merva, Mark & Roth-Arriaza, Naomi: Implied Waiver under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law, California Law Review, Bd. 77, s. 365 – 415. *Citatangivelse: Belsky/Merva/Roth-Arriaza*

Boguslavskij, M. M.: Staatliche Immunität, Berlin (1965). Oversat fra russisk af Wera Rathfelder. *Citatangivelse: Boguslavskij*

Caplan, Lee M.: State Immunity, Human Rights and jus cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory, The American Journal of International Law, Bd. 97, s. 741 - 781 (2003). *Citatangivelse: Caplan*

Cassese, A. & Weiler, J. H. H.: Change and Stability in International Law Making, Berlin/New York (1988). *Citatangivelse: Cassese/Weiler*

Crawford, James R.: The International Law Commission's Articles on State Responsibility - Introduction, Text and Commentaries, Cambridge 2003. *Citatangivelse: Crawford*

Danilenko, Gennady M.: International *jus cogens*: Issues of Law-Making, European Journal of International Law, Bd. 2 (1991), s. 42 - 65. *Citatangivelse: Danilenko*

de Wet, Erika: The Prohibition of Torture as an international Norm of jus cogens and Its Implications for National and Customary Law, European Journal of International Law, Bd. 15 (2004), s. 97 - 121. *Citatangivelse: de Wet*

Fiore, P: International Law Codified, 5. Auflage (1918), title II: Treaties and the Conditions for their Validity, optrykt i American Journal of International Law 1935 (supplement), s. 1212 -1215. *Citatangivelse: Fiore*

Fischer-Lescano, Andreas: Subjektivierung völkerrechtlicher Sekundärregeln, Archiv des Völkerrechts, Bd. 45 (2007), s. 299 - 381. *Citatangivelse: Fischer-Lescano*

Fox, Hazel: The Law of State Immunity, Oxford (2002). *Citatangivelse: Fox*

Frei, Michael: Von einem liberalen zu einem konstruktivistischen Völkerrechtsverständnis - Ein Versuch am Beispiel des Ius cogens, Zürich (2007). *Citatangivelse: Frei*

Giegerich, Thomas: Jus cogens Violations & the Jurisdiction of Foreign Courts, i C. Tomuschat und J.-M. Thouvenin (edt.): The Fundamental Rules of the International Legal Order, Leiden/Boston (2006), s. 203 - 238. *Citatangivelse: Giegerich*

Grewe, Wilhelm G.: The Epochs of International Law, Berlin (2000). *Citatangivelse: Grewe*

Hall, W. A.: A Treatise on International Law, 7. udgave, Oxford (1917). *Citatangivelse: Hall*

Hannikainen, Lauri: Peremptory Norms (jus cogens) in International Law, Helsinki (1988). *Citatangivelse: Hannikainen*

Higgins, Rosalyn: The Role of Domestic Courts in the Enforcement of International Human Rights: The United Kingdom, in B. Conforti & F. Francioni (edt.): Enforcing International Human Rights before Domestic Courts, Den Haag (1997) s. 37 - 59. *Citatangivelse: Higgins*

Kadelbach, Stefan: Zwingendes Völkerrecht, Berlin (1992). *Citatangivelse: Kadelbach*

Kirchmann, J. H.: Des Hugo Grotius drei Bücher über des Recht des Krieges und Frieden (erster Band), Berlin (1869) *Citatangivelse: Grotius*

Kokott, Juliane: Missbrauch und Verwirkung von Souveränitätsrechten bei gravierenden Völkerrechtsverstößen, i: Beyerling, U. (edt): Festschrift für Rudolf Bernhard, Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, Berlin (1995), s. 135 - 151. *Citatangivelse: Kokott*

Koskenniemi, Martti: From Apology to Utopia - The Structure of International Legal Argument, Cambridge University Press, 2. Auflage, 2005. *Citatangivelse: Koskenniemi (2005)*

Koskenniemi, Martti: Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Helsinki (2007). *Citatangivelse: Koskenniemi (2007)*

Lauterpacht, Hersch: The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States, British Yearbook of International Law (1951), Bd. 28, s. 220 - 272. *Citatangivelse: Lauterpacht*

McGregor, Lorna: Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty, European Journal of International Law, Bd. 18 Nr. 5, (2007), s. 903 - 919. *Citatangivelse: McGregor*

Nørgaard, Carl Aage: The Individual in International Law, København (1962). *Citatangivelse: Nørgaard*

Orakhelashvili, Alexander: Peremptory Norms in International Law, Oxford (2006). *Citatangivelse: Orakhelashvili (2006)*

Orakhelashvili, Alexander: Why the House of Lords Got It Wrong, European Journal of International Law, Bd. 18, Nr. 5 (2007), s. 955 - 970. *Citatangivelse: Orakhelashvili (2007)*

Paulus, Andreas L.: Die Internationale Gemeinschaft im Völkerrecht - Eine Untersuchung zur Entwicklung des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung, München (2001). *Citatangivelse: Paulus*

Rensmann, Thilo: The Impact of International Human Rights Law on the Immunity of States and Their Officials, i: Kamminga, M. og

Scheinin (Edt), M.: The Impact of International Human Rights Law on General International Law (Udkommer i nærmeste fremtid ved Oxford University Press). (15 sider). *Citatangivelse: Rensmann*

Riemann, Mathias: A Human Rights Exception to Sovereign Immunity: Some Thoughts on *Princz v. Federal Republic of Germany*, Michigan Journal of International Law, Bd. 16 (1994), s. 403 – 432. *Citatangivelse: Riemann*

Rozakis, Christos L.: The Concept of *JUS COGENS* in the Law of Treaties, Amsterdam (1976). *Citatangivelse: Rozakis*

Sinclair, Ian: The *Vienna Convention* on the law of treaties, 2. udgave, Manchester (1984). *Citatangivelse: Sinclair*

Shelton, Dinah: Normative Hierarchy in International Law, The American Journal of International Law, Bd. 100 (2006), s. 291 - 323. *Citatangivelse: Shelton*

Simma, Bruno: From Bilateralism to Community Interest, Académie de Droit International, Recueil des Cours, Bd. 250 (IV - 1994), s. 221 - 384. *Citatangivelse: Simma (1994)*

Simma, B. und Alston, P.: The sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles, Australian Year Book of International Law 12 (1992), s. 82 - 108. *Citatangivelse: Simma/Alston*

Spiermann, Ole: Enten & Eller - Studier i suverænitetetsbegreber, København (1995). *Citatangivelse: Spiermann (1995)*

Spiermann, Ole: International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice - The Rise of the International Judiciary, Cambridge (2005). *Citatangivelse: Spiermann (2005)*

Suy, Erik: The Concept of jus cogens in Public International Law, Lagonissi Conference of International Law, 3. - 8. April 1966, Papers and Proceedings, Nr. 2, s. 17 - 77. *Citatangivelse: Suy*

Thürer, Daniel: Modernes Völkerrecht: Ein System im Wandel und Wachstum - Gerechtigkeitsgedanken als Kraft der Veränderung, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Nr. 60 (2000), s. 557 - 604. *Citatangivelse: Thürer*

Uerpmann-Witzack, Robert: Immunität vor internationalen Strafgerichten, Archiv des Völkerrechts, Nr. 44 (2006), s. 33 - 56. *Citatangivelse: Uerpmann-Witzack*

van Alebeek, Rosanne: The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law, Oxford (2008), *Citatangivelse: van Alebeek*

Verdross, Alfred: Forbidden Treaties in International Law, American Journal of International Law, Bd. 31 (1937), s. 571 - 577. *Citatangivelse: Verdross (1937)*

Verdross, Alfred: jus dispositivum and jus cogens in International Law, American Journal of International Law, Bd. 60 (1966), s. 55 - 63. *Citatangivelse: Verdross (1966)*

Weil, Prosper: Towards Relative Normativity in International Law? The American Journal of International Law, Bd. 77 (1983), s. 413 - 442. *Citatangivelse: Weil*

Citeret litteratur fra den almindelige folkeretslære

Aust, Anthony: Handbook of International Law, Cambridge (2005).

Citatangivelse: Aust

Brownlie, Ian: Principles of International Law, 6. udgave, Oxford (2003). *Citatangivelse: Brownlie*

Germer, Peter: Indledning til folkeretten, 3. udgave, København (2004). *Citatangivelse: Germer*

Heffter, A. W.: Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart, Berlin (1844). *Citatangivelse: Heffter*

Graf Vitzthum, Wolfgang (red.): Völkerrecht, 4. udgave, Berlin (2007). *Citatangivelse: Vitzthum*

Schwarzenberger, Georg: A Manual of International Law, 5. udgave, London (1967). *Citatangivelse: Schwarzenberger*

Spiermann, Ole: Moderne Folkeret, 2. omarbejdede udgave, København (2004). *Citatangivelse: Spiermann (2004)*

Triepel, Heinrich: Völkerrecht und Landesrecht, Leipzig (1899). *Citatangivelse: Triepel*

Verdross, Alfred: Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung, Tübingen (1924). *Citatangivelse: Verdross (1924)*

Verdross, A & Simma, B.: Universelles Völkerrecht - Theorie und Praxis, 3. udgave, Berlin (1984). *Citatangivelse: Verdross/Simma*

Citeret litteratur fra den øvrige retsvidenskab

Dworkin, Ronald: Bürgerrechte ernst genommen (übersetzt von Ursula Wolf), Frankfurt am Main (1984). *Citatangivelse: Dworkin*

Evald, Jens & Schaumburg-Müller, Sten: Retsfilosofi, Retsvidenskab og Retskildelære, København (2004). *Citatangivelse: Evald/Schaumburg-Müller*

Ross, Alf: On Law and justice, Berkely and Los Angeles (1959). *Citatangivelse: Ross*

Streinz, Rudolf: Europarecht, 8. völlig neu bearbeitete Auflage, Heidelberg (2008). *Citatangivelse: Streinz*

von Hoffmann, Bernd und Thorn, Karsten: Internationales Privatrecht - einschließlich der Grundzüge des internationalen Zivilverfahrensrechts, 9. Auflage, München (2007). *Citatangivelse: von Hoffmann/Thorn*