



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Susanne Svensson

Traktater och sedvanerättslig
förändring: mot en lösning av
Svalbardkonflikten?

Examensarbete
30 poäng

Lars-Göran Malmberg

Folkrätt

Höstterminen 2007

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
1 INLEDNING	3
1.1 Frågeställning	5
1.2 Metod	5
1.3 Källor och litteratur	5
1.4 Disposition	5
2 GÄLLANDE FOLKRÄTT PÅ OMRÅDET	7
2.1 Artikel 38 i Internationella domstolens stadga	7
2.2 Om sedvanerätt	8
2.2.1 Tillkomsten av sedvanerättsliga regler	9
2.2.1.1 Statspraxis	10
2.2.1.2 Opinio juris	10
2.2.2 Särskild sedvanerätt	11
2.3 Om traktater	11
2.3.1 Traktatstolkning	12
2.3.1.1 Lex Specialis eller Lex Posterior	14
2.3.1.2 Intertemporal rätt	15
2.3.2 Modifikation av traktater	16
2.3.3 Upphörande av traktater	18
2.3.3.1 Desuetude	19
2.3.3.2 Rebus sic stantibus	20
2.4 Sammanfattning	22
3 TIDIGARE KONFLIKTER INOM OMRÅDET	23
3.1 Regler inom området	23
3.1.1 Havsrättens utveckling	23
3.1.2 International Law Commissions arbete på området	24
3.2 Staters praxis på området	26
3.2.1 Treaty of Portsmouth	26
3.2.2 Faroe Island and Iceland Convention	27
3.2.3 London Fisheries Convention	28
3.2.4 Dispyt mellan Marocko och Spanien	28
3.2.5 Reglering i kanadensiska vatten	28
3.2.6 Spanskt fiske i den Europeiska Gemenskapens vatten	29
3.2.7 Implicerad praxis	29

3.3 Avgörande av Tribunaler	30
3.3.1 The Fisheries Jurisdiction case	30
3.3.2 Continental Shelf Arbitration	31
3.3.3 Spanish Fisheries Case	32
3.3.4 Le Bretange Arbitration	32
3.3.5 Guinea- Bissau/Senegal Maritime Boundary Arbitration	32
3.3.6 Implicerad praxis	33
3.4 Sammanfattning	33
4 SVALBARDTRAKTATEN	35
4.1 Ögruppen Svalbard	35
4.2 Traktatens historiska bakgrund	35
4.3 Traktatens syfte och innehåll	37
4.3.1 Syfte	37
4.3.2 Innehåll	38
4.4 Den traktasträttsliga problematiken	40
4.5 Lösningar	41
4.5.1 Svalbardtraktaten – konflikten hypotetiskt löst av parterna själva	42
4.5.2 Svalbardtraktaten – konflikten hypotetiskt löst av tredje part	44
4.6 Sammanfattning	47
5 AVSLUTNING	48
BILAGA A	50
BILAGA B	51
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	58
INTERNETKÄLLOR	60

Summary

Within international law, treaty law and customary law are seen as equal elements and therefore neither one is supposed to have precedence over the other. There is neither a rule regulating a conflict between these two sources of law, nor a conform praxis regarding the subject. Attempts to establish and clarify a rule which could regulate this area has been made by the International Law Commission at several occasions, but none of the proposed suggestions have gathered enough support to become a legitimate rule. This area has therefore been left unregulated, open to speculations and unsanctioned unilateral actions by states.

Due to the unregulated state of this subject, the states and the courts dealing with these kinds of conflicts have developed their own bases of solid custom to rely on. The custom developed by states in their relation to each other and the custom developed by courts and tribunals differ from one another. The practise states have chosen in their dealing with this issue is based on treaty amendment and termination of treaty obligations. They amend or terminate the older treaty to benefit and fall in line with the younger evolving custom. The courts on the other hand have judged in favour of the older treaty regime.

The Treaty of Spitsbergen is an example of this kind of conflict, where treaty law and customary law are to regulate the same subject but with different outcomes. But this specific conflict differs from practice since neither of the parties involved want to amend or terminate the treaty obligations. There is rather a conflict about certain provisions of the treaty, and how these provisions should be interpreted. When the two different customs, state practise and the practise of courts and tribunals, are applied to this conflict, two different solutions to the problem appear.

When conflicts of this kind have been solved unilaterally by the states themselves, the winning part in the conflict has always been the stronger and more dominant part, manifested by great political leverage or by economical power. In this particular case, between Norway and Russia, it is hard to point out the dominant part. The fact that the Norwegian presence in the region is greater and more noticeable than the Russian and that Norway has the sovereignty over the islands nevertheless constitutes good grounds for Norway, according to state practice, to enforce its interpretation of the treaty provisions.

The Norwegian line of interpretations would probably have to stand back for the Russian opinion were the case to be put before an international court or tribunal. In former similar cases, courts and tribunals have considered the intentions of the parties at the time when they concluded the treaty more important than the literal wording of the treaty, and the Russian interpretation of the Svalbard Treaty is based on intention rather than exact wording.

Sammanfattning

Traktatsrätten och sedvanerätten är hierarkiskt likställda element inom internationell rätt och vid en konflikt mellan dessa finns inga regler om vilket av dessa två element som skall ha företräde. Försök har gjorts av International Law Commission att kodifiera en regel som skulle kunna avgöra de tvister som oundvikligen uppstår mellan dessa två rättskällor, men dessa försök har inte vunnit gehör hos världens stater. Området har därför förblivit oreglerat, öppet för spekulationer och unilateralt handlande från staters sida.

Detta har i gengäld givit upphov till en gedigen statspraxis och en likaledes gedigen domstolspraxis. Dessa två olika former av praxis är varandras diametrala motsatser. Det har visat sig att stater mer eller mindre uteslutande väljer att lösa problemet genom modifikation, förändring eller avslutande av den äldre traktaten för att istället följa den yngre sedvanerätt som vuxit fram. Domstolar har å sin sida oftast tolkat traktaten i enlighet med sina regler och därmed funnit att den äldre traktatsregimen skall bestå framför den yngre förändrade sedvanerätten.

Svalbardtraktaten är ett exempel på denna form av konflikt mellan traktatsrätt och sedvanerätt, men skiljer sig från tidigare praxis då ingen av parterna önskar ändra eller avsluta traktaten. Tvisten mellan parterna rör här istället tolkningen kring vissa föreskrifter i traktaten. Appliceras de två olika formerna av hävdvunnen praxis, statspraxis och domstolspraxis, på konflikten, utkristalliserar sig två olika lösningar på problemet.

Om statspraxis skulle ligga till grund för hur konflikten kan lösas är problemet att i denna specifika konflikt har ingen av parterna uppvisat den form av övertag och starkare dominant ställning som i tidigare konflikter varit avgörande för denna unilaterala lösning. Norges närvaro är dock större än Rysslands, och Norge har den rent juridiska överhögheten över ögruppen och styr och administrerar därmed redan de regler som skall gälla. Detta gör att enligt statspraxis skulle Norge ha goda chanser att unilateralt kunna genomdriva sin linje och tolkning av traktaten.

Om domstolspraxis skulle ligga till grund för hur konflikten kan lösas får Norges tolkning av traktaten stå tillbaka för Rysslands tolkning. Det som hitintills varit tongivande vid domstolslösningar är hänsynen till parternas intention vid traktatens ingående och det är partsintentionen snarare än den exakta ordalydelsen i traktaten som ligger till grund för den ryska tolkningen.

1 Inledning

Internationell rätt, eller folkrätt, skiljer sig från de nationella rättssystemen då det inte finns någon församling som stiftar de regelverk som styr stater eller enskildas handlande, eller någon dömande instans som straffar de stater som bryter mot reglerna. Inom folkrätten är det stater som är det främsta rättssubjektet, och det är staterna själva som stiftar de regler de vill ska styra deras handlande och reglera relationer mellan sig. Det är staterna själva som är lagstiftare och domare på en och samma gång. Detta gör folkrätten till ett invecklat och svårnavigerat nät av regler och bestämmelser som inte bara har en rättslig grund utan även en djupare politisk betydelse. Liksom inom den nationella rätten är principen *pacta sunt servanda* själva kärnan. Om staterna inte följde denna princip skulle de existerande rättsreglerna bli omöjliga att applicera, och så fundamentala ting som gränstraktater och statssoveränitet skulle inte längre ha den betydelse eller verkan som de har i dag.

Vid den westfaliska freden 1664 föddes det moderna internationella systemet, som består av autonoma, moderna stater som var och en har exklusiv jurisdiktion inom sitt geografiska område. Det var genom den westfaliska freden som koncepten territoriell suveränitet och principen om nonintervention myntades¹. Det har hänt mycket med suveränitetsbegreppet sedan 1664, även om grunden är densamma. Suveränitetsbegreppet är ett av de mest grundläggande inom internationell rätt. Begreppet är det som ger en stat dess möjlighet att själv besluta om vad som skall gälla inom dess territorium. Det ger staten ensamrätt att stifta lagar och besluta om vilka internationella förbindelser staten vill vara delaktig i. Stater kan genom traktater inskränka sin suveränitet och ge andra stater rättigheter inom dess territorium som inte annars skulle vara möjligt utan att kränka statens suveränitet.

Folkrätten är på intet sätt ett statiskt verktyg med ett permanent regelverk som aldrig förändras. Stater interagerar dagligen med varandra genom t.ex. handelsavtal, konferenser om miljöpåverkan och krig. Bevisen på staters överenskommelser med varandra existerar på två plan, dels genom de mer konkreta, tydliga traktaten där det svart på vitt står vad traktatsparterna är villiga att underkasta sig, dels genom den mer svårtydda sedvanerätten där parternas handlingar får stå ensamma och vara det som avgör vilka regler som gäller mellan parterna. Båda dessa folkrättsliga källor existerar parallellt med varandra och ingen av dem har företräde framför den andra. Traktater kan påverka den sedvanerättsliga utvecklingen samtidigt som sedvanerätten kan påverka traktaternas innehåll.

Outnyttjade resursområden med fisk, olja och naturgas blir allt mer svårtillgängliga och sällsynta vilket resulterar i att sökandet efter dessa tar sig allt mer drastiska uttryck. Platser som tidigare lämnats i fred från exploatering hamnar nu i fokus. De flesta resursområden som finns på land

¹ Stephen D. Krasner, "Compromising Westphalia", *International Security*, Vol.20, No.3, s. 115- 151

har redan tagits i bruk, men det finns ännu orörda områden som potentiellt kan innehålla rikligare fyndigheter av naturgas än de som tidigare exploaterats. Allt eftersom tekniken har utvecklats har jakten på resursfyndigheter sökt sig allt djupare ner i jorden och allt längre bort från land. Havsbottenarna är än så länge en relativt utforskad del av vår planet och det råder inget tvivel om att de största resursfyndigheterna som finns kvar kommer att hittas inom havens område.

Barents Hav och Nordpolen är bara två exempel på platser där intresset för nyttjande av resurser markant har ökat de senaste åren. Barents Hav anses som ett av de sista stora fiskevattnen och Nordpolen med sina smältande isar är en helt utforskad resurs vad det gäller olje- och gasutvinning. Båda dessa områden har tidigare reglerats genom traktater och rättsliga överenskommelser, traktater som än idag är rättsligt bindande för sina parter men som kommit att påverkas av den sedvanerättsliga utvecklingen inom havsrätten.

Traktatsrätten och sedvanerätten existerar i internationell rätt parallellt med varandra. Det råder alltså ingen inbördes hierarki mellan dessa rättskällor. Problem uppstår när en yngre sedvanerättslig regel utvecklas till att reglera ett område som redan är reglerat i en traktat. De båda reglerna kan inte gälla för samma område utan en måste ge vika för den andra. Frågan blir då vilken av reglerna som skall ge vika?

De flesta traktater har klausuler om hur de skall upphöra, antingen genom tidsbundenhet eller genom överenskommelse mellan parterna. Om det saknas sådana klausuler är det tänkt att dessa överenskommelser skall gälla för all framtid, vad som än händer. Parter till traktater kan inte unilateralt bryta överenskommelser utan att detta skall medföra rättsliga konsekvenser: *pacta sunt servanda*.

Om parterna till en traktat är missnöjda med dess innehåll kan de välja att antingen förhandla om traktaten sinsemellan eller att lämna över frågan till en oberoende instans för tolkning. Men för att parterna skall kunna lämna över frågan för tolkning krävs det att samtliga berörda parter är överens om att så skall ske.

En traktat där ovan nämnda utveckling är tydlig, och har vållat konflikter, är Svalbardtraktaten från 1921, som reglerar nyttjandet av resurser runt ögruppen Svalbard i Barents Hav. Den äldre traktatens bestämmelser är fortfarande gällande och rättsligt bindande men det råder en tvist mellan parterna, huvudsakligen mellan Norge och Ryssland, om hur vissa delar av traktaten skall tolkas pga de nya sedvanerättsliga regler som tillkommit inom havsrätten sedan traktaten skrevs. Problemet i tolkningen ligger i hur de nya sedvanerättsliga reglerna om territorialhav och ekonomiska zoner, som även finns kodifierade i United Nations Convention on Law of the Sea (UNCLOS), skall beaktas i förhållande till den äldre traktaten.

1.1 Frågeställning

Min huvudsakliga frågeställning är: hur kan en konflikt mellan en äldre traktat och en yngre sedvanerättslig regel lösas?

I syfte att besvara frågeställningen kommer först ett antal relevanta områden analyseras:

- (a) förhållandet mellan traktatsträtt och sedvanerätt.
- (b) hur tidigare konflikter på området har hanterats med hänvisning till både statspraxis och lösningar av tredje part.
- (c) Svalbardtraktatens bakgrund och den problematik som utgör kärnan av denna konflikt.

Dessa svar kommer därefter användas för att konstruera lösningsalternativ på tvisten genom att ge hypotetiska exempel på hur frågan troligen skulle (a) hanterats av en oberoende instans, och (b) hanterats av parterna själva.

1.2 Metod

Jag har använt mig av klassisk rättsdogmatisk metod för att genom analys av lagtext, praxis, sedvanerätt och doktrin kartlägga den kunskap som finns inom rättområdet samt påvisa hur utvecklingen kan skapa nya problem som får märkbara konsekvenser för rättsutvecklingen. Jag har därefter applicerat de svar jag funnit på Svalbardtraktaten för att kunna utkristallisera två potentiella lösningar.

De förkortningar som förekommer i texten kommer att förklaras löpande.

1.3 Källor och litteratur

Jag har fokuserat på de delar av litteraturen som behandlar havsrättens förändring och utveckling och dess påverkan på äldre traktater. Då det finns både rättsfall och praxis från stater inom området har det varit fullt tillfredsställande att begränsa mitt material till detta område. Jag har i de fall jag använt mig av material från Internet begränsat mig till endast officiella källor för att i så stor utsträckning som möjligt undvika eventuell felaktig och/eller partisk information.

1.4 Disposition

I kapitel två presenteras de olika områden inom folkrätten som är relevanta för min frågeställning. Detta kapitel presenterar kort folkrättens olika källor och de grundläggande begreppen inom traktaträtten och sedvanerätten samt hur de interagerar med varandra. Kapitlet är uppdelat i två större delar, där

den första del kort beskriver de regler som finns inom traktaträtten, hur de kommer till och hur de binder parter. I kapitlets andra del följer en liknade presentation av de regler som styr sedvanerätten.

I kapitel tre analyseras rättsläget. I den första delen av kapitlet förklaras varför det inte finns någon konkret fastslagen regel som hanterar konflikter av detta slag. Därefter, i kapitlets senare del, redogörs för den praxis som finns på området genom exempel dels på hur stater löst dessa konflikter och dels på hur de har hanterats av internationella domstolar.

I kapitel fyra presenteras ett detaljerat exempel på en existerande konflikt på området, nämligen Svalbardtraktaten. I kapitlet ges en redogörelse för hur denna konflikt skulle kunna lösas. I denna redogörelse används de två olika lösningsmodeller som beskrivits i kapitel tre för att påvisa hur utgången skulle kunna bli.

I det sista och avslutande kapitlet presenteras en fortsatt diskussion kring problemet med fokus på dess nuvarande status och eventuellt fortsatt arbete inom området.

2 Gällande folkrätt på området

2.1 Artikel 38 i Internationella domstolens stadga

Internationella Domstolens Stadga artikel 38 är det dokument som pekar ut vilka element som skall anses vara gällande vid en rättsskipning och som dessutom identifierar de olika elementen i folkrätten. Det är ingen uttömmande genomgång av vilka de olika källorna är, utan endast ett reglemente för vilka rättsregler domstolen har att döma efter och ta hänsyn till². Även om stadgan endast är tillämplig på de tvister mellan två eller flera stater som faller inom ramarna för domstolens jurisdiktion, är det en allmän uppfattning i folkrättslitteraturen att artikel 38 (1) återspeglar vad som är allmänt accepterat som källor till folkrätten³.

Artikel 38 innehåller tre källor som domstolen skall tillämpa på en tvist:

- (a) internationella överenskommelser
- (b) internationell sedvanerätt
- (c) allmänna rättsgrundsatser

Artikel 38 ställer inte upp någon hierarkisk ordning som domstolen dömer efter, men enligt praxis har domstolen ändå tagit hänsyn till de olika delarna av artikeln i den ovan nämnda ordningen⁴. Först applicerar domstolen den internationella överenskommelsen (art 38 § 1a), om det finns någon sådan mellan parterna som rör fallet⁵. Finns det ingen existerande traktat, ska sedvana som blivit legalt bindande (art 38 § 1b) träda i dess ställe⁶. Kan domstolen inte identifiera vare sig en giltig traktat eller en existerande sedvana ska den applicera generella principer och rättsregler⁷ inom den internationella rätten (art 38 § 1c), principer och rättsregler som är erkända av alla civiliserade länder⁸. Allmänna rättsgrundsatser är en källa som har givit upphov till diskussion och kritik inom litteraturen. Artikeln är ursprungligen tänkt som en utfyllnadsmöjlighet för domstolen om inte någon av de två tidigare rättskällorna finns att tillämpa, eller om dessa inte räcker till för en tillräckligt underbyggd tolkning mellan parterna⁹.

Artikel 38 § 1d anger slutligen att uttalanden av experter och tidigare domar från domstolen kan användas som en sista utväg¹⁰.

² Shaw, s. 983

³ Linderfalk, kap.2, s. 2

⁴ Akehurst, s. 36

⁵ International Court of Justice Statue, art 38

⁶ ibid.

⁷ Ibid.

⁸ Kraftig kritik har från flera håll framförts mot uttrycket "civilized nations" där stadgan fått kritik för att använda sig av ett förlegat eurocentristiskt språk, och numer är termen "peace-loving nations". Akehurst, *Modern International Law*, s. 48

⁹ Sevastik. 2002, s. 101

¹⁰ Sevastik.1997, s. 88

Enligt artikelns andra del (38 § 2) kan domstolen på parternas begäran gå utanför de rättssystem som dras upp i artikelns första del (38 § 1a-c) och göra en skälighetsbedömning, *ex aequo et bono*¹¹. Detta ger alltså en möjlighet för parterna att kompromissa och förlikas med domstolens hjälp, där ingen av de tidigare i artikeln nämnda rättskällorna används. Detta kan dock endast ske när domstolen av parterna blivit ombedd att göra en sådan bedömning. Hittills har domstolen aldrig avgjort ett fall på det sättet¹². Domstolen kan även göra en skälighetsbedömning *ex officio*, men en skälighetsbedömning använder sig av allmänna rättsgrundsatser och då dömer domstolen efter art 38 § 1c snarare än efter art 38 § 2¹³.

Enligt vissa författare ska traktater ha högre prioritet framför sedvanerättsliga regler¹⁴. Detta är i sig motsägelsefullt då traktater och sedvanerättsliga regler är bindande på samma sätt, d.v.s. ingen av rättsreglerna har högre värde än den andra, eftersom det inte finns något formkrav inom folkrätten. Det enda som är av vikt är parternas rättsbildningsvilja¹⁵.

Den diskussion som förs inom folkrättslitteraturen avseende vilken källa som ska ha prioritet gäller endast traktater och sedvanerätten¹⁶. Det som skulle kunna tala för att traktater har en något högre ställning är att traktater ges en tyngre vikt av domstolen vid fall mellan kolliderande åsikter och rättsregler. Detta kan bero på praktiska skäl. En traktat uttrycker tydligare parternas överenskommelse och hur parterna är bundna av den, och ger en klarare och tydligare grund för en tolkningsoperation än vad en sedvanerättslig regel gör då det finns fler element att ta hänsyn till vid fastställandet av en sedvanerättsligt bindande norm. Men traktater har på intet sätt något automatiskt företräde vid kollision med andra, inte nedskrivna, bestämmelser.

2.2 Om sedvanerätt

Sedvanerättsliga regler är oskriven internationell rätt, baserad på staters praxis, en praxis som är generell och enhetlig och som av stater uppfattas som legalt bindande. Sedvanerättsliga regler binder alla stater utom möjligtvis de stater som konsekvent protesterar mot regeln ifråga. Sedvanerätten är till sin natur konsensuell. På detta sätt skiljer sig sedvanerätt markant från det sätt på vilket stater blir bundna av traktater. En stat som inte uttrycker sitt samtycke antas ha givit det tyst, och är lika bunden av rättsregeln i fråga som om samtycket skulle ha givits

¹¹ *Ex aequo et bono*, att avgöra en tvist jämlikt och samvetsgrant till båda parternas fördel så långt som möjligt.

¹² Akehurst, s. 55

¹³ Sevastik. 2002, s. 110

¹⁴ Akehurst, s. 57

¹⁵ Linderfalk, kap.2, s. 3

¹⁶ Sevastik. 2002, s. 113

uttryckligen¹⁷. Sedvanerättsliga regler är generella och uttrycker inte viljan hos en specifik stat, utan på vilket sätt en viss grupp av stater handlar i relation till varandra inom ett visst rättsområde. Det finns två huvudsakliga former av sedvanerättsliga regler: generella universella sedvanerättsliga regler och mer specifika regionala sedvanerättsliga regler. Den generella sedvanerätten tillåter avsteg till förmån för de mer specifika regionala sedvanerättsliga reglerna för de stater som brukar dessa i relation till varandra. Den mer specifika regeln gäller endast mellan de stater som brukar den *inter se*, medan den generella sedvanerätten gäller mellan dessa och de stater som står utanför området den speciella regionala sedvanerätten berör. Den generella sedvanerätten kan ses som en grund i vilken stater tar avstamp både när speciell sedvanerätt uppkommer i vissa regioner och när de ingår traktater med varandra¹⁸.

2.2.1 Tillkomsten av sedvanerättsliga regler

I Internationella Domstolens stadgar definieras sedvanerätt som "evidence of general practice accepted as law"¹⁹. Enligt artikeln finns det två krav som skall vara uppfyllda för att en sedvanerättslig rättsregel ska ha uppkommit: statspraxis och *opinio juris*.

En sedvanerättslig regel kommer till genom ett antal unilaterala handlingar i en sammanhängande process. En stat tar initiativet att handla på ett visst sätt och detta får till följd att andra stater följer efter och handlar på samma sätt. När detta handlingsmönster pågått en tid och blivit allmänt och till viss del omfattande, uppkommer *opinio juris* och sedvanan förvandlas då till en etablerad sedvanerättslig regel. När *opinio juris* uppstår och en sedvana börjar betraktas som en rättsregel är svårt att säga. Detta sker successivt och det exakta ögonblicket är nästan omöjligt att fastställa. Flera författare har givit sig på att försöka utkristallisera ögonblicket när detta sker, och Krigis har beskrivit processen som en "glidande skala"²⁰. Dock skriver Sevastik att Krigis skala förutsätter att *opinio juris* kan fastställas otvetydigt och att detta kan göras om man tar hjälp av Mendelsons tes. Mendelsons tes säger att det endast är det objektiva rekvisitet som gör sig gällande i den sedvanerättsliga processen, dvs "väl vald och ackumulerad praxis"²¹.

Sedvanerätten som process är i ständig rörelse och varje handling som sammanfaller med en utkristalliserad praxis stödjer denna medan varje handling som går emot den etablerade praxisen försvagar och underminerar dess möjlighet att bli annat än en sedvana²².

¹⁷ Sevastik. 2002, s. 121

¹⁸ Kontou, s 2f

¹⁹ Internationall Court of Justices statue, art 38.

²⁰ Sevastik. 2002, s. 122

²¹ *ibid*, s. 202f

²² *ibid*, s. 123

2.2.1.1 Statspraxis

Statspraxis anses relevant om den är generell och konsekvent. Statspraxis anses generell om den är tillräckligt bred och konstant. Praxisen behöver inte vara universell, men den måste vara tillräckligt utbredd över tid och innehålla tillräckligt många fall för att kunna anses relevant. Statspraxisen måste också gälla de stater som är berörda, vilket konstaterades i *North Sea Continental Shelf case*. För att statspraxis skall anses vara konsekvent måste den komma till uttryck i en rad olika handlingar som stödjer statens inställning i frågan. Små variationer och avvikelser från statens huvudlinje kan förekomma och är inte tillräckligt för att förhindra statspraxis så länge det inte förekommer några frågetecken angående vilken åsikt staten har i frågan. Generellt behövs en längre tid av konstant och konsekvent praxis för att den skall anses vara erkänd och användbar i frågan. Det finns olika åsikter i frågan om hur lång tid av upprepad och konstant praxis som krävs för att en sedvanerättslig regel skall anses ha tillkommit och ha rättslig verkan. En enda handling kan i vissa fall vara nog om den stöds av ett stort antal stater och att handlingen tydligt reflekterar dessa staters *opinio juris*²³.

Det är inte bara konkreta handlingar som konstruerar praxis, utan även uttalanden av statsrepresentanter. Finns det inom ett område kolliderande uttalanden och handlingar utgör dessa en inkonsekvent praxis, och slutsatsen blir att sedvänjan inte är tillräckligt enhetlig för att utgöra en sedvanerättslig regel²⁴.

För att en stat inte skall vara bunden av en framväxande sedvanerättslig regel måste den protestera mot denna praxis i början av dess utveckling. Om staten inte protesterar vid tillfällena där det kan anses att den uttryckligen borde ha reagerat, kan den inte i efterhand värja sig från att bli bunden av den nya sedvanerättsliga regeln. När en stat som förväntas protestera mot den sedvanerättsliga utvecklingen underlåter att göra så anses detta bidra till utvecklingen i en positiv riktning²⁵.

Eftersom sedvanerätten inte är ett uttryck för endast en stats vilja är den bindande *erga omnes*²⁶ när den väl har erkänts och etablerats. Det kan även, som tidigare nämnts, utvecklas lokala och regionala sedvanerättsliga regler, s.k. särskild sedvanerätt, som binder endast de stater inom ett visst geografiskt område som brukar denna rättsregel²⁷.

2.2.1.2 Opinio juris

Statspraxis kan etablera en sedvänja, men endast statspraxis ensamt räcker inte för att skapa en sedvanerättslig regel. Praxisen måste åtföljas av *opinio juris*. *Opinio juris* är en stats uppfattning att den har en viss legal skyldighet att bete sig på ett specifikt sätt när den interagerar med andra stater. Detta konstaterades av Haagdomstolen i *North Sea Continental Shelf Case*²⁸.

²³ Kontou, s. 4

²⁴ Sevastik. 2002, s. 124

²⁵ Villiger, s. 37ff

²⁶ *Erga Omnes*, betyder att någonting binder alla parter och är skyldigheter som stater har mot andra stater som grupp, detta pga sin universellt rådande karaktär.

²⁷ Shaw, s. 73

²⁸ Sevastik. 2002, s. 124

Opinio juris gör det möjligt för stater att skilja på en sedvana och en sedvanerättslig regel. All form av sedvana blir inte automatiskt sedvanerättsliga regler endast för att stater följer den. Stater kan välja att göra detta pga god kutym, men det är först när en stat anser sig vara legalt bunden av en sedvana som det kan bli tal om en sedvanerättslig regel, d.v.s. när staten handlar utifrån en rättsövertygelse. Dessutom krävs *opinio juris communis*, *opinio juris* från endast en stat är inte nog för att en sedvanerättslig regel ska skapas, utan ett flertal stater måste ställa sig bakom uppfattningen att de handlar utifrån legal förväntan på deras handlingar²⁹.

2.2.2 Särskild sedvanerätt

Sedvanerätt som inte binder *erga omnes* är att ses som särskild, eller speciell, sedvanerätt. Speciell, regional eller lokal sedvanerätt binder endast ett begränsat antal stater. Den speciella sedvanerättsliga regeln har inte ett lika högt krav på att praxis skall vara extensiv som den allmänna sedvanerättsliga regeln. En regional sedvanerättslig regel kan utvecklas till en generell regel, som binder stater *erga omnes*, med undantag för de som konstant protesterar mot den sedvanerättsliga regeln. Den mer speciella sedvanerätten är ett undantag från generell sedvana mellan de stater som använder sig utav den. Det finns inte ett krav på hur många stater som ska använda sig av en sedvanerättslig regel för att den ska klassas som sedvana, det kan alltså i princip räcka med två³⁰.

Beviskravet är högre när en speciell sedvanerättslig statspraxis ska beläggas än när en generell statspraxis ska bevisas. Staten i fråga måste visa på att sedvanerätten är etablerad på ett sådant sätt att andra stater är bundna av regeln. Medan generell sedvanerätt endast kräver bevis på generell acceptans, måste en stat som vill stödja sig på en speciell sedvanerätt bevisa att den andra stat som den anser vara bunden av sedvanan i fråga explicit eller implicit uttryckt sin vilja att vara bunden av regeln³¹.

Särskild sedvanerätt är, som ovan sagt, ett avsteg från den allmänna sedvanerätten. Parterna har alltså haft intentionen att inte använda sig av den generella sedvanerätten, utan utvecklat en egen praxis.

2.3 Om traktater

En traktat gäller mellan parterna så länge som det enligt bestämmelserna i traktatstexten är beslutat att traktaten skall vara i kraft³². Utanför en traktatsöverenskommelse kan sedvanerätten förändras och utvecklas, vilket kan resultera i att nya sedvanerättsliga regler kan komma i konflikt med äldre traktatsbestämmelser. Parterna har då att välja mellan huruvida de vill fortsätta att vara bundna av traktaten, varvid traktatens bestämmelser då gäller mellan parterna som tidigare utan hänsyn till den nya sedvanerättsliga regeln, eller om de vill revidera traktaten, eller eventuellt till och med

²⁹ Akehurst, s. 44

³⁰ Shaw, s. 87f

³¹ Kontou, s. 6

³² VCLT, art 54

avsluta traktaten i ljuset av den nya sedvanerättsliga regeln. Hur parterna väljer att handskas med den nya situationen är upp till parterna själva, så länge de handlar inom de rättsliga ramar de är bundna av³³.

Parterna kan besluta att avsluta eller revidera traktaten, antingen uttryckligt eller implicerat genom en ny överenskommelse där den nya rättsregeln beaktas, eller någon av parterna kan begära att traktaten ska revideras så att den överensstämmer med den nya sedvanerättsliga regeln³⁴. Det är i den sistnämnda typen av situation som det är viktigt att veta under vilka förutsättningar en part har rätt att handla på detta sätt, och vilka legala medel som står till denna parts förfogande för att kunna genomdriva sitt krav gentemot övriga traktatsparter. Dessa regler återfinns i Wienkonventionen och i sedvanerätten.

2.3.1 Traktatstolkning

Enligt Wienkonventionen (VCLT³⁵) art 26, är en traktat mellan stater bindande så länge staterna är i god tro³⁶. Wienkonventionen brukas när det uppstår konflikter på traktatsrättens område och är det auktoritära instrumentet på området som gäller för alla parter, vare sig de är anslutna till den eller inte. Flera av konventionens bestämmelser anses nämligen vara kodifierad sedvanerätt³⁷. Konventionstexten täcker in en rad olika ämnen och områden inom traktatsrätten, bl.a. tolkning, tillägg, modifikation och upphörande av traktater.

I VCLT artikel 31 ges regler för traktatstolkning. För det första skall en tolkning göras ”in good faith”, vilket följer av principen *pacta sunt servanda* i artikel 26 i konventionen³⁸. Traktaten skall tolkas enligt ordalydelse. Det förutsätts här att texten i sig själv innehåller all den information som behövs för att implementera traktaten på rätt sätt.³⁹

För det andra bör traktaten ses utifrån kontexten den skrevs i. Detta inkluderar traktatens *travaux preparatoires* och annex⁴⁰.

För det tredje ska parternas efterföljande överenskommelser och praxis i hur de hittills tolkat traktaten vägas in och som ett sista steg skall även relevant internationell rätt beaktas. På detta sätt är det alltså möjligt att beakta traktatsparternas ursprungliga förväntningar på traktaten och låta dessa gemensamt avgöra hur texten ska tolkas⁴¹.

Enligt VCLT art 31 (3) ska en tolkning av en traktat beakta alla de relevanta rättsregler inom internationell rätt som är applicerbara på relationen mellan parterna vid tidpunkten för tolkningen. Det är dock svårt att få denna bestämmelse att samverka och korrespondera till ”the rule of contemporaneity”, d.v.s. en princip som lägger traktatens mening och

³³ Aust, s. 224

³⁴ VCLT art 57- 59,

³⁵ Vienna Convention on the Law of Treaties

³⁶ Sevastik. 1997, s.62

³⁷ Kontou, s. 13

³⁸ Aust, s. 187

³⁹ McNair, s. 365

⁴⁰ Aust, s. 189

⁴¹ Sevastik. 1997, s. 63

lydelse så som den var när traktaten ingicks till grund för tolkningen. Denna princip har sin uppkomst i domare Hubers avgörande i *Island of Palmas Arbitration*, och säger att de fakta som finns ska ses i ljuset av då gällande folkrätt, inte rätten som den var när själva dispyten uppkom. Traktatens mening, dess ändamål och syfte, är vad som skall vara avgörande i frågan⁴².

Denna princip hindrar dock inte att bestämmelserna i en traktat kan tolkas i ljuset av nu gällande folkrättsliga regler. Dock måste dessa bestämmelser vara av en sådan generell natur att en sådan tolkning är möjlig, samt att det inte är uppenbart att en sådan tolkning skulle gå emot traktatens andemening⁴³. Termer som territorialhav och kontinentalsockel är exempel på termer som kan falla in under denna kategori. Tolkning av dessa termer är helt i enlighet med tolkningsreglerna så länge det inte kan bevisas att en sådan tolkning skulle gå helt emot traktatsparternas intentioner och förväntningar vid tillfället då traktaten förhandlades⁴⁴. Denna syn på tolkningsreglerna har bekräftats vid ett par tillfällen vid internationella tribunaler, t.ex. i fallen *Advisory Opinion on the Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* och *Aegean Sea Continental Shelf Case*.

För att kunna följa den avsedda mening traktaten var tänkt att ha, finns det en möjlighet att fylla i traktatens bestämmelser där det numer pga förändrad sedvanerätt finns luckor och svårtolkade passager i traktaten. Dock är hur mycket och vad den nya sedvanerättsliga regeln kan bistå med osäkert. Traktaten kan inte tolkas i ljuset av en ny sedvanerätt om denna står i konflikt med traktatens mening. Vid ett sådant tillfälle finns en annan möjlighet att lösa problemet på, nämligen att göra tillägg till traktaten⁴⁵.

Gränsen mellan tillägg till traktat och tolkning av traktat är tydlig i teorin men inte i praktiken, det är svårt att urskilja gränslinjen. Internationella tribunaler handskas ofta med denna fråga, men tribunalerna får endast tolka traktatens innehåll, inte revidera eller göra tillägg till traktatstexten. Tribunalerna har att ta ställning till om den äldre traktaten går att förena med den yngre sedvanerättsliga regeln, eller om traktatstexten ska appliceras som den ursprungligen skrevs⁴⁶.

VCLT hanterar dock inte frågor som uppstår när sedvanerätten förändras och lämnar traktater i ett 'vakuum'⁴⁷, annat än i fall som gäller utvecklingen av en *jus cogens*⁴⁸-norm. Utanför konventionstexten faller alla de fall som rör traktater och kolliderande sedvanerättsliga regler som inte är *jus cogens*. På detta område finns det endast ett fåtal källor att tillgå för att bringa klarhet i frågan, vilka består av staters existerande praxis och relevanta domslut från internationella tribunaler⁴⁹.

⁴² Kontou, s. 17

⁴³ Sinclair, s. 140

⁴⁴ Kontou, s.17

⁴⁵ Ibid, s. 18f

⁴⁶ Ibid, s.19

⁴⁷ Ett utvecklingsgap mellan den äldre rättsregeln och den nyare framväxande rättsregeln, där traktaten inte har en självklar plats inom något av de två regelverken.

⁴⁸ *Jus cogens*, är en norm som går före alla andra rättsregler, en norm som saknar undantag för att den är ansedd som särskilt viktig och betydelsefull.

⁴⁹ Kontou, s.13f

2.3.1.1 Lex Specialis eller Lex Posterior

Rättsregler kan delas upp i fyra kategorier, nämligen *lex generalis*, *lex specialis*, *lex superior* och *lex posterior*⁵⁰. De rättsregler som alltid har företräde är rättsregler med högt normativt värde, benämns *lex superior*. Desto högre normativt värde en regel har, desto högre upp i rangskalan kommer regeln. *Jus cogens*-regler är sådana regler som alltid har företräde⁵¹ och beskrivs i VCLT art 64⁵².

Efter *jus cogens*-regler delar man upp de övriga reglerna i de regler som har störst applicerbarhet på subjektet i fråga, d.v.s. *lex specialis*, och/eller i vilken kronologisk ordning reglerna uppkommit, d.v.s. *lex posterior*. Det råder delade meningar om vilken av *lex posterior* eller *lex specialis* som skall ha företräde vid en konflikt i det fall ingen av reglerna i konflikten är *lex superior*. Vissa anser att det är den yngre rättsregeln som har företräde då den är mer aktuell och tydligare uttrycker rättsbildningsvilja hos parterna, medan andra hävdar att det är den mer specialiserade rättsregeln som skall ges företräde då den är mer detaljerad och närmare subjektet och därmed bättre lämpad att styra situationen⁵³.

Sedvanerätten anses vara en grundläggande och primär källa till folkrätt, och har därmed generellt givits ställning som *lex generalis*, medan traktater har intagit en sekundär ställning som *lex specialis* pga att traktater avvikit från och kompletterat den generella folkrätten⁵⁴. Att dessa två källor till folkrätten kan påverka varandras innehåll och existera som regimer samtidigt och parallellt med varandra är ett erkänt faktum. Vad det däremot råder oenighet om är vilken teoretisk grund som möjliggör denna samverkan mellan traktater och sedvanerätt. De som förespråkar den s.k. voluntaristiska uppfattningen hävdar att det är möjligt pga att det är endast formen på traktater och sedvanerätt som skiljer sig åt och att dessa båda står på samma normativa grund då de båda baserar sig på samtycke, antingen tyst eller uttryckligt⁵⁵. Andra hävdar att det är en konflikt mellan två konkurrerande källor på samma hierarkiska nivå och beroende på hur den internationella rätten är strukturerad kan stater besluta på egen hand om vilken regel som skall ha företräde, förutsatt att ingen av reglerna är *jus cogens*⁵⁶.

Då alla är överens om att traktater och sedvanerätt är sinsemellan likställda, blir resultatet att en yngre sedvanerätt kan modifiera en äldre traktat om den är att anses som *lex specialis* eller *lex posterior*. Inom den internationella rätten gäller inte teorin *actus contrarius*⁵⁷, vilket underlättar

⁵⁰ *Lex generalis*, en allmänt hållen regel som kan appliceras på allt. *Lex specialis* är mer specifik och kan reglera ett mindre område eller vara mer detaljerad i sina regleringar än *lex generalis*. *Lex superior* beskriver den rättsregel som alltid har företräde vid en konflikt mellan rättsregler. *Lex posterior* beskriver den kronologiska ordningen i vilken reglerna tillkom.

⁵¹ Shaw, s. 117ff

⁵² VCLT art 64

⁵³ Kontou, s.20

⁵⁴ Sevastik. 2002, s. 243

⁵⁵ Ibid, s. 244

⁵⁶ Kontou, s. 37

⁵⁷ *Actus contrarius*, en teori inom den nationella rätten där endast rättsregler eller källor av samma slag kan ändras eller upphöra att gälla med hjälp av samma slags regler.

rättsbildningen och möjliggör påverkan mellan traktater och sedvanerättsliga regler.⁵⁸

Vissa, bl.a. Kontou, anser att eftersom det är allmänt accepterat att traktater och sedvanerättsliga regler har samma legala värde blir konsekvenserna att om *lex posterior* används vid modifikation av traktater, så till vida inte någon av reglerna uttrycker en *jus cogens*-norm, får den äldre rättsregeln ge vika eftersom den inte länge kan anses ge uttryck för statens vilja⁵⁹. Det är dock svårt att avgöra vilken regel som ska ha prioritet, och i slutänden blir det ett fall för en individuell tolkningsoperation. Kontou säger även att om den äldre traktaten är mer detaljerad och specifik inom ett visst område än den yngre mer allmänt hållna sedvanerättsliga regeln, är det den yngre regeln som ska ge vika för den mer speciella traktatsbestämmelsen. En traktat vars syfte var att vara ett undantag från den allmänna folkrätten skall ha företräde vid en sådan konflikt, och förblir gällande mellan parterna även om en ny sedvanerättslig regel etablerats utanför traktatsregimen⁶⁰. Men detta är inte självklart, utan kan påverkas av andra omständigheter. Om t.ex. en *lex specialis*-regel binder *erga omnes* är det inte självklart att denna regel skall ge vika för en *lex posterior*-regel. Desto fler stater som är bundna av en *lex specialis*-regel, desto större prioritet har regeln vid en konflikt⁶¹.

En del författare hävdar att *lex posterior* alltid vinner företräde framför norm av särskild art, medan andra anser motsatsen, d.v.s. att avsteg från en allmän regel inte har företräde framför en tidigare lagregel som reglerar ett mer specifikt förhållande⁶².

2.3.1.2 Intertemporal rätt

Inom doktrinen finns det en teorin om intertemporal rätt. Denna teori ska kunna användas för att ge en lösning på problem som uppstår mellan ny sedvanerätt och tidigare traktater. Teorin utvecklades av domare Huber i *Island of Palmas Arbitration* 1928⁶³. Fallet i fråga gällde om USA kunde ses som rättmätig ägare till Island of Palmas, en ö som givits till USA av Spanien. Ön betraktades av Spanien som spansk territorium eftersom den upptäckts av spanska sjöfarare, men den hade ockuperats och effektivt kontrollerats av det nederländska Ostindiska Kompaniet sedan 1677. Domare Huber konkretiserade de rättigheter som var konkurrerande i fallet:

“... a distinction must be made between the creation of rights and the existence of rights. The same principle which subjects the act creative of a right to the the law in force at the time the right arises, demands that the existence of a right, in other words its continued manifestation, shall follow the condition required by the evolution of the law.”⁶⁴

⁵⁸ Sevastik. 2002, s. 244

⁵⁹ Kontou, s. 23

⁶⁰ Sevastik. 2002, s. 246

⁶¹ Kontou, s. 24

⁶² Sevastik. 2002, s. 245

⁶³ Shaw, s. 410

⁶⁴ Kontou, s. 14

Domare Huber menar att gamla traktater måste ses i ljuset av ny folkrätt, både ny sedvanerätt och ny traktatsrätt, för att det skall kunna avgöras vilka rättigheter som faktiskt består mellan parterna. Vad teorin ämnar göra, är att ge de instrument som behövs för att vid en konflikt mellan en äldre traktat och en yngre sedvanerättslig regel kunna avgöra vilken regel som är den genom tid bestående och bindande regeln och om möjligt finna bevis för att den äldre traktaten har blivit ersatt med den yngre sedvanerättsliga regeln. Teorin kritiserar då den bygger på behovet av att undersöka och ifrågasätta tidigare förvärvade rättigheter i förhållande till den kontinuerliga utvecklingen inom sedvanerätten⁶⁵.

Äldre traktater kan tolkas i ljuset av yngre sedvanerättsliga regler, och dess bestämmelser kan klargöras eller kompletteras. Om den nya sedvanerättsliga regeln inte är kompatibel med den äldre traktaten finns det tre möjligheter att hantera problemet på:

- Ett tillägg görs till traktaten.
- Traktaten upphör till fördel för den yngre sedvanerättsliga regeln.
- Både traktaten och den sedvanerättsliga regeln blir gällande.

I det tredje fallet kommer båda regelverken att existera parallellt med varandra och reglera samma subjekt. Detta skapar givetvis problem kring tolkningen, och frågan vilken av dessa rättskällor som skall ha företräde framför den andra vid en konflikt är inte helt obefogad⁶⁶. Frågan har splittrat forskare och författare i två läger. Den ena sidan hävdar att det är tydligt att det är den äldre traktaten som bör ge vika, genom antingen tillägg, modifikation eller att traktaten upphör, då den färskare statspraxisen tydligare uttrycker staters vilja och ett yngre och mer aktuellt viljeuttryck bör ersätta ett äldre. Den andra sidan anser att traktaten endast kan avslutas om parterna slutat använda sig av dess regelverk *inter se*, och har uttryckt sitt medgivande för ett sådant avslutande, eller att den sedvanerättsliga regeln kan vara en grund för upphörandet av traktaten om sedvanan har förändrat omständigheterna så att de inte längre är i stort sett samma omständigheter som parterna grundade traktatsförpliktelserna på⁶⁷.

2.3.2 Modifikation av traktater

Traktater kan förändras på flera olika sätt, men för att ge en översiktlig bild av hur detta går till kan förändringarna delas upp i två grupper: förändring enligt traktaten, och informell modifikation. Med förändring enligt traktaten menas när traktaten ändras enligt traktatens egna bestämmelser. Med informell modifikation menas alla de sätt som en traktat kan förändras på som inte följer skrivna traktatsbestämmelser så länge parterna är överens, t.ex. genom efterföljande praxis pga att ny sedvanerätt etableras⁶⁸.

⁶⁵ Shaw, s. 429f

⁶⁶ Kontou, s. 13 ff

⁶⁷ Ibid, s.16

⁶⁸ Sevastik. 2002, s. 247

Anledningen till att parterna informellt modifierar traktaten är många, t.ex. svårtillämpliga bestämmelser eller att parterna inte vill följa den formella processen som krävs för en ändring. Det som blir en komplicerad frågeställning vid ett sådant tillfälle är om det finns en rättslig grund för att modifiera traktaten till följd av staternas efterföljande praxis⁶⁹.

I VCLT finns det ingen bestämmelse som behandlar frågan om hur traktater ska hanteras när de bildar avvikande regimer i en annars generell accepterad och utbredd sedvanerätt. Detta ger resultatet att det finns författare inom folkrättslitteraturen som anser att det därför inte är tillåtet med modifikation på detta sätt⁷⁰. International Law Commission (ILC) behandlade frågan i sina många förarbeten till konventionen, men fann att någon regel rörande denna fråga inte borde finnas med då det inte fanns tillräckligt stöd för att detta var en sedvanerättslig regel, samt att det var svårt att formulera just en sådan regel⁷¹.

En modifikation av en traktat till följd av en sedvanerättslig regel möjliggörs antingen genom *lex specialis* eller genom *lex posterior*. Går det inte att fastställa vilken av normerna som är den mest specialiserade eller den senast tillkomma av de båda, kompletterar principerna varandra var för sig. Detta kan vara fallet när en traktat och en rättssedvänja reglerar samma område men kommer fram till olika lösningar. Vilken av dessa principer som skall ha företräde råder det, som ovan nämnt, delade meningar om.

Eftersom sedvanerätt och traktater är normativt likställda kan inte principen *lex superior* tillämpas: denna regel existerar inte mellan folkrättens centrala källor. Den enda möjlighet en modifikation av en traktat har för att göras gällande genom yngre sedvanerätt är genom *lex posterior* eller *lex specialis*⁷².

Det är viktigt att skilja på modifikation av traktater genom efterföljande praxis och genom efterföljande ny sedvanerätt. Modifikation till följd av efterföljande praxis berör den slutna traktatsregimen och där praxisutvecklingen accepteras av parterna till regimen. Modifikation till följd av yngre sedvanerättsliga regler, som i fallet med Svalbardtraktaten, påverkar traktaten på så sätt att det är parterna till traktaten som uppfattar den nya sedvanerätten, och sedan applicerar den inom traktatsregimen. Sedvanerätten kommer utifrån medan den efterföljande praxisen existerar inuti traktatsregimen⁷³.

Det internationella systemet och hur det är uppbyggt gör det problematiskt att tvinga parter att avsluta eller revidera traktater som står i konflikt med sedvanerätt mot deras vilja. Det internationella systemet saknar ett tvingande och bindande beslutsystem som är oberoende av parterna konflikten gäller. Visserligen innehåller Wienkonventionen bestämmelser

⁶⁹ Ibid, s. 247

⁷⁰ Ibid, s. 248

⁷¹ Kontou, s. 139

⁷² Sevastik. 2002, s. 245

⁷³ Ibid, s. 281

av detta slag, men dessa gäller inte revision eller uppsägning av traktater pga yngre sedvanerätt, då denna grund för uppsägning av traktater inte nämns alls i konventionstexten.

I ILCs förslag till VCLT fanns det med en bestämmelse rörande att traktater skulle kunna bli modifierade av yngre sedvanerätt om det kunde etableras att det var vad parterna var överens om och att det låg i linje med deras överenskommelse. Denna regel finns dock inte med i den nu gällande konventionstexten, men det är det generellt accepterat att fastslagen statspraxis kan modifiera en traktat⁷⁴.

Enligt vissa rättsfall, t.ex. *Spanish Fishermen Case*, *La Bretagne Arbitration* och *the Fisheries Jurisdiction Case*, finns det en möjlighet att förändrad sedvanerätt avslutar eller förändrar traktatsbestämmelser. Domsluten i respektive fall ger dock inte alltid en klar och tydlig bild av de omständigheter som ska ligga till grund för att en tolkningsoperation av det slaget skall vara möjlig. Det som går att utläsas av de olika tribunalernas beslut är att domstolarna verkar vara tveksamma till att bekräfta att det finns en regel som alltid tillåter en äldre traktat avslutas till fördel för en yngre sedvanerättslig regel, om detta inte var vad parterna menade skulle hända vid en sådan utveckling. Parternas intention och viljeuttryck att vara bundna av den yngre sedvanerättsliga regeln är inte tillräckligt för att avsluta den äldre traktaten. Parternas direkta vilja att bli bundna av den senare sedvanerättsliga regeln skall alltså inte tolkas som ett indirekt viljeuttryck för att parterna önskar avsluta den äldre traktaten. För att det skall kunna tolkas på detta sätt, måste parterna vara tydliga med att det de avser med att bli bundna av yngre sedvanerätt *de facto* är att den äldre traktatsbestämmelsen skall upphöra att gälla⁷⁵.

2.3.3 Upphörande av traktater

Traktater kan avslutas om parterna till traktaten är överens om det, och har uttryckt detta implicit eller explicit *eller* på basis av en internationell rättsregel som står i konflikt med traktaten⁷⁶. Parternas medgivande kan vara uttryckt i traktatstexten som sådan i form av en klausul om hur traktaten skall upphöra. Upphörandet av en traktat kan också vara i form av ett speciellt avtal mellan parterna, inte som en del av traktaten det reglerar utan som ett eget fristående avtal⁷⁷. Traktatsupphörande kan därefter ske antingen automatiskt, till följd av internationell rättsregel eller en upphörandeklausul, *eller* genom en särskild handling av någon av parterna. I de fall traktatsupphörande kräver en särskild handling, kan denna handling antingen vara en överenskommelse mellan parterna till traktaten och alltså ske i konsensus, *eller* utföras av en part, efter särskilt bemyndigande angivet i traktatstexten eller i internationell lag.⁷⁸ Rätten att som part begära att traktaten skall upphöra försvinner om traktaten uttryckligen utesluter denna

⁷⁴ Kontou, s. 27

⁷⁵ Ibid, s. 145f

⁷⁶ Shaw, s. 851f

⁷⁷ Aust, s. 235f

⁷⁸ Kontou, s. 10

möjlighet⁷⁹. Traktater utan slutklausuler är bindande så länge inget avslutar dem eller någon av parterna drar sig ur förbindelsen. Det finns tydliga tecken på att ny generell sedvanerätt ensam kan avsluta eller modifiera en traktat oavsett om den innehåller en avslutningsklausul eller är en så kallad permanent traktat⁸⁰.

Det finns olika meningar angående hur den legala grunden för upphörandet skall tolkas. Ämnet är delat mellan de som anser att det kan ske endast om alla parterna medger detta, och de som hävdar att det även kan ske om traktaten står i konflikt med internationell lag, t.ex. om en *jus cogens*-bestämmelse står i strid med en traktatsbestämmelse⁸¹, och att det då sker automatiskt. Båda är dock uppfattningar som vid en snabb blick inte ger någon part stora möjligheter att agera unilateralt⁸².

VCLT artikel 59 behandlar avslutande av traktater pga av yngre traktat. En annan artikel som också behandlar detta problem är artikel 30 (3), som tar upp succession av traktater som reglerar samma subjekt. Artikeln löser dock inte problemet med vilken av bestämmelserna som ska ha prioritet⁸³. Det finns inget problem om man anser att sedvanerätten, liksom traktaträtten, är ett uttryck för staters medvetna och faktiska vilja att bli legalt bundna av en bestämmelse, men om man däremot inte anser att sedvanerätten uppstår genom ett faktiskt medvetet viljeuttryck från staters sida uppkommer ett tolkningsproblem och konsekvensen blir att en lagregel inte bara enkelt kan ersättas med en annan⁸⁴. Det är här diskussionen kring hur pass taktiska staters viljeuttryck är och hur stor hänsyn som ska tas till detta tar vid. Detta är dock ett alltför spekulativt ämnesområde, och jag utgår i denna text från att staters vilja är likvärdig vare sig den är uttryckt i en traktat eller genom en sedvanerättslig regel, och lämnar diskussionen kring varför stater fattar vissa beslut därhän.

2.3.3.1 Desuetude

Traktater kan även avslutas genom *desuetude*. Traktater som avslutas på detta sätt har slutat att vara giltiga pga att de inte brukats under en längre tid. Det krävs att parterna inte brukat traktatens bestämmelser trots att det funnits situationer då det förväntats av parterna att de skulle ha följt eller åberopat dessa. Regeln beskrivs i litteraturen som ett tyst, implicit medgivande till avslutande av traktater⁸⁵.

För att *desuetude* ska inträda måste ett högre beviskrav i fråga om parternas intention uppnås. Detta sätt att avsluta en traktat på accepteras endast om det är tydligt vad parternas intention är. Parternas intention kan i detta fall bevisas på två sätt: genom att den blir explicit uttryckt, eller genom långvarig och konsekvent praxis. Det är praxisen parterna *inter se*

⁷⁹ Aust, s. 233

⁸⁰ Kontou, s.148

⁸¹ Ibid, s. 9

⁸² Ibid, s. 36

⁸³ Ibid, s. 22

⁸⁴ Ibid, s. 23

⁸⁵ Ibid, s. 25

som är avgörande, men praxisen mellan traktatens parter och stater utanför traktaten kan vara av intresse då denna interaktion förklarar den nya sedvanerättsliga regelns uppkomst. Denna regel kan dock inte påverka traktatparternas praxis *inter se*⁸⁶.

På detta sätt följer inte den här typen av upphörande av traktater samma mönster som när sedvanerättsliga regler blir till, även om den binder alla parter. Det måste visas att parternas handlingar är bevis specifikt för att parterna önskar att antingen modifiera eller avbryta traktatsförbindelsen. I strikt mening är det, när *desuetude* är anledningen till att traktaten avslutas, inte pga av en yngre sedvanerättslig regel utan pga det faktiska medgivandet från traktatsparterna som traktaten avslutas. Den nya sedvanerättsliga regelns utveckling kan vara en tillfällighet som korrelerar med parternas faktiska intention att avsluta traktaten mellan sig. Den yngre sedvanerättsliga regeln kan i ett sådant fall eventuellt ses som en taktisk överenskommelse mellan parterna⁸⁷.

2.3.3.2 Rebus sic stantibus

Traktater kan avslutas på grund av en yngre sedvanerättslig regel och dess påverkan på det i traktaten reglerade området. En grund för att avbryta en traktat är fundamentalt förändrade omständigheter. Fundamentalt förändrade omständigheter är omständigheter som parterna vid traktatens ingående inte kunnat förutse, t.ex. då traktaten reglerar ett rättsområde som inte längre, pga yngre sedvanerättsliga regler, är att räkna som samma område⁸⁸. Som fundamentalt ändrade omständigheter räknas t.ex. de förändringar som skedde inom havsrätten i och med Havsrättskonventionens reglering av exklusiva ekonomiska zoner på 200 sjömil, kontinentalsockelns tillkomst, och ett tillåtet territorial hav på 12 sjömil. Denna fundamentala förändring av omständigheter kallas *rebus sic stantibus*⁸⁹ och kan påverka en traktats hållbarhet⁹⁰.

Principen är kodifierad sedvanerätt genom artikel 62 VCLT, som tar upp hur situationer där traktater kolliderar med yngre sedvanerättsliga regler där den nya regeln skapar fundamentalt förändrade omständigheter i jämförelse med den äldre traktatens utgångspunkt och synvinkel ska hanteras⁹¹. Enligt VCLT artikel 62 är inte förändringar av de faktiska omständigheterna nog för att kunna åberopa denna princip: de förändrade omständigheterna måste gälla den legala effekten som omständigheterna har skapat⁹². Principen förtydligades i *The Fisheries Jurisdiction Case: United Kingdom v. Iceland* 1973. Enligt domstolens uttalande i fallet skall principen endast användas om den nya situationen kullkastar traktatens ursprungliga balans mellan

⁸⁶ Kontou, s. 28

⁸⁷ Ibid, s. 29

⁸⁸ Linderfalk, kap. 5 s. 11

⁸⁹ *Rebus sic stantibus*, omständigheter som ligger till grund för en traktats överenskommelse men som pga den nya sedvanerättsliga regeln är så fundamentalt förändrade att de förhindrar traktatens bestämmelser att ha den verkan parternas intention var vid traktatens ingående.

⁹⁰ Shaw, s. 855ff

⁹¹ VCLT art 62

⁹² Aust, s. 240ff

parterna och deras respektive rättigheter och skyldigheter *inter se*, d.v.s. om den nya sedvanerättsliga regeln plötsligt innebär betydligt mer tyngande skyldigheter för den ena parten. Regeln kan endast användas i dessa fall, och endast då traktatens bestämmelser står i konflikt med en folkrättsligt allmän rättsregel⁹³.

Artikel 62 anses också av vissa ge en möjlighet att avsluta traktater genom förmodad partsintention. Traktaten kan då avslutas om det bevisas att detta var vad parterna vid ingåendet av traktaten menade skulle hända om de hade vetat att utvecklingen skulle gå i en specifik riktning. Använder man sig av denna teori kan en ny sedvanerättslig regel anses vara en fundamental förändring av omständigheterna. International Law Commission har dock, då artikel 62 VCLT är formulerad i objektiva termer, tillbakavisat användning av regeln på detta sätt eftersom det skulle kunna leda till alltför spekulativ subjektiv tolkning och implementering av *rebus sic stantibus*⁹⁴. Mer exakt beror detta på att omständigheterna har setts utifrån olika synvinklar i de olika fallen, eller att omständigheterna varierat mellan fallen, eller att de delar av fallen där *rebus sic stantibus* skulle kunna utläsas har berörts alldeles för ytligt och otillräckligt. Även om det skulle finnas en tillräckligt tillfredställande grund att basera denna regel på, är det även en fråga om vilket praktiskt värde denna regel skulle kunna ha. Tribunaler är, med all rätt, mycket tveksamma till att ny sedvanerätt automatiskt orsakar en traktats avslutande utan att det kan visas att detta är parternas intention. Även om parterna är bundna av den nya sedvanerättsliga regeln måste det finnas bevis på att deras intention var, och är, att modifiera eller avsluta traktaten till fördel för den yngre sedvanerätten⁹⁵.

Detta innebär att en tribunal kan besluta att ny sedvanerätt är grund för modifiering eller avslutande av en traktat, men tribunalen kan inte utan alla parter direkta eller implicita samtycke förklara traktaten som icke gällande. Om traktaten fortfarande är i kraft kommer den att gälla framför yngre sedvanerätt genom *lex specialis*. Detta har i tribunaler visat sig vara den vanligaste tolkningen på området. Om tribunalerna fått välja mellan yngre sedvanerätt och äldre traktat, har traktaten alltid prioriterats utan att det motiverats varför med hänvisning till *lex specialis*-regeln. Det som går att utläsas av detta är att parternas intentioner tillsammans med *pacta sunt servanda* är det som de internationella domstolarna tar störst hänsyn till⁹⁶.

Enligt Kontou kan tribunalerna ha antagit denna inställning pga praktikalitet: det är enklare att tyda skrivna regler än oskrivna, även om balansen mellan parterna också är en faktor som tas med i processen. Det som måste beaktas är dock att vad tribunalerna kan göra är att ge förslag på hur traktaten skall tolkas och/eller modifieras av parterna, men inte *bestämna* att traktaten skall förändras - detta ligger utanför domstolens jurisdiktion⁹⁷.

⁹³ Kontou, s. 34

⁹⁴ Ibid, s. 35

⁹⁵ Ibid, s. 132

⁹⁶ Ibid, s. 133

⁹⁷ Ibid, s. 134

Hade parterna vetat att grunden för deras överenskommelse skulle förändras hade de troligen inte skapat samma traktat. Här bör noteras att artikel 62 VCLT aldrig har legat till grund för en lösning av konflikter i någon tribunal för att avsluta eller revidera traktater när grunden för de legala åtagandena har förändrats. I vilket fall som helst gäller artikeln endast om de förändrade omständigheterna ökar avsevärt, och förändrar möjligheterna att fullfölja traktatsbestämmelserna på ett vässäntligt annorlunda sätt än det ursprungligen var tänkt. Flera författare, bl.a. Kontou, ställer sig frågande till om dessa villkor någonsin går att uppfylla och hänvisar till *Fisheries Jurisdiction Case* där omständigheterna inte ansågs tillräckligt förändrade för att denna regel skulle vara tillämplig⁹⁸. I korthet innebar detta fall att en ny sedvanerätt som utsträckte och erkände fiskezoner från 3 sjömil till 200 sjömil inte ansågs uppfylla detta krav. Även om det vid första anblicken kan verka betungande för en stat att pga en traktat begränsa sin fiskerättigheter till endast 3 sjömil, när sedvanerätten ger den rätt till 200 sjömil, ställer detta inte andra krav på statens uppgift än de som tidigare fanns och omständigheterna är inte förändrade så till den grad att detta är en grund för traktatens upphörande. Kravet att respektera utländska fiskefartygs rätt att fiska inom det tidigare angivna området har inte förändrats. Fiskerättigheterna utanför gränsen, det som tidigare enligt traktaten sågs som fritt hav, är inte längre rättigheter som garanteras pga att den nya sedvanerätten tillåter viss exklusiv jurisdiktion inom 200 sjömil. Men dessa går förlorade endast om staten kan genomdriva den nya 200-sjömilgränsen mot den existerade traktatsregimens regler, och detta går att göra endast om staten kan uppfylla kraven för att *rebus sic stantibus* skall bli tillämplig, vilket tar oss tillbaka till ruta ett. Staten måste visa på att balansen inom traktaten är förändrad till det sämre, annars träder inte *rebus sic stantibus* in⁹⁹.

2.4 Sammanfattning

Det finns en tydlig konflikt mellan traktatsrätten och sedvanerätten då de aspirerar på att reglera samma område. Konflikten har sin upprinnelse i att ingen av de båda rättskällorna skall ha företräde framför den andra. Även där försök gjorts att skilja ut lagreglerna efter deras tillkomst, *lex priori*, eller hur specifika de är, *lex specialis*, finns det inte någon tydlig linje gällande vilken av reglerna som skall ha företräde. Det lämpligaste sättet tycks vara att tolka från fall till fall med hjälp av *travaux preparatoires*, för att reda ut vilken intention parterna hade vid skapandet av traktaten. Detta kan, som vi skall se nedan, vara nog så svårt. Det enda som ser ut att vara tydligt är att unilaterala handlingar inom multilaterala traktater är att klassa som ett avtalsbrott. I övrigt är det upp till parterna att lösa konflikten på bästa sätt: några tydliga riktlinjer finns inte.

⁹⁸ Kontou, s. 149

⁹⁹ Ibid, s. 150

3 Tidigare konflikter inom området

3.1 Regler inom området

3.1.1 Havsrättens utveckling

En stats territoriella suveränitet gäller inom dess landterritorium likväl som i dess luftrum och inom de vattenområden som tillhör staten i fråga. Det är inom de senare områdena som suveränitetsbegreppet har förändrats mest. Detta beror i sin tur uteslutande på den teknologiska utveckling som kännetecknar det senaste århundradet. Möjligheterna att färdas i luften samt på och under vattenytan har skapat behov och möjlighet för stater att vidga sin territoriella suveränitet och sina möjligheter att nyttja dessa nya territoriella områden. Utvecklingen har skett stegvis, inom både sedvanerätten och traktaträtten, och har gått från att stater hade jurisdiktion över en mindre yta omgiven av större områden tillgängliga för alla utan inskränkningar, till att stater fått utökad jurisdiktion i dessa tidigare allmänna områden. Gamla överenskommelser har anpassats efter utvecklingen eller helt övergivits för att ge plats för yngre rätt.

Det finns ett flertal fall där äldre traktat fått stryka på foten för yngre sedvanerätt trots att traktaten fortfarande varit i kraft, och det är framförallt på havsrättens område man har kunnat se denna utveckling. De nya reglerna rörande jurisdiktion över havet, fiskerättigheter och utvinning av resurser från havsbotten i och med framväxten av Havsrättkonventionen (UNCLOS¹⁰⁰) skapade, och skapar fortfarande, frågor kring gamla traktaters giltighet.

Jurisdiktionen och staters territoriella suveränitet över angränsande vatten har ända sedan USA hävdade ett territorialhav med en bredd av 3 sjömil 1794, successivt förändrats och utsträckts till följd av ny kunskap och teknisk utveckling. Direkt efter 1794 började olika överenskommelser som stadgade 3 sjömil som gräns för statlig suveränitet och jurisdiktion att slutas. I denna zon har stater bl.a. haft möjligheten att förhindra eller reglera fiske från främmande makt. Flera långlivade fiskeavtal, t.ex. *1818 Anglo-American Convention*, *1839 Anglo-French Convention*, *1882 North Sea Fisheries Convention* och *1901 Anglo-Danish Fisheries Agreement*, bekräftade denna nya sedvanerättsliga utveckling och kodifierade den genom traktater mellan parterna. Genom dessa avtal var det tydligt att praxis gav staterna exklusiv fiskejurisdiktion i deras territorialhav, ut till en gräns 3 sjömil från land – utanför detta låg det fria havet med fritt fiske för alla¹⁰¹.

Under 1900-talet, speciellt efter 1940 och 1950 utökade stater i praxis dessa gränser, som alltså kom att sträcka sig utanför den tidigare 3-sjömils-zonen. Det var under denna period som fiskejurisdiktionen mer och mer

¹⁰⁰ United Nations Convention on the Law of the Sea

¹⁰¹ Kontou, s. 37

blev separerad från territorialhavet och utvecklingen gick mot att skapa andra zoner, angränsande till territorialhavet och fritt hav, där stater hade speciell jurisdiktion över fisket. Olika förslag för att lösa frågan diskuterades under 1958 års havsrättskonferens, men ingen lösning fick fullt stöd. Två år senare gav 1960 års havsrättsliga konferens bredare stöd åt en 12 sjömil bred zon med exklusiva fiskerättigheter för staten, men förslaget fick dock inte tillräckligt brett erkännande för att gå igenom¹⁰².

Trots de misslyckande försöken att komma fram till ett allmänt accepterat förslag på de båda konferenserna, fortsatte stater regelbundet att bryta mot den gamla regeln om 3 sjömil som gräns för fiskejurisdiktion, och därigenom utvecklades en ny praxis.

Internationella Domstolen uttalade sig i frågan i *Fisheries Jurisdiction Case*¹⁰³, ett fall mellan Island och Storbritannien. Fallet gällde om den då omtvistade 12-sjömilgränsen som användes för exklusiv fiskejurisdiktion, hade blivit sedvanerätt eller inte. Storbritannien ansåg att Island bröt mot internationell lag när staten utvidgade sina gränser till 12 sjömil och förhindrade Storbritannien att fiska inom områden som de enligt dåvarande folkrätt hade rätt till. Fler och fler stater hade vid den tiden börjat använda sig av utvidgade gränzoner och en praxis som hade utvecklats bland ett flertal kuststater var att dessa hade förtur till fisket i områdena om staten var beroende av fiske som inkomstkälla. Till följd av den Internationella Domstolens uttalande i fallet fortsatte stater att utvidga sina zoner från 3 sjömil mot 12 sjömil eller mer, och 1978 hade 38 kuststater uttryckt stöd för en 200 sjömil bred zon med exklusiva fiskerättigheter. 1982 års UNCLOS innehöll pga denna utveckling bestämmelser om en 200 sjömil bred zon med exklusiv jurisdiktion för kuststater. I praktiken innebar detta att en kuststat kunde ge vilken annan stat den ville fiskerättigheter i form av kvoter. Genom staters användande av 200-sjömilzoner hade en statspraxis utvecklats till sedvanerätt som i och med att zonen stadgades i UNCLOS 1982 blev kodifierad internationell rätt¹⁰⁴.

Den Internationella Domstolen stödjer denna utveckling genom uttalanden i ett fall från 1982, *Continental Shelf Case* mellan Tunisien och Libyen, där domstolen anser att den 200 sjömil breda exklusiva ekonomiska zonen ska anses vara en del av internationell rätt. I ett senare fall från 1985, mellan Libyen och Malta, bekräftar domstolen sitt tidigare uttalande från 1982 och säger att det numer är utom tvekan att exklusiva ekonomiska zoner, genom statspraxis, är en del av sedvanerätten¹⁰⁵.

3.1.2 International Law Commissions arbete på området

En artikel om hur problem med traktatsrättsliga bestämmelser som står i konflikt med yngre sedvanerättsliga regler skulle kunna lösas har funnits

¹⁰² Churchill & Lowe, s. 15

¹⁰³ Kontou, s. 109

¹⁰⁴ Churchill & Lowe, s. 19

¹⁰⁵ Kontou, s. 40

med i flera olika former i ILCs förarbeten till VCLT, men eftersom konsensus angående artikelns ordalydelse inte kunnat uppnås, har området förblivit oreglerat. Ytterligare en anledning till varför en artikel av detta slag inte kommit med i konventionen är att det är en traktat om traktaträtt, inte om sedvanerätt, och det ansågs ligga utanför traktatens område att reglera delar av sedvanerätten¹⁰⁶.

Förarbeten till konventionen innehöll en bestämmelse för att hantera konflikter angående intertemporal rätt, artikel 56. Denna artikeln tog upp situationer där en traktat skulle ge vika för yngre sedvanerätt, d.v.s. de fall när sedvanerätten var *jus cogens*. Det var i samband med denna bestämmelse som diskussionen om sedvanerätt som inte är *jus cogens* skall ersätta äldre traktater vid en konflikt, fördes. Det påpekades att regler som består efter en konflikt inte enbart är att ses som intertemporal rätt, utan att det även kan vara en fråga om modifiering av en regel efter en annan och som ett resultat av denna diskussion kom inte artikeln med i den slutgiltiga versionen. Istället skrevs ett nytt förslag på bestämmelsen, artikel 73, som skulle vara tillämplig på konflikter mellan yngre sedvanerätt och äldre traktatsbestämmelser. Men i de diskussioner som följde på artikelförslaget växte kritiken mot artikelns innehåll, då det stod klart att det inte var fråga om någon tolkning utan snarare en modifiering av traktater i den ordalydelse artikeln hade¹⁰⁷.

Artikeln skrevs återigen om, och blev till artikel 68 som behandlade modifiering av äldre traktater till följd av nyare traktater, efterföljande praxis och yngre sedvanerätt. Artikeln antogs enhälligt av ILC¹⁰⁸. När ILCs förarbete till VCLT cirkulerades mellan staterna, öppet för kommentarer och diskussioner, mottogs artikeln positivt och dess innehåll ansågs ligga helt i linje med den generellt accepterade principen *lex posterior derogat legi priori*: traktater ska tillämpas i ljuset av gällande folkrätt samt följa folkrättens evolution. Dock ställdes frågan huruvida artikeln över huvud taget skulle finnas med i ett regelverk som VCLT. Traktatsmodifikation ansågs falla utanför VCLTs område, och då det fanns olika åsikter om vad som kunde anses vara sedvanerätt på området föreslogs att bestämmelsen i artikel 68 c skulle lämnas utanför VCLT och ses som en del av generell sedvanerätt. Alla stater utom två, Grekland och Storbritannien, ställde sig bakom detta förslag. Grekland protesterade och ansåg att det saknades *opinio juris* för att etablera en sedvanerättslig regel som stod i konflikt med en redan gällande traktat. Storbritannien ansåg att artikel 68 c stödde en princip som godkände modifiering av traktater pga ny sedvanerätt utan att alla parter till traktaten var överens om detta. Storbritannien fick stöd av Sir Humphrey Waldock som ansåg att det kunde finnas tillfällen då artikeln, som den var författad, kunde skapa problem. Om det exempelvis var parternas intention att skapa en speciell regim mellan sig som skulle avvika från generell sedvanerätt vore det inget annat än befängt om det fanns en regel som angav att traktaten skulle modifieras till att följa just den

¹⁰⁶ Kontou, s. 135

¹⁰⁷ Ibid, s. 136

¹⁰⁸ Ibid, s. 137

sedvanerätt parternas intention varit att göra ett undantag från¹⁰⁹. Det viktiga, ansågs det, var att parterna skulle kunna komma överens om vilka regler de ville applicera *inter se* utan att vara begränsade av regler som förhindrade deras vilja. Regelverket skulle vara till för att skapa lösningar, inte göra folkrätten snårig och svårnavigerad. Det borde vara parternas intentioner som skapade rättigheter och skyldigheter, då parterna fritt skulle kunna rättshandla efter eget önskemål. Det är därför VCLT inte innehåller någon bestämmelse om hur konflikter av detta slag skall lösas. För att finna lösningar får man gå till andra källor: staters praxis och tribunalers avgörande.

3.2 Staters praxis på området

Stater har löst konflikter mellan traktatsrätt och sedvanerätt på olika sätt men det som går att utläsas ur staters praxis är att det finns en sedvänja att betrakta äldre traktater som obsoleta och att dessa får ge vika för yngre sedvanerättsliga regler, antingen detta är ett uttryck för samtliga parter vilja eller inte.

I de fall där parterna själva, utan tredje parts inblandning, löst konflikten, har en övervägande stor del lutat åt att antingen avsluta traktatsöverenskommelsen helt och hållet eller att modifiera den så att den inte längre står i konflikt med den konkurrerande sedvanerättsliga regeln. Resultatet har blivit att parterna givit upp den ursprungliga traktatsöverenskommelsen, och förändrat eller modifierat den för att passa den nya sedvanerätten.

Det är i sig inget häpnadsväckande att parter reviderar och förändrar en traktat mellan sig när de är överens om på vilken eller vilka punkter traktatsbestämmelserna inte längre är kompatibla med deras önskan, men vad dessa fall som jag valt att ta upp visar på, är *en* parts vilja att förändra, modifiera eller avbryta en traktat, och hur denna part har gjort detta utan att ta någon större hänsyn till vad den andra parten har velat. Parterna har i dessa fall inte slutligen kommit överens, utan den ena partsviljan har segrat. Den andra parten har, av olika anledningar, funnit sig i detta. Dessa olika anledningar är naturligtvis i sig själva relevanta realpolitiska frågor, men då dessa faller utanför ramen för detta arbete kommer de inte att diskuteras närmare här.

3.2.1 Treaty of Portsmouth

Treaty of Portsmouth 1905, mellan Ryssland och Japan, var en traktat angående fiskerättigheter för Japan inom ryskt vatten som tillkom efter det Japansk-Ryska kriget 1904-05. Traktaten garanterade Japan fiskerättigheter inom Rysslands territorialhav¹¹⁰. 1907 gjordes ett tillägg till traktaten som

¹⁰⁹ Kontou, s. 137

¹¹⁰ Treaty of Portsmouth 1905, artikel XI, http://query.nytimes.com/mem/archive-free/pdf?_r=1&res=9902EFD61431E733A25754C1A9669D946497D6CF

vidgade Japans rättigheter till att gälla även vissa floder inom det tidigare beslutade området. Traktaten innehöll ingen klausul om omförhandling eller avslutande. Traktaten förnyades efter 12 år på båda parter begäran. Konflikt uppstod mellan parterna när statspraxis inom havsrätten utvecklades i riktning mot ett 12 sjömil brett territorialhav, något Ryssland ansåg sig ha rätt till men som Japan protesterade mot, vidhållande att 3 sjömil var lagligt grundat och att allt annat stod i konflikt inte bara med sedvanerätten utan också med parternas överenskommelse. Parterna förhandlade under de kommande åren ett flertal gånger och skrev nya tillfälliga traktater med varandra utan att specificera hur brett Rysslands territorialhav var. Dessa temporära avtal minskade Japans rättigheter tills dessa helt försvann 1936¹¹¹.

Det framgår här tydligt att den äldre traktaten fick ge vika för den yngre framväxande sedvanerättsliga regeln. Japan ansåg Rysslands breddande av sitt territorialhav vara olagligt, och protesterade, men fick ändå i och med den framväxande praxisen se sina traktatsstadgade rättigheter successivt minskas och slutligen försvinna.

3.2.2 Faroe Island and Iceland Convention

Convention Regulating Fisheries off the Faroe Islands and Iceland, reglerade fiskerättigheter mellan Danmark och Storbritannien utanför Islands och Färöarnas kust. Traktaten ingicks 1901 och gav Danmark exklusiva fiskerättigheter inom 3 sjömil från nämnda öars kust. 1955 gjordes ett tillägg till traktaten som förbjöd unilateral uppsägning av traktaten före 1965¹¹². Konflikten tog fart när Danmark 1957 utökade sina exklusiva fiskerättigheter från 3 sjömil till 12 sjömil och meddelade Storbritannien att man ville omförhandla avtalet från 1901. Danmark stödde sig på den framväxande statspraxisen inom området, medan Storbritannien hävde att folkrättsliga regler endast tillät 3 sjömil samt att statspraxis inte var tillräckligt utvecklad för att ge stöd åt Danmarks sak. UNCLOS 1958 eller 1960 tydliggjorde inte rättsläget inom området. Danmark utökade sitt territorialhav till 12 sjömil från och med 1964 och bröt därmed traktatöverenskommelsen med Storbritannien från 1959 där parterna kommit fram till att avvakta UNCLOS beslut i frågan¹¹³. Staterna argumenterade sinsemellan den legala grunden för sitt handlande men sköt upp förhandlingarna tills regelverket hade blivit tydligare. En viktig del i denna konflikt är att Storbritannien inte krävde att 1901/1955 års avtal skulle gälla som en särskild regim mellan parterna. Storbritannien valde att inte handla på annat sätt än genom protester. Traktaten var i kraft mellan parterna, men Danmark bröt ensidigt mot traktatöverenskommelsen och förändrade reglerna mellan parterna innan detta var tillåtet, endast genom antagandet att sedvanerätten skulle utveckla sig mot 12 sjömil¹¹⁴.

¹¹¹ Kontou, s. 41

¹¹² Ibid, s. 43

¹¹³ Ibid, s. 44 f

¹¹⁴ Ibid, s. 46

3.2.3 London Fisheries Convention

Konflikten om fisket i Nordatlanten och *London Fisheries Convention 1964* var ett resultat av att Storbritannien avsåg sig alla skyldigheter i tidigare överenskommelser från 1839, 1843 och 1882 med hänvisning till att dessa var otillräckliga då flera stater hade utvecklat en nyare praxis med utvidgad exklusiv fiskejurisdiktion. Storbritanniens unilaterala uppsägning av traktaten följde avtalsreglerna i 1843 och 1882 års avtal, men inte i enlighet med 1839 års avtal. Frankrike protesterade, men gick ändå med på att förhandla om nya regler. Dessa förhandlingar mynnade ut i *London Fisheries Convention 1964*, trots att alla länder som var parter till traktaten inte delade Storbritanniens uppfattning om vad som var legala gränser för fiskejurisdiktion och bredden av territorialhavet¹¹⁵.

3.2.4 Dispyt mellan Marocko och Spanien

I *Fisheries dispute between Morocco and Spain*: hade staterna slutit ett permanent avtal med varandra 1969 angående fiskerättigheter, men framväxande sedvanerätt skapade problem för de båda staterna. Traktaten hade enligt traktatsbestämmelserna revideringsmöjligheter efter 10 år, men endast om parterna var överens om det. Trots avtalet utökade Marocko 1972 sin exklusiva jurisdiktion från 12 sjömil till 70 sjömil, vilket Spanien protesterade mot. Under konfliktens gång vidgade båda parterna sina exklusiva zoner i enlighet med under perioden framväxande sedvanerätt, fram till 1978 då bägge parter i enlighet med gällande rätt hävdade en exklusiv fiskezon på 200 sjömil¹¹⁶.

3.2.5 Reglering i kanadensiska vatten

The Renegotiation of fishing rights in Canadian waters mellan Kanada, USA och Frankrike skedde 1964, och omförhandlingarna gällde ett avtal från 1818, tänkt att vara för all framtid, som begränsade territorialhavet till 3 sjömil. Den nya traktaten skulle garantera 3 sjömil territorialhav samt 9 sjömil exklusiv fiskezon, d.v.s. totalt 12 sjömil vilket sedan UNCLOS 1960 var inom ramen för den då framväxande internationella statspraxisen angående staters jurisdiktion över angränsande vatten¹¹⁷. Avtalet reglerade även vilka stater som skulle få utnyttja fiskerättigheter inom området, avsett att med tiden fasas ut för att ge Kanada större självbestämmande inom området. USA följde efter med ett liknande avtal och 1970 utökade Kanada territorialhavet till 12 sjömil med stöd av den framväxande statspraxisen och att utvecklingen gick mot en sedvanerättslig regel på området. USA och Frankrike protesterade mot Kanadas unilaterala utvidgning av sin jurisdiktion på de fria haven och inskränkningen av de tidigare garanterade

¹¹⁵ Kontou, s. 47 ff

¹¹⁶ Ibid, s. 68f

¹¹⁷ Ibid, s. 51

fiskerättigheterna, men Kanada tillbakavisade protesten med att sedvanerätten var stöd nog för deras rätt till utvidgning. Kanada refererade till 45 andra staters praxis och att internationell rätt kunde uppkomma genom statspraxis¹¹⁸. Kanada fortsatte under de följande åren att vidga sina fiskezoner, för att 1976 uppnå 200 sjömil från kusten, utan att förhandla med övriga traktatsparter och endast genom att stödja sig på den nya sedvanerätten som man ansåg hade gjort den äldre traktaten obsolet. Kanada införde de nya fiskereglerna i konflikt med den äldre traktaten från 1818, baserade sin rätt på ny sedvanerätt, och bundenheten av tidigare avtal visade sig inte vara något hinder¹¹⁹.

3.2.6 Spanskt fiske i den Europeiska Gemenskapens vatten

Spanish fishing rights in European waters-konflikten började med att den Europeiska gemenskapens medlemmarna utvidgade sina exklusiva zoner till 200 sjömil 1977, med hänvisning till den framväxande sedvanerätten. Spanien var inte medlem i den Europeiska Gemenskapen utan endast part till 1964 års *London Fisheries Convention*, *Franco-Spanish Agreement 1967*, och 1958 års Genèvekonvention om de fria haven. Ingen av dessa konventioner eller avtal tillät unilaterala förändringar av tidigare överenskomna fiskegränser. Spanien ansåg att den Europeiska Gemenskapen bröt mot de internationella avtalen och mot internationell sedvanerätt då dess medlemmar utvidgade fiskezonerna och uteslöt spanska fiskare från de rättigheter som de äldre traktaterna garanterade. Gemenskapens medlemmars ställningstagande i frågan var att de äldre traktaterna var föråldrade och därmed inte längre tillämpliga på vare sig avtalet mellan parterna eller den uppseglande konflikten i sig, att dessa traktater skulle ses som avslutade av den yngre sedvanerätten och att det därför var nödvändigt att förhandla fram ett nytt avtal som mer gick i linje med den yngre sedvanerätten. 1980 kom parterna överens om ett nytt avtal som inte uttryckligen avvecklade den äldre överenskommelsen, men gick förbi den. Spanien fick finna sig i att Gemenskapens nya zoner blev bestående¹²⁰.

3.2.7 Implicerad praxis

Alla dessa olika dispyter har uppkommit när staters fiskejurisdiktion förändrats och stater börjat göra anspråk på vidgade fiskezoner med exklusiv jurisdiktion. I alla de förhandlingar som har inträffat har stater valt att anpassa sig till gällande sedvanerätt, vare sig samtliga inblandade varit överens om detta eller inte. Det kan sägas att inom havsrättens område, gällande fiskejurisdiktion och utvecklingen av vidare zoner, har en sedvänja mellan stater vuxit fram, en statspraxis att överge äldre traktater som inte är

¹¹⁸ Kontou, s. 53

¹¹⁹ Ibid, s. 56

¹²⁰ Ibid, s. 64ff

kompatibla och i linje med yngre sedvanerätt. Det som inte gör denna sedvänja, baserad på staters praxis, till sedvanerätt, är avsaknaden av *opinio juris*.

I samtliga fall har havsrätten varit på väg att förändrats och för att inte förlora potentiella rättigheter har stater antingen skjutit upp traktatsöverenskommelserna, lagt till modifieringsklausuler eller endast slutit avtal angående fiskerättigheter på kortare perioder. Allt för att inte avtala bort de rättigheter som de varit övertygade om inom en snar framtid skulle bli realitet.

Alla de ovan nämnda traktaten är tydliga exempel på äldre traktater som efter en viss tid utmanats av yngre sedvanerätt och givit vika. Att förändra och avbryta dessa överenskommelser har allt som oftast varit på initiativ av någon av parterna och mer sällan enligt principen om ömsesidiga överenskommelser. Det kan sägas att parternas starka tro på att sedvanerätten skulle förändras inom kort och deras pragmatisk övervägande har varit tillräckligt för att kunna bryta en överenskommelse. I samtliga fall har stater stött sig på beviset att ett visst antal stater, även om dessa varit relativt få, redan infört de nya reglerna, samt att det inte funnits några klara och tydliga internationella regler på området. Dessa båda stöd finner jag i grund och botten vara samma stöd, då det är staters handlingar, och deras tro på dessa handlingars legalitet, som skapar det internationella regelverket.

3.3 Avgörande av Tribunaler

I de fall där en tredje part har blivit ombedd att lösa tvisten mellan parterna har utslaget blivit ett annat än där parterna själva fått råda över konflikten: den äldre traktaten har här överlevt en konflikt med yngre sedvanerätt. Detta kan förklaras på olika sätt, men den tydligaste anledningen är de rättigheter de internationella domstolarna har - den avgörande punkten är tribunalernas jurisdiktion. Det finns en skillnad mellan *tolkning* och *modifikation* av traktater. En internationell domstol får inte förändra en traktat, utan endast tolka den. Att tillämpa nyare sedvanerätt på den äldre traktaten så att dess bestämmelser ändras är modifiering av traktaten, inte tolkning¹²¹. Detta har resulterat i att traktatsbestämmelserna består vid en konflikt.

3.3.1 The Fisheries Jurisdiction case

The Fisheries Jurisdiction case, mellan Storbritannien och Island, rörde ett avtal från 1961 som blev aktuellt pga Islands utvidgning av sin fiskejurisdiktion till 50 sjömil 1971¹²², detta skedde efter en tidigare dispyt mellan parterna 1958, när Island utvidgade sin jurisdiktion till 12 sjömil. Island ansåg att traktaten från 1961 var föråldrad och inte i linje med den yngre framväxande statspraxisen, samt att man aldrig skulle ha ingått avtalet om man vetat att förhållandena skulle komma att förändras så radikalt¹²³. Storbritannien uppfattade den nya 12 sjömilgränsen som *jus cogens*, vilket

¹²¹ Sevastik. 2002, s. 251

¹²² Kontou, s. 109

¹²³ Ibid, s. 110

inte Island hade hävdats som anledning. ICJ ansåg inte att 1961 års avtal kunde avbrytas med hänvisning till fundamentalt förändrade omständigheter, alltså i enlighet med artikel 62 VCLT. Beslutet vilade på två anledningar. Den första var att syftet och ändamålet fortfarande var det samma, den andra att skyldigheterna mellan traktatsparterna inte förändrats eller blivit betydligt mer betungande för den ena traktatsparten. Balansen var inte rubbad, utan densamma som vid avtalets ingående.

Domstolen slog fast att det inte gick att använda sig av *rebus sic stantibus* och automatiskt avsluta traktaten. Inte heller kunde en part med hjälp av regeln unilateralt avbryta en traktatsförbindelse, utan tvisten borde hänskjutas till en tredje part för lösning. Vidare framlade domstolen att i fall med fiskejurisdiktion kunde artikel 62 VCLT eventuellt bli tillämplig om skyldigheterna blivit extremt förändrade i grunden och numer skilde sig markant från de ändamål och syften som existerade vid traktatens ingående¹²⁴. I själva konflikten angående utvidgad fiskejurisdiktion ansåg ICJ att Islands 12 sjömil var helt i enlighet med internationell lag, d.v.s. att sedvanerätten hade ersatt 1958 års Genèvekonvention; Island var dock inte part till denna konvention och uttalandet ska ses *obiter dicta*¹²⁵. Det som kvarstod som underlag för att lösa konflikten var avtalet från 1961 och domstolen accepterade det faktum att det fanns ett behov av att modifiera och redigera avtalet mellan parterna så att skyldigheter och rättigheter i avtalet mer sammanföll med sedvanerätten men att denna modifikation skulle ske genom förhandling och att fram tills dess ett nytt avtal ingåtts mellan parterna gällde 1961 års avtal. Islands utvidgning till 50 sjömil ansågs därför som olaglig¹²⁶.

3.3.2 Continental Shelf Arbitration

Continental Shelf Arbitration 1975 gällde vad Frankrike och Storbritannien. Konflikten stod mellan en äldre traktat, 1958 års Genèvekonvention om kontinentalsockel, och den yngre sedvanerätten angående hur gränsdragning av kontinentalsockel mellan mitt emot liggande stater skulle ske. Båda staterna var parter till den äldre traktaten. Båda staterna hade anammat 200 sjömil breda exklusiva zoner med stöd av UNCLOS III. Frankrike ansåg att den yngre sedvanerätten hade gjort den äldre traktaten föråldrad och oanvändbar, och att den nya utvecklingen inom havsrätten var oförenlig med den äldre traktaten. Storbritannien hävdade det motsatta, att traktaten fortfarande var i kraft och tillämplig mellan parterna. Tribunalen fann att den äldre traktaten var föråldrad och att det var av högsta vikt att rätten utvecklades, även om detta innebär att stater tvingades att modifiera, eller till och med avsluta traktater pga yngre sedvanerätt¹²⁷. Det som här särskilt bör noteras rörande domstolens uttalande är uppfattningen att yngre sedvanerätt inte automatiskt modifierar eller avslutar en äldre traktat, utan att detta måste ske i samförstånd mellan parterna¹²⁸.

¹²⁴ Kontou, s. 112

¹²⁵ *Obiter dicta*: ett uttalande av domstol som inte är en del av en dom.

¹²⁶ Kontou, s. 115

¹²⁷ Ibid, s. 116f

¹²⁸ Ibid, s. 118

3.3.3 Spanish Fisheries Case

Spanish Fisheries Case 1977 var den legala konsekvensen av den ovan nämnda konflikten mellan den Europeiska Gemenskapen och Spanien. Domstolen ansåg att de tidigare traktaten mellan parterna blivit åsidosatta, inte av yngre sedvanerätt utan av en ny informell traktatsöverenskommelse, och att parterna skulle förhandla, inte unilateralt tvinga någon att följa den ena partens vilja¹²⁹.

3.3.4 Le Bretagne Arbitration

Le Bretagne Arbitration 1972 gällde en konflikt om vad som egentligen ingick i Kanadas fiskeregleringsrättigheter. Tribunalen slog fast att det inte handlade om tolkning av 1972 års avtal, utan om dess användbarhet över tid, vilket gav till resultat att parterna hade att modifiera traktaten så att den mer gick i linje med den yngre sedvanerätten. Tribunalen ansåg inte faktumet att Kanada och Frankrike båda vidgat sin fiskejurisdiktion till 200 sjömil innebar en tillräckligt ingripande förändring för att rubba den balans som traktaten satt upp, och att parterna vid traktatens ingående hade lämnat utrymme för att traktaten skulle kunna utvecklas i samspel med rättsutvecklingen på området¹³⁰.

Det som generellt går att utläsa ur domen är regler hur modifiering av traktater får ske, hur parterna kan hantera en äldre traktatsregim om den är att anses som bestående och hur vitt tribunaler får gå i sin tolkning av traktatstexten för att finna en lösning. Modifiering av traktat får ske om den nya sedvanerätten påverkar balansen inom traktatsregimen och förändrar de ursprungliga rättigheterna och skyldigheterna totalt. Vidare finns det en möjlighet för traktatsparterna att bortse från den yngre sedvanerätten genom att förvandla den äldre traktaten till en specialregim av permanent karaktär mellan sig, s.k. särskild sedvanerätt. Det framgår också att tribunalen har en möjlighet att läsa in yngre sedvanerätt i traktatstexten om det går att utläsa av traktaten att detta var parternas intention vid ingåendet av traktaten¹³¹.

3.3.5 Guinea- Bissau/Senegal Maritime Boundary Arbitration

Guinea- Bissau/Senegal Maritime Boundary Arbitration 1985 kunde inte utgå ifrån 1982 års UNCLOS eftersom denna ännu inte trätt i kraft. Traktaten som utgjorde grund för konflikten var ett gränsavtal från 1960, som nu blivit oförenligt med yngre sedvanerätt. Enligt tribunalen var avtalet slutgiltigt och kunde därför inte modifieras pga yngre kolliderande sedvanerätt, eftersom artikel 62 VCLT inte kan användas vid traktatstolkning av ett gränsavtal. Konventionen är inte tillämplig i en sådan tvist. Tribunalen ansåg att i princip skall en traktat tolkas i ljuset av ny

¹²⁹ Kontou, s. 122

¹³⁰ Ibid, s. 123

¹³¹ Ibid, s. 124

sedvanerätt, och tribunalen var därför beredd att räkna med havsrättens evolution i det specifika fallet så länge detta inte stod i konflikt med tribunalens funktion, d.v.s. att tolka traktaten¹³². Tribunalen ansåg sig kunna bedöma betydelsen av termerna som tvisten handlade om, nämligen territorialhav, angränsande zon och kontinentalsockel. Detta var möjligt eftersom dessa termer fanns vid 1960 års avtalsslut. Det avgörande ansåg tribunalen vara partsintentionen att kontinentalsockeln i traktaten avsågs vara möjlig att exploatera, ett skeende som var föränderligt över tid genom ökad kunskap och teknisk utveckling¹³³.

3.3.6 Implicerad praxis

Vid avgörande av tribunaler har tribunalernas jurisdiktion varit den tongivande riktningen för hur utslagen skulle bli. En internationell domstol får inte modifiera en traktat, detta kan endast parterna till traktaten göra. En internationell domstol kan endast tolka traktaten för att finna vilken funktion traktatsparterna menade att traktaten skulle innebära.

Vad som går att utläsa av samtliga de domar jag tagit upp i detta kapitel är att då ett fall tagits upp av tredje part är det parternas intention och vilja vid traktatens ingående som varit avgörande för om traktaten bestått vid en konflikt med yngre sedvanerätt. Grunden till varför parterna ingick traktaten är alltså vad som avgör dess livslängd och möjliga föränderlighet över tid. Finns det en möjlighet att utläsa ur traktaten att det var parternas intention att traktatsregimen skulle vara så speciell att den skulle överleva vid sidan av en yngre sedvanerätt och reglera förhållandet mellan traktats parterna *inter se*, då överlever traktaten och fortsätter att gälla mellan parterna.

3.4 Sammanfattning

Trots flera försök att skapa en regel på området lyckades inte detta då det fanns svårigheter kring att enas hur en sådan bestämmelse skulle se ut och om Wienkonventionen var rätt forum för denna bestämmelse. Alla de olika förslagen på artiklar i ILCs förarbete till konventionen avslogs och den enda gemensamma överenskommelsen som till slut antogs var att inte ta med bestämmelsen i den slutgiltiga versionen av konventionen. Det råder ännu tveksamheter runt om det överhuvudtaget finns ett problem, eftersom parterna till en traktat helt enkelt bara kan komma överens om att omförhandla eller avsluta bestämmelserna. Men som tydligt är uppstår det ideligen frågor kring hur denna problematik ska lösas, och det går här att utläsa två tydliga linjer. Den ena är att när stater själva utan tredje part löser konflikten tycks det vara statspraxis att överge den äldre traktaten framför den yngre sedvanerätten, vare sig alla parter är överens eller inte. Den andra linjen står tribunalerna för, huvudsakligen pga att dessa är låsta i sina judiciella regelverk och inte kan modifiera utan endast tolka en traktat. I dessa fall har traktaten bestått om det kunnat bevisas att det var

¹³² Kontou, s. 126

¹³³ Ibid, s. 127

traktatsparternas intention att traktaten skulle överleva generella förändringar inom sedvanerätten som reglerar samma område som traktaten.

Det är parterna till traktaten som disponerar över traktatens innehåll, och den praxis som uppstår mellan parterna är grunden för hur traktaten kommer att utvecklas. Om det utvecklas en ny sedvanerättslig regim utanför traktatens gränser kan parterna välja att inom traktaten använda sig av denna nya praxis. Denna praxis behöver inte vara sedvanerättslig i ordets fulla bemärkelse, utan det är fullgott om en av sedvanerättens elementära definitioner är uppfyllda. Det betyder att det traktatsrättsliga innehållet kan förändras och få en annan betydelse mellan parterna. För att detta ska vara möjligt måste dock traktatsparternas *opinio juris* kunna utläsas och det måste tydligt framgå att detta är vad parterna avser.

Det finns en möjlighet att parternas intentioner vid traktatens ingående var att traktaten skulle gälla för all framtid, och som speciell sedvanerätt parterna *inter se* även efter att utvecklingen inom den generella sedvanerätten gått i en annan riktning. Parternas intentioner att skapa en speciell regim kan vara specifikt uttryckta i traktattexten, vara tolkade ur klausuler som reglerar traktatens längd, eller tolkade ur andra relevanta klausuler, t.ex. förklaringar till varför traktaten ingicks. Tittar man på de situationer där traktater förändrats eller avslutats pga yngre sedvanerätt så har det varit en genomgående linje i statspraxis att traktatsbestämmelserna fått ge vika för sedvanerätten om den har bundit *erga omnes*. Om traktaten, när den skrevs, var en avvikelse från allmänna sedvanerättsliga bestämmelser, finns det inga nya element som kräver att den kontraktuella situationen skall tas upp och värderas på nytt.

4 Svalbardtraktaten

4.1 Ögruppen Svalbard

Svalbard, även känt som Spetsbergen efter ögruppens största ö, ligger i Barents hav, mellan 74°–80° nordlig bredd och 10°–35° östlig längd¹³⁴. Ögruppens sammanlagda yta är 63 000 kvadratkilometer, varav 60 % är täckt med glaciäris. Svalbard har ca 2800 invånare, de flesta verksamma inom forskning, gruvidrift eller turism¹³⁵.

Golfströmmens inverkan på temperaturen i havet, de syrerika vattnen kring Arktis och Svalbards grunda kontinentalsockel ger tillsammans gynnsamma förutsättningar för ett rikt och varierat fiske, en av de största naturresurserna i området¹³⁶. Andra naturtillgångar är gruvidrift i form av mineral- och kolutvinning. Gruvidrift har bedrivits sedan slutet på 1800-talet, bland annat med svensk inblandning¹³⁷. Svalbards strategiska läge har också lockat olika länder att göra anspråk på öarna. Efter kalla krigets slut, och på grund av dagens teknik och kommunikationsmöjligheter, har Svalbards potential som strategisk punkt mitt i Barents hav minskat drastiskt och fokus har mer och mer flyttats över till de förmodade resurserna under havsbotten och i vattnen kring Svalbards kust.

Det är främst ögruppens rika naturresurser, och dessas möjliga exploatering, som har gjort Svalbard intressant ur en internationell politisk synvinkel, och ett flertal stater har gjort anspråk på suveränitet över ögruppen. Ögruppens status reglerades slutgiltigt i Svalbardtraktaten, men denna traktat till trots finns det fortfarande dispyter mellan vissa av traktatsparterna om hur Svalbards resurser ska regleras och fördelas.

4.2 Traktatens historiska bakgrund

Svalbards folkrättsliga status reglerades, i samband med fredsförhandlingarna efter första världskriget, i Paris 1920. Svalbardtraktaten, som tillkom efter flera år av förhandlingar, ratificerades och trädde i kraft 1924. Idag är 39 stater part till traktaten¹³⁸.

Traktaten var tänkt att reglera och sätta punkt för en mer än hundraårig diskussion mellan de inblandade staterna om ögruppens folkrättsliga status. Intresset för Svalbard har funnits sedan 1600- och 1700- talet när Ryssland, Norge, Danmark och det Brittiska samväldet gjorde anspråk på ögruppen. Dock var det ingen av staterna som tog något initiativ att avgöra frågan och ögruppen behöll sin tidigare allmänt erkända status som *terra nullius*¹³⁹.

¹³⁴ Se Bilaga A

¹³⁵ www.svalbard.net/index.asp?intOpenID=6&action=category&catid=6

¹³⁶ <http://www.svalbard.net/index.asp?action=general&destid=47&intOpenID=6&catid=6>

¹³⁷ Proposition 1924:159, s 2

¹³⁸ www.lovdato.no/cgi-bin/udoffles?doc=tra-1920-02-09-001.txt&

¹³⁹ Proposition 1924:159, s 2.

Den Svensk-Norska regeringen framställde 1871, på initiativ av professor Nordenskiöld, ett förslag om svensk-norskt besittningstagande av ögruppen, för att på så sätt kunna upprätta en svensk koloni på ön som skulle kunna ta tillvara och säkra möjligheten för vetenskaplig forskning¹⁴⁰. Inga av de tillfrågade staterna protesterade, utom Ryssland som invände på åtskilliga punkter. Ryssland ansåg att ögruppen skulle, genom "tacit agreement", behålla sin status som ett område inte kontrollerat av någon stat och därmed tillgängligt för alla stater. Då staterna inte kunde finna någon lösning övergavs den svensk-norska idén om en forskningskoloni på Svalbard och situationen förblev oförändrad¹⁴¹.

Frågan om Svalbard rättsliga status fastställdes inte, men då tillströmningen av näringsidkare, fiskare, pälsjägare, gruvarbetare och turister ökade kraftigt i början av 1900-talet, fanns det ett stort behov av att besluta rättsläget. Detta inledde en period av förhandlingar mellan de berörda staterna. 1907 skickade den norska regeringen ut en förhandlingsinbjudan till de stater som kunde tänkas vara intresserade för att söka finna ett slut på det allt oftare återkommande Svalbardproblemet. Norge försäkrade i sin inbjudan att dessa förhandlingar inte hade som syfte att förändra öarnas rättsliga status som *terra nullius*, utan att meningen med förhandlingarna var att mötas på en diplomatisk konferens där frågan öppet kunde diskuteras med de stater som ansågs vara berörda. De som bjöds in var Danmark, Färöarna, Norge, Ryssland, Sverige, Schweiz, Tyskland och Belgien. Belgien deltog som intressent på konferensen men var passiv och uttalade sig inte i frågan. Enligt svenska uttalanden var det endast Norge, Ryssland och Sverige som hade ett genuint, historiskt intresse av ögruppen och därför skulle endast dessa stater ha möjlighet att förhandla om dess status¹⁴².

Den diplomatiska konferensen 1914 utarbetade ett förslag till en rättslig regim på Svalbard i vilket Svalbard skulle fortsätta inneha status av *terra nullius*. Ögruppen skulle inte vara underställd någon stat, vare sig helt eller delvis. Alla staters undersåtar skulle ha fritt tillträde till området och i krigstid skulle det förhålla sig neutralt. Eventuella tvistefrågor angående traktaten skulle enligt det utarbetade förslaget avgöras av en skiljedomstol¹⁴³.

Förslaget mötte en del protester och det arbetades fram ett nytt utkast som i stort sätt överrensstämde med det gamla förslaget. Dock kom deltagarna till konferensen 1914 inte till någon enighet och det beslutades att staterna skulle hålla en ny konferens ett år senare. Det blev dock ingen konferens 1915 eftersom första världskriget utbröt, utan det var först efter freden 1919 som de allierade tog över frågan på framställan av Norge. Frågan lades fram för en kommission bestående av Storbritannien, Frankrike, Amerika och Italien, den så kallade Spetsbergskommissionen. Sverige anmodades att inge sin inställning till kommissionen, i vilken Sverige i första hand önskade anförtro Norge öarna genom ett internationellt mandat och lämnade villkoren för överlämnandet öppet för kommissionen att besluta.

¹⁴⁰ Ulfstein, s. 33f

¹⁴¹ Prop. 1924:159, s 2.

¹⁴² Ibid, s 3.

¹⁴³ Ibid, s 4.

Kommissionen såg inga hinder för att samtycka med detta förslag och ansåg sig berättigade att ge Norge fullständig suveränitet över ögruppen, på villkor att Norge skulle tillgodose att befintliga och eventuellt senare tillkomna företag inte inskränkte den status som öarna i ett historiskt perspektiv hade. Öarna skulle fortsätta att betraktas som *terra nullius* i fråga om fri etablering för företag och för staters undersåtar att besöka efter eget önskemål¹⁴⁴.

4.3 Traktatens syfte och innehåll

4.3.1 Syfte

Ingen stat har någonsin hävdats suveränitet över hela Svalbard med intilliggande öar innan traktaten kom till. Det har dock ända sedan Svalbard upptäcktes i modern tid funnits anspråk från stater rörande deras rätt till Svalbard och tillgång till dess resurser. Territoriella krav på vissa delar av området har framställts, men inget av dess krav har varit varaktiga och därmed inte kunnat hävdas med stöd av folkrättsliga principer. Svalbard förblev under lång tid ingenmansland, där alla stater hade möjlighet att bedriva verksamhet under sin egen jurisdiktion.

Traktatens syfte var att bibehålla Svalbards status som *terra nullius*, vilket skulle kunna hindras om något land tilläts suveränitet och full jurisdiktion över ögruppen och det var därför inte önskvärt att ändra Svalbards status genom någon stats hävd¹⁴⁵. Rättsläget var vid tiden för skapandet av traktaten oklart kring vilken stats jurisdiktion som skulle tillämpas på alla de mellanstatliga förbindelser som fanns i området. Det var tydligt att något var tvunget att göras för att förhindra framtida väpnade konflikter mellan inblandade stater¹⁴⁶. I förslaget till Svalbardtrakten som Norge presenterade för Spetsbergskommission, föreslogs att Norge skulle tilldelas suveränitet över ögruppen och vara den stat som administrerade Svalbards angelägenheter, men att alla stater med intressen i området skulle behandlas lika samt att områdets dåvarande rättsliga ställning inte skulle förändras. Det fanns ingen önskan om att nationalisera Svalbard på traditionellt sätt¹⁴⁷.

Det traktatsförslag som Norge presenterade för kommissionen och övriga intresserade stater vid förhandlingarna under Paris konferensen är i stora drag den nuvarande traktaten, med vissa förändringar¹⁴⁸. Kommissionen motiverade sitt val av norsk suveränitet över Svalbard med att Norge var den stat som hade störst intresse för Svalbard. Huvudargumenten var att Norge var den stat som var mest etablerad ifråga om invånare och verksamhet, Svalbards geografiska läge, d.v.s. närheten till det norska fastlandet samt behovet av att hitta en slutgiltig lösning på problematiken

¹⁴⁴ Prop. 1924:159, s 5.

¹⁴⁵ Ulfstein, s. 39

¹⁴⁶ Ibid, s. 38

¹⁴⁷ Ibid, s. 49

¹⁴⁸ Ibid, s. 49

angående områdets rättsliga status¹⁴⁹. Kommissionen fattade sitt beslut i konsensus och traktaten undertecknades 9 februari, 1920¹⁵⁰.

Svalbard nationaliserades, men bibehöll sin tidigare *terra nullius*-status under norsk överhöghet, vilket var ett krav från kommissionen om något land skulle få utöva suveränitet över området. Den norska suveräniteten kringskars av traktatens krav på upprätthållandes av dess tidigare status som ingenmansland. I traktatens olika artiklar betonas vikten av en fredlig och rättvis fördelning av resurserna mellan traktatsparterna. Svalbard ska ses som norskt territorium i internationella sammanhang och det är staten Norge som fattar beslut om vilka regler som ska gälla för en hållbar administration av området mellan traktatsparterna, men dessa regler får inte frångå traktatens syfte: att Svalbard skall fortsätta vara tillgängligt för alla de stater som är part till traktaten som om Norge inte hade faktisk överhöghet över området.

4.3.2 Innehåll

Traktaten vilar på tre grundpelare, vilka var och en är viktiga för att en enhetlig regim under norsk suveränitet ska kunna tillgodose alla traktatsparters rättigheter.

I traktatens första artikel slås fast att Norge har ”fulle og uindskrenkede høihetsret over Spitsbergenøgruppen”¹⁵¹. Denna bestämmelse gör Svalbard till en del av kungariket Norge: en del av norskt territorium där norsk lag gäller utan restriktion. Restriktionerna kommer i de följande artiklarna där Norges oinskränkta överhöghet och suveränitet kringskars till fördel för övriga traktatsparter. Redan i artikel 2 begränsas Norges suveränitet genom att alla traktatsparter ska ha lika rätt till fiske och jakt inom traktatens tillämpningsområde. Denna rätt gäller både på land och i Svalbards territorialhav¹⁵². Norges ”fulle og uindskrenkede høihetsret over Spitsbergenøgruppen” har därmed inskränkts genom övriga parters rättigheter och frågan uppstår då om Norge verkligen har oinskränkt rätt över området. För att finna svaret på detta måste traktatens ordalydelse tolkas. Detta görs i enlighet med VCLT art 31- 33. Men den egentliga frågan är inte om Norge har oinskränkt styre över Svalbard eller inte, utan snarare om traktaten, enligt den sedvänja som finns mellan stater, skall överleva den nya sedvanerättsliga utvecklingen inom havsrätten eller inte. Denna problematik återkommer jag till nedan.

Vidare i artikel 2 ges Norge rätten att besluta om de regelverk som skall styra nyttjande staters verksamhet som bedrivs inom det nämnda området. Det är genom denna artikel som Norges suveränitet ges fullt genomslag. Det är norsk lag som gäller på Svalbard, med undantaget att Norge inte får stifta någon lag som åsidosätter det likabehandlingsvillkor som går att utläsa ur bestämmelsen. Norge har rätt att fatta de beslut och stifta de lagar staten finner viktigt för området så länge ingen stat gynnas mer än någon annan av

¹⁴⁹ Ibid, s. 48

¹⁵⁰ Ibid, s. 49

¹⁵¹ Svalbardtraktaten, art 1, se bilaga B

¹⁵² Ibid, art 2

lagstiftningen. Bestämmelserna i artikel 2 korresponderar med bestämmelserna i artikel 3. Artikel 2 vänder sig mer till Norge som stat och redogör för de villkor som skall vara uppfyllda för att Norge skall få utöva överhöghet över Svalbard medan artikel 3 mer riktar sig till de övriga traktatsparterna.

Artikel 3 tar upp och tydliggör alla traktatsparterers skyldighet att följa de regelverk som Norge sätter upp för området, så länge dessa regler kan anses ligga innanför kravet om likabehandling¹⁵³. Artikel 3 ger också övriga traktatsparter rättigheter att anlöpa norska hamnar på resa till och från Svalbard även om det skulle finnas andra lagar som skulle kunna lägga hinder i vägen för denna möjlighet. Denna bestämmelse har tillkommit som ett led i att upprätthålla de likabehandlingskrav som finns i artikel 2 och för att minimera möjligheterna till dold diskriminering, främst för att hindra att, som artikel 3 uttrycker det, "Norge nyder mest begunstiget behandling"¹⁵⁴.

Artiklarna, framför allt artikel 2 som uttrycker kravet om likabehandling, är otydliga och kan ge upphov till olika tolkningar. Vid en tolkning av ordalydelsen i ljuset av traktatens ändamål och syfte framgår det att det är frågan om att behålla de *terra nullius*-rättigheter som var knutna till Svalbard innan området blev norskt. Detta för att inte Norge och norska intressenter skulle tjäna på att Norge fick utökat territorium på andra staters bekostnad¹⁵⁵.

De områden som traktaten är tillämpliga på är Svalbards landområden och territorialhav. Landområdet anges i artikel 1 och territorialhavet i artikel 2¹⁵⁶. Ingenstans i traktatstexten anges territorialhavets omfattning, vilket lämnar detta öppet för tolkning. Vidare innehåller traktaten inga bestämmelser om Svalbards kontinentalsockel eller om några exklusiva zoner såsom ekonomiska zoner eller fiskezoner. Koncepten exklusiv zon och kontinentalsockel var över huvud taget inte kända vid traktatens tillkomst. Dessa koncept uppkom genom sedvanerättsliga förändringar inom havsrätten under århundradet som följde efter att traktaten skrevs¹⁵⁷.

Traktatens slutliga form författades efter första världskrigets slut, efter flera år av ofruktsamma diskussioner mellan de inblandade staterna, men vid tidpunkten för traktatens ingående 1920 hade ännu inte diskussionen angående territorialhavet kommit igång på allvar. Första gången det gjordes ett försök att kodifiera vissa havsrättsliga rättsregler var 1924, då en kommitté tillsattes av Nationernas Förbund för att utreda ett antal olika begrepp, däribland territorialhav¹⁵⁸. Att vissa havsrättsliga områden inte fanns vid tillkomsten av traktaten samt att de områden som ingår i traktaten inte är tydligt definierade är alltså det som nu skapar problem kring hur traktaten skall tolkas.

¹⁵³ Svalbardtraktaten, art 3, se bilaga B

¹⁵⁴ Ibid, art 3, st. 4

¹⁵⁵ Ulfstein, s. 237

¹⁵⁶ Svalbardtraktaten, art 1, 2, se bilaga B

¹⁵⁷ Ulfstein, s. 406

¹⁵⁸ Churchill, Lowe, s. 14

4.4 Den traktasträttsliga problematiken

Den havsrättsliga utvecklingen skapar även den en del problem kring hur traktaten skall tolkas och behandlas. De äldre traktatsbestämmelserna står i detta fall i uppenbar konflikt med yngre sedvanerättsliga regler. Traktaten skrevs och ingicks långt innan den moderna havsrätten tillkom. När parterna blev bundna av traktaten gällde ett tre sjömil brett territorialhav. Utanför territorialhavet låg de fria haven där ingen stat hade större rättighet än andra. Utöver detta så tillkommer de speciella omständigheterna i traktaten som gör den unik. Norge som stat har överhöghet över området, det är det ingen av traktatsparterna som ifrågasätter, men Norges överhöghet och rätt att disponera sitt territorium är inskränkt, enligt artikel 2 och artikel 3 i traktaten. Vad som egentligen är traktatterritorium och vad som är enbart norskt territorium är nu en tvistefråga. Därmed uppkommer frågan om Svalbardtraktaten kan bestå i sin nuvarande form utan att modifieras för att anpassas till den nya sedvanerätten och om traktaten kan bestå, på vilka grunder detta då kan ske?

Enligt den statspraxis som finns på området, och som presenterats ovan, består inte en traktat vid en sådan här konflikt. Praxis mellan stater har varit att omförhandla traktatsbestämmelserna eller att överge traktatsregimen till fullo. Detta har vanligen skett genom överenskommelser eller genom att den ena parten slutat att applicera traktaterna i relationen mellan staterna.

Om traktaten har modifierats så har detta skett på två sätt, antingen enligt traktatsbestämmelserna, d.v.s. formell modifikation, eller utan att följa traktatens bestämmelser, d.v.s. informell modifikation. Sistnämnda kan bero på att traktaten helt saknar bestämmelser för hur en förändring skall genomföras eftersom att den är skriven så att den skall gälla tills vidare, för all framtid, utan klausul om förändring, eller för att parterna helt enkelt valt att inte använda sig av traktatens eventuella modifieringsbestämmelser.

Svalbardtraktaten tillkom som tidigare nämnts för att säkra alla staters rättigheter att på ett fredligt och jämlikt sätt nyttja resurserna i området som traktaten gäller. När traktaten skrevs ansågs den enda möjligheten genom vilken detta kunde garanteras vara att tillåta en stat att ha överhöghet över området med tydliga restriktioner i sagda stats jurisdiktion och möjlighet att utöva suveränitet över Svalbard. Anledningen till att kommissionen fann detta vara den enda tillfredsställande möjligheten till ett fredligt och jämlikt nyttjande av området var att det tidigare hade uppstått konflikter angående vilken jurisdiktion som skulle gälla vart på Svalbard och att situationen som sådan höll på att bli uppenbart ohållbar. Det fanns en betydande risk för att våldsamma konflikter skulle kunna bryta ut mellan de inblandade staterna. För att stabilisera läget och säkra allas lika rätt till naturresurserna i området krävdes uppenbarligen att en tydlig och stabil regim upprättades.

Huvudproblematiken i den nuvarande konflikten blir uppenbar när man konstaterar att diskussionen om traktaten inte handlar om dess upphörande utan om vilka territoriella områden som *de facto* omfattas av traktaten. Det är ingen av parterna till traktaten som hävdar att traktaten skulle vara ogiltig eller att det inte är Norge som har den administrativa rätten över Svalbard.

Det som konflikten handlar om är vilken rätt Norge har att reglera och administrera i området. Traktaten nämner territorialhav som den enda zon där principen om lika delning ska råda. När traktatens skrevs var detta den enda gräns som var av vikt eftersom det inte fanns fler områden där en stat hade exklusiv jurisdiktion än inom sitt territorialhav. De fria haven var till för alla och angränsade till territorialhavet. Det problem som nu uppstått är att Norge anser att Svalbard, i enlighet med den moderna havsrättsliga utvecklingen, har rätt till både en kontinentalsockel och en exklusiv zon å 200 sjömil, där Norge, eftersom dessa områden inte nämns i traktaten, inte behöver ta hänsyn till de begränsningar och principer gällande lika delning som finns i Svalbardtraktaten artikel 2 och 3¹⁵⁹.

Det är vid denna tolkning som konflikten uppstår mellan parterna, framför allt mellan Norge och Ryssland. Norge har valt att tolka traktaten synnerligen extensivt och anser att det endast är på land och i territorialhavet som reglerna om inskränkningen av Norges överhöghet gäller. Rent praktiskt skulle detta innebära att Norge har delade rättigheter enligt likabehandlingskravet med övriga traktatsparter på land och i territorialhavet, men att i de nya områdena, d.v.s. på kontinentalsockeln och i den exklusiva zonen, har Norge oinskränkt rätt utan att behöva ta hänsyn till likabehandlingskravet, då detta enligt den norska tolkningen inte gäller i de nya områdena. Mot denna tolkning står den ryska som anser att traktaten inte ger möjlighet för en tolkning där Svalbard skulle ha vare sig kontinentalsockel eller exklusiv zon, och även om det skulle anses att Svalbard hade rätt till dessa nya zoner så skulle traktatsregimen gälla i oförändrat skick även i dessa. Men Ryssland hävdar att eftersom trakten inte nämner kontinentalsocklar eller exklusiva zoner, finns det ingen möjlighet för någon sådan tolkning. Traktaten ger heller inga öppningar för detta genom någon möjlighet att förhandla om traktaten: bestämmelserna är skrivna för att de skall gälla för all framtid. Frågan handlar därför om huruvida traktatsparterna vid traktatens ingående önskade att traktaten skulle överleva som en särskild regim mellan parterna trots att den allmänna sedvanerätten runt om traktaten förändrades, eller om deras intention var att traktaten skulle utvecklas parallellt med den havsrättsliga utvecklingen och därför följa de nya reglerna.

4.5 Lösningar

De två begreppen, kontinentalsockel och exklusiv zon, var som tidigare nämnts heller inte kända vid traktatens ingående och det är därför naturligt att dessa inte nämns i traktaten. Traktaten är en särskild regim utanför den generella sedvanerätten men parterna kan i dagsläget inte komma överens om hur dess innehåll ska appliceras på deras förhållande *inter se* och detta har lett till dispyter av större och mindre karaktär. Det är uppenbart att frågan hur traktaten ska behandlas måste lösas, då det finns tydliga risker med att inte vidta några åtgärder. Dessa dispyter och konflikter, som framförallt har uppstått mellan Norge och Ryssland, är problem i dess linda och dessa riskerar att växa med tiden. I dagsläget tolkar de båda länderna

¹⁵⁹ Svalbardtraktaten art 2, 3, se bilaga B

traktaten var och en för sig och applicerar sin tolkning på sina handlanden. Det är knappast någon idealisk lösning, om det över huvud taget kan kallas en lösning. Tekniken har möjliggjort att vetskapen om att Svalbard och Barents hav är ett område som innehåller stora mängder outnyttjade resurser kan omsättas i praktiskt nyttjande, och det finns många intressenter som vill vara med och dela kakan.

Enligt min uppfattning har parterna till traktaten två olika sätt att välja mellan för att lösa problemet med Svalbardtraktatens konflikt med den yngre sedvanerätten. Den ena linjen är den som stater valt när tredjepart inte blivit ombedd att lösa tvisten: den yngre sedvanerätten ersätter den äldre traktaten. Den äldre traktaten undanröjs helt enkelt på ett eller annat sätt, antingen genom överenskommelse eller unilateralt. Den andra lösningen som stater har funnit användbar för att lösa problemet är att hänskjuta ärendet till en internationell tribunal för avgörande och det har visat sig att i de flesta fallen har traktaten då bestått och fortsatt att reglera relationen mellan parterna som en speciell regim. Detta har dock endast varit fallet om det kunnat bevisas att traktatsparterna har haft för avsikt att traktaten skulle bestå trots den generella sedvanerättens utveckling.

Den information och kunskap som finns tillgänglig¹⁶⁰ angående Norges och Rysslands handlande vid tolkningen av Svalbardtraktaten ger vid handen att Norge ser statspraxisen på området som en lämplig lösning på konflikten, och därför unilateralt, genom konkret handlande, försöker att modifiera traktaten för att passa den yngre sedvanerätten. Det som just nu skiljer Norges sätt att hantera konflikten mellan traktaten och sedvanerätten från Rysslands är att Norge valt att skapa nya maritima avgränsningar¹⁶¹, enligt gällande sedvanerätt, men då dessa zoner inte finns omnämnda i traktaten anser Norge inte heller att traktaten skall gälla i de nya zonerna. Norge har gjort detta utan att på något sätt, vare sig explicit eller implicit, ge uttryck för att man anser Svalbardtraktaten vara obsolet. Denna tolkning ger alltså per definition Norge oinskränkt jurisdiktion över betydande områden av hav och havsbotten som enligt Ryssland borde regleras av traktatsregimen.

4.5.1 Svalbardtraktaten – konflikten hypotetiskt löst av parterna själva

Den praxis på området som finns bland stater, har vid en konflikt mellan en äldre traktat och en yngre sedvanerättslig regel visat sig ge fördel åt den

¹⁶⁰ Under informationssökandet har jag funnit att den officiella politiska linjen är den som har återspeglats i media under åren, och jag har varit tvungen att förlita mig till största delen på den norska statens syn på saken, då den ryska staten inte har många uttalanden om konflikten på engelska. Jag är medveten om att detta kan ge en missvisande bild av konflikten men då pressmeddelandet från det norska utrikesdepartementet finns på både norska och engelska, där innehållet är i stort sett identiskt, och det inte förekommit några ryska protester angående dessa uttalanden gör jag det väl kalkylerade antagandet att dessa rapporter i media och pressmeddelanden från den norska staten stämmer med den linje båda staterna är nöjda med att visa upp på den internationella arenan.

¹⁶¹ Kontinentalsockel och exklusiv ekonomisk zon.

yngre sedvanerättsliga regeln. Det som kan sägas om parterna i de konflikter som lösts på detta sätt är att den rättsliga processen inte är opåverkad av internationell allianspolitik, och att riskkalkylerande är en stor del av de beslut som fattats. På den internationella arenan står rättsliga tvister inte utom påverkan av politiska maktspel. Det går inte att bortse från att detta sätter tydliga ramar för konflikter mellan stater, vare sig dessa konflikter är på en diplomatisk nivå eller tar sig mer våldsamma uttryck. Varför stater väljer att handla på olika sätt är en ren politisk statsangelägenhet och är sällan explicit uttryckt, och om det skulle vara så finns det inga garantier för att dessa uttryck inte har andra, mindre tydliga bakomliggande syften.

I de exempel på fall som presenteras i kapitel 3 spelar politik en stor roll, vilket är synligare i vissa fall, t.ex. *Spanish fishing rights in European waters* och *Treaty of Portsmouth*, där staters storlek och inflytande på den internationella arenan har givit dem det stöd för sin sak som de behövt för att genomdriva ett avtalsbrott eller nya regler inom den existerande traktatsregimen. Vad som måste poängteras är att det hela tiden sker regelbrott, men att dessa ofta tillåts passera med staternas goda minne. Det är viktigt att komma ihåg att en del av den internationella rätten, sedvanerätten, tillkommer på detta sätt: stater väljer att avvika från en rättsregel för att på så sätt utveckla och skapa en annan över tid. Utan denna utveckling skulle den internationella rätten stagnera och det som exempelvis skett inom havsrätten de senaste hundra åren, bildandet av exklusiva ekonomiska zoner och kontinentalsockelreglering, skulle inte ha inträffat. Politikens betydelse för utgången i denna lösning på problemet får alltså inte underskattas. Då parterna löst fallen på egen hand har diskussionen om den rättsliga grunden för det unilaterala avslutandet eller modifierandet av traktaten varit av betydligt mindre tydlig karaktär än vid avgöranden vid internationella tribunaler, något som sett utifrån ovanstående resonemang självklart är fullt begripligt.

Liksom vid tidigare, ovan presenterade, konflikter mellan konsekvenserna av den sedvanerättsliga utvecklingen och äldre traktat handlar konflikten i Svalbardfallet om tolkning av traktatstexten och traktatens möjliga existens parallellt med sedvanerättens utveckling. Traktaten är multilateral men konflikten ligger framförallt mellan Norge och Ryssland, som rent geografiskt har det största intresset av området. Övriga parter till traktaten har förhållit sig relativt passiva i konfliktens periferi¹⁶². Norges linje är att traktaten inte är tillämplig på zonerna utanför territorialhavet då dessa inte nämns i traktaten. I dessa zoner anser sig Norge ha full suveränitet utan att denna är kringskuren av traktatens likabehandlingskrav¹⁶³. Norge har fått stöd för sin åsikt från ett fåtal länder. Ryssland anser att Norges tolkning är felaktig och anser att om Svalbard överhuvudtaget har fler zoner än traktaten nämner så ska dessa lyda under traktatsbestämmelserna och följa kravet på likabehandling¹⁶⁴.

¹⁶² Det är få av parterna som har uttalat något stöd för respektive sida i konflikten. I de flesta fall så övriga parter uttalanden gällt enbart tolkning av traktaten, inte stöd för någon av de huvudsakliga antagonisterna, Norge och Ryssland.

¹⁶³ Ulfstein, s. 70

¹⁶⁴ Ibid, s. 462

Norges politik ligger idag i mångt och mycket i linje med statspraxis på området. Norge har i enlighet med sin tolkning av traktaten infört norska regler för de zoner som de inte anser regleras av traktaten. Exempel på detta är bland annat Norges unilaterala beslut om marina gränsdragningsavtal med Danmark angående Svalbards exklusiva zon gränsande mot Grönland¹⁶⁵.

Om den statspraxis som visats av exemplen i kapitel 3 följs kommer traktaten, som saknar reglering i alla zoner utom territorialhavet, modifieras så att det Norge anser vara den korrekta tolkningen går vinnande ur konflikten. Denna uppfattning baserar jag på att detta händelseförlopp är mer i linje med den gällande generella statspraxisen på området, vilket har varit anledningen till att flera tidigare traktater har avslutats eller modifierats.

4.5.2 Svalbardtraktaten – konflikten hypotetiskt löst av tredjepart

Liksom ovanstående avsnitt innehåller denna del en och annan spekulering. Dock ska det påpekas att det är väl underbyggda dylika med tanke på vad som går att utläsa av den praxis som finns från tribunaler inom området. Konflikten gäller alltså intolkning av traktatens innehåll och mening. Det som är tvistigt är huruvida traktatens bestämmelser gäller alla de enligt generell sedvanerätt numer etablerade maritima zonerna. Ska traktaten tillämpas i dessa nya zoner som inte omnämns i traktaten? Norge hävdar bestämt nej, medan Ryssland säger ja.

För att kunna fastställa traktatens innehåll måste man utföra en tolkningsoperation i enlighet med gällande internationell rätt. Det som är viktigt vid en traktatstolkning, och vad man är ute efter att fastställa för att visa traktatstextens korrekta betydelse, är parternas intentioner vid tidpunkten för ingåendet av traktaten¹⁶⁶.

Svalbardtraktaten är inte precis i sin formulering av vilka områden som traktaten skall tillämpas på. Ulfstein påpekar att traktaten innehåller både bestämmelser som refererar till ”maritime areas such as territorial waters” och ”territories specified in article 1”¹⁶⁷. I Artikel 1 anges inom vilket område traktaten skall gälla angivet med koordinater. Artikel 1 specificerar också vilken landmassa som ska räknas in i den uppdragna box som koordinaterna bildar¹⁶⁸. Dock framgår det inte att traktatsregimen skulle vara applicerbar endast på de vattenmassor som ligger innanför de angivna koordinaterna. Enligt detta resonemang avfärdas därmed att de koordinater som är angivna i traktaten skulle vara de som avgränsar traktatens

¹⁶⁵ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fkd/dok/regpubl/stmeld/2006-2007/Stmeld-nr-32-2006-2007-2/1.html?id=472238>

¹⁶⁶ Liderfalk, s. 31

¹⁶⁷ Ulfstein, s. 409

¹⁶⁸ Se Bilaga A

tillämpningsområde¹⁶⁹. Enligt VCLT ska alla traktat, om inte intentionen var en annan, anses gälla på hela statens territorium¹⁷⁰. Traktaten skall tillämpas på både landterritoriet och territorialhavet då vissa av artiklarna i traktaten skulle få direkt olika konsekvenser på land och på havet, något som inte går i linje med Spitsbergenkommissionens intentioner¹⁷¹. Ett av de fundamentala motiven bakom skapandet av Svalbardtraktaten var att bevara de tidigare *terra nullius*-rättigheterna i området, och denna anledning blir uppfylld av traktaten självt när traktaten anses gälla även i territorialhavet¹⁷².

Efter att det fastställts vart traktatsregimen skall vara gällande, vilket område den reglerar, kvarstår tolkningsproblematiken om den havsrättsliga utvecklingen skall appliceras på Svalbardtraktaten. Detta gäller främst frågan huruvida norsk jurisdiktion utan inskränkning av traktaten gäller i de nyskapade zoner som inte nämns i traktaten, d.v.s. på kontinentalsockeln och i den exklusiva ekonomiska zonen.

Dock bör frågan om Svalbard har rätt till en kontinentalsockel och en exklusiv ekonomisk zon klargöras innan problematiken angående den havsrättsliga utvecklingen och dess påverkan på norsk jurisdiktion i området kan analyseras.

Norge har genom traktaten fått suveränitet över Svalbard och det finns inget i traktatstexten som vare sig explicit eller implicit hindrar Norge från att göra anspråk på andra maritima zoner kring Svalbard. Det finns heller inga regler inom folkrätten som sätter upp några hinder för detta¹⁷³. Det enda som skulle kunna påverka storleken på de zoner som Norge gör anspråk på är huruvida vissa av Svalbardöarna skall klassas som öar eller inte. Om de är att anses som öar är inte Law of the Sea Convention (LOSC) art 121 (3) tillämplig på dem och då har även de rätt till kontinentalsockel och exklusiv ekonomisk zon enligt havsrättens regler. Eftersom kraven i artikel 121 (3) är att öar måste vara bebodda och ha ett självständigt ekonomiskt liv för att klassas som öar, vilket de båda öarna i fråga, Bjørnøya och Hopen, har, finns det inga regler inom folkrätten som förhindrar att hela området som regleras av traktaten har rätt till utvidgade zoner enligt folkrättsliga regler¹⁷⁴. Zonerna är att anses som genererade av Svalbard självt, och inte av det Norska fastlandet, då Svalbard ligger mer än 200 sjömil från det norska fastlandets kust¹⁷⁵. Kontinentalsockel och exklusiv ekonomisk zon som koncept hänger samman inom internationell rätt, och skall beslutas gemensamt. Kontinentalsockeln är havsbotten under den exklusiva ekonomiska zonen, något som vid ett antal tillfällen bekräftats av tribunaler, bl.a. i *Jan Mayen Case*¹⁷⁶.

Åter då till frågan om exklusiv norsk jurisdiktion gäller i dessa zoner. Eftersom bägge zonerna kan anses vara Svalbards egna, och inte genereras av de rättigheter som hänger samman med det norska fastlandet, blir det

¹⁶⁹ Ulfstein, s. 410

¹⁷⁰ VCLT, art 29

¹⁷¹ Ulfstein, s. 413

¹⁷² Ibid, s. 417

¹⁷³ Churchill & Low, s. 32

¹⁷⁴ Ulfstein, s. 421

¹⁷⁵ Ibid, s. 423

¹⁷⁶ http://www.icj-cij.org/court/en/reports/report_1992-1993.pdf

uppenbart att traktaten skall tillämpas även på dessa zoner. Svalbard lyder under norsk överhöghet endast genom traktaten, och denna överhöghet är villkorlig genom det likabehandlingskriterie som ligger till grund för traktaten. Det vore därmed svårt att hävda att parternas intention inte var att traktaten skulle gälla även inom andra zoner än territorialhavet. När traktaten skrevs fanns det ingen tydlig, universell uppfattning om i vilken utsträckning stater hade suveränitet och jurisdiktion i territorialhavet. Parterna till traktaten hade olika uppfattningar redan vid traktatens ingående¹⁷⁷. Men parterna saknade kunskap om vad som skulle komma att bli framtida regler inom territorialhavet och de hade kunde än mindre känna till att sedvanerätten skulle utvecklas på det sätt den gjort, men parterna ville uppenbarligen att traktatsregimen skulle bestå, eftersom det inte finns någon klausul om att avsluta traktaten. Parternas intention var att skapa en fredlig och jämlik grund för alla traktatsparter att nyttja resurserna i området¹⁷⁸. Detta hindrar inte på något sätt traktaten att även gälla de nya maritima zoner som med tiden har accepterats som en del av internationell rätt, snarare tvärtom.

Den norska tolkningen är en korrekt tolkning om hänsyn endast tas till ordalydelsen, allt i enlighet med artikel 26 VCLT, eftersom traktaten *de facto* inte nämner någon annan maritim zon än just territorialhavet. Därmed skulle alltså Norge ha full och oinskränkt jurisdiktion i de övriga zonerna¹⁷⁹. Dock var, som tidigare sagt, parternas intention att skapa en regim som kunde styra Svalbard så att alla parter fick tillgång till området och dess resurser på lika villkor. Därför skall traktatens ordalydelse ges mindre vikt vid en tolkning, eftersom de olika zonerna som finns idag inte fanns att ta ställning till 1920¹⁸⁰. Det viktiga blir därmed kravet på lika rätt. Detta är en dynamisk tolkning av traktaten och går i enlighet med internationell rätts evolutionära utveckling. Traktaten självt innehåller även stöd för denna tolkning då territorialhavets bredd inte är specificerad med en fixerad gräns. Då de legala koncepten kontinentalsockel och exklusiv zon inte var kända 1920 var andra staters rättigheter utanför traktatsregimen, bortom territorialhavet, baserade på vilka regler som gällde för de fria haven och inte på Svalbards dåvarande status som *terra nullius*. Det förefaller därför vara naturligt att samtliga traktatsparters rättigheter expanderar tillsammans med utökandet av Svalbards zoner. I annat fall skulle traktatsparterna enligt traktaten ha betydligt vidare rättigheter på land och i territorialhavet, vilka är norskt territorium, än på kontinentalsockeln och i den exklusiva zonen, ett förhållande som vanligtvis är tvärtom för främmande stater. Motsatt förhållande skulle inträffa för Norges del¹⁸¹. Detta skapar en rättslig anomali, något som inte är förenligt med nu gällande folkrätt.

¹⁷⁷ Ulfstein, s. 425

¹⁷⁸ Svalbardtraktaten, se bilaga B

¹⁷⁹ Ulfstein, s. 426

¹⁸⁰ Ibid, s. 428

¹⁸¹ Ibid, s. 429

4.6 Sammanfattning

För närvarande tycks ingen enkel lösning av konflikten finnas inom räckhåll, kanske mer beroende på parternas politiska ställning än på den rättsliga praxisen. Något som i tidigare konflikter varit tongivande, nämligen den ena partens dominanta ställning, saknas i detta fall och detta faktum gör det svårt att förutsäga i vilken riktning ett eventuellt lösningsförfarande skulle röra sig. Norge har en mycket stark ställning i området och den verksamhet som bedrivs på Svalbard är i störst utsträckning norsk. Ryssland är å andra sidan en dominant politisk aktör globalt sett och har därigenom stort internationellt inflytande. Hur denna konflikt skulle komma att lösas utifrån statspraxis, beror förmodligen på vilken av staterna som av dem själva, och av världssamfundet, kan anses vara den 'starkare' parten. Om konflikten däremot hänsköts till tredje part tycks det uppenbart att utslaget skulle falla till Rysslands fördel. Den norska traktatstolkningen leder till en rättslig anomali, något som sällan brukar ses som acceptabelt av domstolar och tribunaler. Detta faktum talar mot att Norge skulle ha något intresse av att tillåta tredje part att uttala sig i frågan.

Det är uppenbart att oavsett vilken lösning som slutligen appliceras på konflikten så kvarstår grundproblemet: det finns ingen regel som förhindrar att nya konflikter av detta slag uppkommer. Det enda som kan sägas med säkerhet är att en reglering av området hade underlättat för alla parter då konflikter som uppstår mellan traktatsrätt och sedvanerätt riskerar att sätta båda regelverken ur spel på berörda områden.

5 Avslutning

Utvecklingen av yngre sedvanerätt och de problem och komplikationer detta skapar för de äldre traktatsregimerna ser inte ut att kunna få en enkel lösning. Det är uppenbart att detta oreglerade område kommer ge upphov till fler konflikter i framtiden.

Det är dock lika uppenbart att bristen på reglering så här långt är avsiktlig. Staterna har valt att utelämna en reglering av området från traktatsrätten, där det en gång för alla skulle kunna ha blivit utrett och svart på vitt deklarerat vad som gäller. Anledningen till att en dylik regel fortfarande, efter lång tids dryftande, har utelämnats kan endast bero på att stater vill behålla sin flexibilitet och inte underställa sig en lagstadgad suveränitetsinskränkning som skulle kunna förhindra deras handlande oavsett den rådande situationen och den realpolitiska kontexten. Detta ändrar dock inte faktum: vi har här ett konfliktfyllt rättsområde som hade kunnat dra nytta av tydligare regleringar.

De former av utvecklad praxis jag beskrivit är inte heller de till någon större hjälp för att avgöra åt vilket håll stater involverade i denna typ av konflikt bör vända sig. Det finns inom båda de definierade lösningsmetoderna en gedigen praxis som talar för sitt ändamål och som kan användas för att motivera de båda olika metoderna likvärdigt.

Då det inte finns några uniforma regler att ta avstamp ifrån faller i stora delar hela det internationella regelverket vid konflikter av detta slag, och stater kan därför hemfalla åt unilateralt handlande utan några direkta konsekvenser. För att uttrycka det grovt: interaktionen i fråga ter sig ofta mer som en huggsexa över de territorier det handlar om vid dessa konflikter, snarare än som någon form av civiliserade förhandlingar mellan moderna rättsstater. Eftersom det inte råder någon hierarki mellan traktatsrätten och sedvanerätten faller konflikter av detta slag mellan stolarna och in i ett rättsligt vakuum där inget av regelverken är applicerbart förrän konflikten är löst.

Situationen underlättas inte heller av den begränsade jurisdiktion domstolar och tribunaler har, samt att dessas tolkningar och råd endast går att tillgå om samtliga inblandade parter så önskar, vilket i Svalbardfallet ingen av parterna än så länge tycks vara intresserad av. Som jag ser det är det enda som garanterat återstår, både för åskådare och inblandade, möjligheten till spekulationer kring utgången av denna typ av problem samt konstaterandet att här finns en uppenbar brist på ett tydligt förutsägbart regelverk.

Jag återgår till det konstaterande jag gjorde i början av detta kapitel och undrar om problematiken på området ökat eller minskat? Jag kan å ena sidan se att det kanske funnits mer av ett problem tidigare, då teknikutvecklingen hade en rasande frammarsch och att denna utveckling krävde, betydligt mer uppenbart än idag, rättsliga förändringar. Å andra sidan ser jag inte att detta händelseförlopp inte skulle kunna komma att upprepas. Jakten på användbara naturtillgångar kommer att bli ett allt tydligare konfliktområde,

allt eftersom de kända och mer lättillgängliga fyndigheterna utarmas. Problem av samma karaktär som de angående Svalbard går lätt att förutsäga kring t.ex. polerna. De flesta av dessa mer svårtillgängliga resursområden regleras idag av äldre traktater vars bestämmelser hänvisar till föråldrade regleringar inom sedvanerätten.

Jag är övertygad om att det behövs en tydligare reglering inom området, eller kanske till och med en förändring av tribunalers jurisdiktion, för att på ett effektivt och tillfredställande sätt kunna möta och lösa de konflikter som garanterat kommer att uppstå i framtiden. Dagens möjligheter ger som sagt för liten förutsägbarhet för att stater skall våga pröva sin sak vid en tribunal. Det krävs ett enda odisputabelt rättesnöre, inte flera omdebatterade dylika, för att skapa den stringens som skulle vara önskvärd inom detta område.

Bilaga A



Bilaga B

Treaty between Norway, The United States of America, Denmark, France, Italy, Japan, the Netherlands, Great Britain and Ireland and the British overseas Dominions and Sweden concerning Spitsbergen signed in Paris 9th February 1920.

Article 1.

The High Contracting Parties undertake to recognise, subject to the stipulations of the present Treaty, the full and absolute sovereignty of Norway over the Archipelago of Spitsbergen, comprising, with Bear Island or Beeren-Eiland, all the islands situated between 10° and 35° longitude East of Greenwich and between 74° and 81° latitude North, especially West Spitsbergen, North-East Land, Barents Island, Edge Island, Wiche Islands, Hope Island or Hopen-Eiland, and Prince Charles Foreland, together with all islands great or small and rocks appertaining thereto (see annexed map).

Article 2.

Ships and nationals of all the High Contracting Parties shall enjoy equally the rights of fishing and hunting in the territories specified in Article 1 and in their territorial waters.

Norway shall be free to maintain, take or decree suitable measures to ensure the preservation and, if necessary, the reconstitution of the fauna and flora of the said regions, and their territorial waters; it being clearly understood that these measures shall always be applicable equally to the nationals of all the High Contracting Parties without any exemption, privilege or favour whatsoever, direct or indirect to the advantage of any one of them.

Occupiers of land whose rights have been recognised in accordance with the terms of Articles 6 and 7 will enjoy the exclusive right of hunting on their own land: (1) in the neighbourhood of their habitations, houses, stores, factories and installations, constructed for the purpose of developing their property, under conditions laid down by the local police regulations; (2) within a radius of 10 kilometres round the headquarters of their place of business or works; and in both cases, subject always to the observance of regulations made by the Norwegian Government in accordance with the conditions laid down in the present Article.

Article 3.

The nationals of all the High Contracting Parties shall have equal liberty of access and entry for any reason or object whatever to the waters, fjords and ports of the territories specified in Article 1; subject to the observance of local laws and regulations, they may carry on there without impediment all maritime, industrial, mining and commercial operations on a footing of absolute equality.

They shall be admitted under the same conditions of equality to the exercise and practice of all maritime, industrial, mining or commercial

enterprises both on land and in the territorial waters, and no monopoly shall be established on any account or for any enterprise whatever.

Notwithstanding any rules relating to coasting trade which may be in force in Norway, ships of the High Contracting Parties going to or coming from the territories specified in Article 1 shall have the right to put into Norwegian ports on their outward or homeward voyage for the purpose of taking on board or disembarking passengers or cargo going to or coming from the said territories, or for any other purpose.

It is agreed that in every respect and especially with regard to exports, imports and transit traffic, the nationals of all the High Contracting Parties, their ships and goods shall not be subject to any charges or restrictions whatever which are not borne by the nationals, ships or goods which enjoy in Norway the treatment of the most favoured nation; Norwegian nationals, ships or goods being for this purpose assimilated to those of the other High Contracting Parties, and not treated more favourably in any respect.

No charge or restriction shall be imposed on the exportation of any goods to the territories of any of the Contracting Powers other or more onerous than on the exportation of similar goods to the territory of any other Contracting Power (including Norway) or to any other destination.

Article 4.

All public wireless telegraphy stations established or to be established by, or with the authorisation of, the Norwegian Government within the territories referred to in Article 1 shall always be open on a footing of absolute equality to communications from ships of all flags and from nationals of the High Contracting Parties, under the conditions laid down in the Wireless Telegraphy Convention of July 5, 1912, or in the subsequent International Convention which may be concluded to replace it.

Subject to international obligations arising out of a state of war, owners of landed property shall always be at liberty to establish and use for their own purposes wireless telegraphy installations, which shall be free to communicate on private business with fixed or moving wireless stations, including those on board ships and aircraft.

Article 5.

The High Contracting Parties recognise the utility of establishing an international meteorological station in the territories specified in Article 1, the organisation of which shall form the subject of a subsequent Convention.

Conventions shall also be concluded laying down the conditions under which scientific investigations may be conducted in the said territories.

Article 6.

Subject to the provisions of the present Article, acquired rights of nationals of the High Contracting Parties shall be recognised.

Claims arising from taking possession or from occupation of land before the signature of the present Treaty shall be dealt with in accordance with the Annex hereto, which will have the same force and effect as the present Treaty.

Article 7.

With regard to methods of acquisition, enjoyment and exercise of the right of ownership of property, including mineral rights, in the territories specified in Article 1, Norway undertakes to grant to all nationals of the High Contracting Parties treatment based on complete equality and in conformity with the stipulations of the present Treaty.

Expropriation may be resorted to only on grounds of public utility and on payment of proper compensation.

Article 8.

Norway undertakes to provide for the territories specified in Article 1 mining regulations which, especially from the point of view of imposts, taxes or charges of any kind, and of general or particular labour conditions, shall exclude all privileges, monopolies or favours for the benefit of the State or of the nationals of any one of the High Contracting Parties, including Norway, and shall guarantee to the paid staff of all categories the remuneration and protection necessary for their physical, moral and intellectual welfare.

Taxes, dues and duties levied shall be devoted exclusively to the said territories and shall not exceed what is required for the object in view.

So far, particularly, as the exportation of minerals is concerned, the Norwegian Government shall have the right to levy an export duty which shall not exceed 1 % of the maximum value of the minerals exported up to 100.000 tons, and beyond that quantity the duty will be proportionately diminished. The value shall be fixed at the end of the navigation season by calculating the average free on board price obtained.

Three months before the date fixed for their coming into force, the draft mining regulations shall be communicated by the Norwegian Government to the other Contracting Powers. If during this period one or more of the said Powers propose to modify these regulations before they are applied, such proposals shall be communicated by the Norwegian Government to the other Contracting Powers in order that they may be submitted to examination and the decision of a Commission composed of one representative of each of the said Powers. This Commission shall meet at the invitation of the Norwegian Government and shall come to a decision within a period of three months from the date of its first meeting. Its decisions shall be taken by a majority.

Article 9.

Subject to the rights and duties resulting from the admission of Norway to the League of Nations, Norway undertakes not to create nor to allow the establishment of any naval base in the territories specified in Article 1 and not to construct any fortification in the said territories, which may never be used for warlike purposes.

Article 10.

Until the recognition by the High Contracting Parties of a Russian Government shall permit Russia to adhere to the present Treaty, Russian

nationals and companies shall enjoy the same rights as nationals of the High Contracting Parties.

Claims in the territories specified in Article 1 which they may have to put forward shall be presented under the conditions laid down in the present Treaty (Article 6 and Annex) through the intermediary of the Danish Government, who declare their willingness to lend their good offices for this purpose.

The present Treaty, of which the French and English texts are both authentic, shall be ratified.

Ratifications shall be deposited at Paris as soon as possible.

Powers of which the seat of the Government is outside Europe may confine their action to informing the Government of the French Republic, through their diplomatic representative at Paris, that their ratification has been given, and in this case, they shall transmit the instrument as soon as possible.

The present Treaty will come into force, in so far as the stipulations of Article 8 are concerned, from the date of its ratification by all the signatory Powers; and in all other respects on the same date as the mining regulations provided for in that Article.

Third Powers will be invited by the Government of the French Republic to adhere to the present Treaty duly ratified. This adhesion shall be effected by a communication addressed to the French Government, which will undertake to notify the other Contracting Parties.

In witness whereof the abovenamed Plenipotentiaries have signed the present Treaty.

Done at Paris, the ninth day of February, 1920, in duplicate, one copy to be transmitted to the Government of His Majesty the King of Norway, and one deposited in the archives of the French Republic; authenticated copies will be transmitted to the other Signatory Powers.

Annex.

1.

(1) Within three months from the coming into force of the present Treaty, notification of all claims to land which had been made to any Government before the signature of the present Treaty must be sent by the Government of the claimant to a Commissioner charged to examine such claims. The Commissioner will be a judge or jurisconsult of Danish nationality possessing the necessary qualifications for the task, and shall be nominated by the Danish Government.

(2) The notification must include a precise delimitation of the land claimed and be accompanied by a map on a scale of not less than 1/1.000.000 on which the land claimed is clearly marked.

(3) The notification must be accompanied by the deposit of a sum of one penny for each acre (40 ares) of land claimed, to defray the expenses of the examination of the claims.

(4) The Commissioner will be entitled to require from the claimants any further documents or information which he may consider necessary.

(5) The Commissioner will examine the claims so notified. For this purpose he will be entitled to avail himself such expert assistance as he may consider necessary, and in case of need to cause investigations to be carried out on the spot.

(6) The remuneration of the Commissioner will be fixed by agreement between the Danish Government and the other Governments concerned. The Commissioner will fix the remuneration of such assistants as he considers it necessary to employ.

(7) The Commissioner, after examining the claims, will prepare a report showing precisely the claims which he is of opinion should be recognised at once and those which, either because they are disputed or for any other reason, he is of opinion should be submitted to arbitration as hereinafter provided. Copies of this report will be forwarded by Commissioner to the Governments concerned.

(8) If the amount of the sums deposited in accordance with clause (3) is insufficient to cover the expenses of the examination of the claims, the Commissioner will, in every case where he is of opinion that a claim should be recognised, at once state what further sum the claimant should be required to pay. This sum will be based on the amount of the land to which the claimant's title is recognised.

If the sums deposited in accordance with clause (3) exceed the expenses of the examination, the balance will be devoted to the cost of the arbitration hereinafter provided for.

(9) Within three months from the date of the report referred to in clause (7) of this paragraph, the Norwegian Government shall take the necessary steps to confer upon claimants whose claims have been recognised by the Commissioner a valid title securing to them the exclusive property in the land in question, in accordance with the laws and regulations in force or to be enforced in the territories specified in Article 1 of the present Treaty, and subject to the mining regulations referred to in Article 8 of the present Treaty.

In the event, however, of a further payment being required in accordance with clause (8) of this paragraph, a provisional title only will be delivered, which title will become definitive on payment by the claimant, within such reasonable period as the Norwegian Government may fix, of the further sum required of him.

2.

Claims which for any reason the Commissioner referred to in clause (1) of the preceding paragraph has not recognised as valid will be settled in accordance with the following provisions:

(1) Within three months from the date of the report referred to in clause (7) of the preceding paragraph, each of the Governments whose nationals have been found to possess claims which have not been recognised will appoint an arbitrator.

The Commissioner will be the President of the Tribunal so constituted. In cases of equal division of opinion, he shall have the deciding vote. He will nominate a Secretary to receive the documents referred to in clause (2)

of this paragraph and to make the necessary arrangements for the meeting of the Tribunal.

(2) Within one month from the appointment of the Secretary referred to in clause (1) the claimants concerned will send to him through the intermediary of their respective Governments statements indicating precisely their claims and accompanied by such documents and arguments as they may wish to submit in support thereof.

(3) Within two months from the appointment of the Secretary referred to in clause (1) the Tribunal shall meet at Copenhagen for the purpose of dealing with the claims which have been submitted to it.

(4) The language of the Tribunal shall be English. Documents or arguments may be submitted to it by the interested parties in their own language, but in that case must be accompanied by an English translation.

(5) The claimants shall be entitled, if they so desire, to be heard by the Tribunal either in person or by counsel, and the Tribunal shall be entitled to call upon the claimants to present such additional explanations, documents or arguments as it may think necessary.

(6) Before the hearing of any case the Tribunal shall require from the parties a deposit or security for such sum as it may think necessary to cover the share of each party in the expenses of the Tribunal. In fixing the amount of such sum the Tribunal shall base itself principally on the extent of the land claimed. The Tribunal shall also have power to demand a further deposit from the parties in cases where special expense is involved.

(7) The honorarium of the arbitrators shall be calculated per month, and fixed by the Governments concerned. The salary of the Secretary and any other persons employed by the Tribunal shall be fixed by the President.

(8) Subject to the provisions of this Annex the Tribunal shall have full power to regulate its own procedure.

(9) In dealing with the claims the Tribunal shall take into consideration:

- (a) any applicable rules of International Law;
- (b) the general principles of justice and equity;
- (c) the following circumstances:

(i) the date on which the land claimed was first occupied by the claimant or his predecessors in title;

(ii) the date on which the claim was notified to the Government of the claimant;

(iii) the extent to which the claimant or his predecessors in title have developed and exploited the land claimed. In this connection the Tribunal shall take into account the extent to which the claimants may have been prevented from developing their undertakings by conditions or restrictions resulting from the war of 1914-1919.

(10) All the expenses of the Tribunal shall be divided among the claimants in such proportion as the Tribunal shall decide. If the amount of the sums paid in accordance with clause (6) is larger than the expenses of

the Tribunal, the balance shall be returned to the parties whose claims have been recognised in such proportion as the Tribunal shall think fit.

(11) The decisions of the Tribunal shall be communicated by it to the Governments concerned, including in every case the Norway Government.

The Norwegian Government shall within three months from the receipt of each decision take the necessary steps to confer upon the claimant whose claims have been recognised by the Tribunal valid title to the land in question, in accordance with the laws and regulations in force or to be enforced in the territories specified in Article 1, and subject to the mining regulations referred to in Article 8 of the present Treaty. Nevertheless, the titles so conferred will only become definitive on the payment by the claimant concerned, within such reasonable period as the Norwegian Government may fix, of his share of the expenses of the Tribunal.

3.

Any claims which are not notified to the Commissioner in accordance with clause (1) of paragraph 1, or which not having been recognised by him are not submitted to the Tribunal in accordance with paragraph 2, will be finally extinguished.

Käll- och litteraturförteckning

Akehurst, M. 1997. *Modern Introduktion to International Law*. London: Routledge.

Aust, A. 2007. *Modern treaty law and practice*. Cambridge: Cambridge University Press

Churchill R. R., Lowe A. V. 1999 *The Law of the Sea*. Manchester: Manchester University Press.

Hans Majestäts Kungliga Proposition 1924 nr 159, Stockholm

Kontou, N. 1994. *The Termination and Revision of Treaties in the light of new Customary International law*, New York: Oxford University Press Inc.

Krasner, S. D. 1995-1996. *Compromising Westphalia*, International Security, Vol.20, No.3 (Winter,1995- 1996)

Liderfalk, U. 2001. *Om tolkningen av traktater*, Lund: Studentlitteratur, Lunds Universitet.

McNair, A. D. 1986. *Law of Treatie*. Oxford: Claredon

Oppenheim, L., Roxburgh, R. 2005 *International Law: A Treaties*, The Lawbook Exchange, Ltd, 2005

Sevastik, P. 2002. *Informell modifikation av traktater till följd av ny sedvanerätt och praxis – en studie mot bakgrund av FN- stadgand innovativa utveckling*. Stockholm: Nordstedts Juridik AB.

Sevastik, P. 1997. *The Binding Force of Treaties Under International Law – Handbook for Government Lawyers and Human Rights Advocates*. Uppsala: Iustus Förlag AB.

Shaw. M. N. 2003. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Sinclair, I. M. 1973. *The Vienna Convention on the Law of Treaties*. Manchester: Manchetser U.P.

Ulfstein, G. 1995. *The Svalbard Treaty – From Terra Nullius to Norwegian Sovereignty*. Oslo: Universitetsforlaget AS.

Villiger, M. E. 1985 *Customary International Law and Treaties*. Dordrecht: M. Nijhoff.

Wienkonventionen om traktatsrätten (Vienna Convention on the Law of Treaties) 23 May 1969. United Nations, Treaty Series, vol. 1155, s. 331

Internetkällor

Förteckning över stater som är part till Svalbardtraktaten:

www.lovdata.no/cgi-bin/udoffles?doc=tra-1920-02-09-001.txt
(2009-01-25)

Maritime Delimitation: Jan Mayen. Case concerning maritime delimitation in the area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)

http://www.icj-cij.org/court/en/reports/report_1992-1993.pdf (2009-01-25)

Oppretning av dei økonomiske sonene i Norske vatten:

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/fkd/dok/regpubl/stmeld/2006-2007/Stmeld-nr-32-2006-2007-/2/1.html?id=472238> (2009-01-25)

Svalbards Turistinformations hemsida :

<http://www.svalbard.net/index.asp?intOpenID=6&action=category&catid=6>
<http://www.svalbard.net/index.asp?action=general&destid=47&intOpenID=6&catid=6> (2009-01-25)

Treaty of Portsmouth article XI:

http://query.nytimes.com/mem/archive-free/pdf?_r=1&res=9902EFD61431E733A25754C1A9669D946497D6CF
(2009-01-25)

Statute of the International Court of Justice

<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>
(2009-01-25)