

Havrettsdomstolens jurisdiksjon i saker om midlertidig forføyning

Madelen Julie Olufsen



Havrettsdomstolens jurisdiksjon i saker om midlertidig forføyning

Madelen Julie Olufsen

m.j.olufsen@gmail.com

september 2014



FRIDTJOF NANSENS INSTITUTT
FRIDTJOF NANSEN INSTITUTE

Copyright © Fridtjof Nansen Institute 2014

Title

Havrettsdomstolens jurisdiksjon i saker om midlertidig forføyning.

The jurisdiction of the International Tribunal for the Law of the Sea to prescribe, modify or revoke provisional measures under Article 290(5) of the UN Law of the Sea Convention

Publication Type and Number

FNI-rapport 5/2014

Pages

42

Authors

Madelen Julie Olufsen

ISBN

978-82-7613-679-1

ISSN

1893-5486

Abstract

This report provides an examination of the rules on provisional measures under Article 290 of the United Nations Convention on the Law of the Sea (the LOS Convention). The report also analyses how the LOS Convention's permanent dispute resolution body - the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) - has applied Article 290 in a number of cases: Southern Bluefin Tuna (1999), MOX Plant (2001), Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (2003) and ARA Libertad (2012). Main focus of the examination is placed on how ITLOS has dealt with the two key criteria for its competence to prescribe, modify or revoke provisional measures under Article 290, paragraph 5, that is, the criteria of "urgency" and "prima facie"-jurisdiction.

Key Words

provisional measures, jurisdiction, the United Nations Convention on the Law of the Sea, the International Tribunal for the Law of the Sea, Article 290

Forord

Jeg vil først og fremst rette en stor takk til Fridtjof Nansen Institutt (FNI). Det har betydd mye for meg å være en del av det faglige så vel som det sosiale miljøet på dette fantastiske forskningsinstituttet.

Denne rapporten bygger i all hovedsak på mitt arbeid med masteroppgaven i rettsvitenskap ved Universitetet i Oslo. Under arbeidet har jeg vært tilknyttet havrettsprogrammet ved Fridtjof Nansen Institutt. Jeg har fått mange gode innspill fra flere involverte og særlig fra Davor Vidas og Øystein Jensen, som er pionerer innenfor sine fagområder. Øystein Jensen har vært hovedveileder og jeg kunne simpelthen ikke vært mer heldig med veileder; Øystein har bidratt enormt med faglige innspill og støtte som har vært uvurderlig for meg i denne perioden.

Jeg vil også takke familien min og Jan Olav som har lest gjennom utkast og kommet med nyttige kommentarer underveis.

Polhøgda, september 2014

Sammendrag

Denne rapporten gir en teoretisk gjennomgang av reglene om Havrettsdomstolens jurisdiksjon i saker om midlertidige forføyninger i FNs havrettskonvensjon. Rapporten tar også for seg hvordan konvensjonens eget tvisteløsningsorgan – Havrettsdomstolen – har anvendt disse reglene i avsagte kjennelser og tilhørende vota. Det er i denne sammenheng flere sider ved Havrettsdomstolens avgjørelser som kan trekkes frem. Her skal vi imidlertid begrense oss til å fokusere på de to mest sentrale vilkårene i havrettskonvensjonens artikkel 290 (5), nemlig «urgency»-vilkåret og vilkåret om såkalt «*prima facie*»-jurisdiksjon. Sakene vi skal se nærmere på er *Southern Bluefin Tuna (1999)*, *MOX Plant (2001)*, *Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (2003)* og *ARA Libertad (2012)*.

Analysen viser at det har utkrystallisert seg en viss retning i Havrettsdomstolens traktatanvendelse ved fastsettelse av midlertidige forføyninger. Havrettsdomstolen anvender tidligere rettspraksis fra Havrettsdomstolen, i tillegg til rettspraksis fra Den internasjonale domstol (ICJ) og flere momenter ved vurderingene har blitt fremhevet. Havrettsdomstolens fortolkninger er i det vesentlige konsistent. Likevel gir de skjønsmessige vilkårene i havrettskonvensjonens artikkel 290 (5) et relativt stort spillerom for domstolen, og inntrykket er at faktum i hver enkelt sak har stor betydning for konklusjonen. Dette gjelder særlig «urgency»-vilkåret i artikkel 290 (5).

Med bakgrunn i analysen er det vanskelig å si noe konkret om hvor terskelen ligger for Havrettsdomstolens jurisdiksjon i saker om midlertidig forføyning. Hovedinntrykket er imidlertid at artikkel 290 (5) ikke er en upraktisk regel med et snevert anvendelsesområde som bare kommer til anvendelse i eksepsjonelle tilfeller.

Innholdsfortegnelse

Forord

Sammendrag

1	Innledning	1
	1.1 Bakgrunn og problemstilling	1
	1.2 Metode og kilder	2
	1.3 Den videre fremstilling	2
2	Rettslig rammeverk	4
	2.1 Kort om havrettsutviklingen og havrettskonvensjonen	4
	2.2 Suverenitetsprinsippet og internasjonal tvisteløsning	4
	2.3 Havrettskonvensjonens tvisteløsningssystem	5
	2.3.1 Bakgrunn	5
	2.3.2 Oppbygging	6
3	Havrettsdomstolens jurisdiksjon i saker om midlertidige forføyninger	8
	3.1 Begrepet jurisdiksjon	8
	3.2 Midlertidige forføyninger	8
	3.3 Rettsreglene om jurisdiksjon i havrettskonvensjonen	9
	3.3.1 Havrettskonvensjonens artikkel 287	9
	3.3.2 Havrettskonvensjonens artikkel 288	10
	3.3.3 Havrettskonvensjonens artikkel 290	12
	3.3.4 Havrettskonvensjonens artikkel 290 (1)	13
	3.3.5 Havrettskonvensjonens artikkel 290 (5)	14
	3.3.6 Prosedyre ved behandling av saker om midlertidig forføyning	16
4	Rettspraksis fra Havrettsdomstolen	17
	4.1 Innledning	17
	4.2 Domstolens tolkning av «urgency»-vilkåret	17
	4.2.1 Southern Bluefin Tuna-sakene	17
	4.2.2 MOX Plant	21
	4.2.3 Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor	25
	4.2.4 ARA Libertad	27
	4.3 Avsluttende bemerkninger om domstolens drøftelse av «urgency»-vilkåret	31

4.4	Domstolens « <i>prima facie</i> »- vurdering	32
4.4.1	Innledning	32
4.4.2	Southern Bluefin Tuna	32
4.4.3	ARA Libertad	33
4.5	Avsluttende bemerkninger om domstolens drøftelse av « <i>prima facie</i> »-vilkåret	38
5	Oppsummering	39
6	Litteraturliste og kilder	41

1 Innledning

1.1 Bakgrunn og problemstilling

I løpet av de siste tiårene har det blitt etablert stadig flere internasjonale tvisteløsningsorganer. Denne utviklingen kan ses i sammenheng med den økte globaliseringen, som blant annet har ført til større behov for å løse folkerettslige tvister på tvers av landegrensene.

En av de sentrale internasjonale domstolene på havrettens område, er Havrettsdomstolen i Hamburg. Denne domstolen er opprettet med hjemmel i FNs havrettskonvensjon fra 1982.¹ Havrettsdomstolen har, per april 2014, fått seg forelagt og behandlet 22 saker.

Fem av disse sakene har gjaldt saker om såkalte midlertidige forføyninger – en del av den folkerettslige prosessretten som har fått økt relevans de senere årene, også på havrettens område. Sakene har hatt svært ulikartet faktum, men de gir hver for seg og samlet, et godt inntrykk av hvordan Havrettsdomstolen, så langt, har anvendt helt sentrale rettsregler i havrettskonvensjonen.

Enkelte grunnleggende spørsmål knyttet til Havrettsdomstolens jurisdiksjon i saker om midlertidige forføyninger er temaet i denne rapporten. Formålet er å kaste lys over én viktig side av Havrettsdomstolens virksomhet; domstolens jurisdiksjon i saker om midlertidige forføyninger er, til tross for dets praktiske relevans, et rettsområde som til dags dato ikke er viet veldig stor oppmerksomhet i den juridiske litteraturen.

Den overordnede problemstillingen er todelt. For det første skal *rettsreglene* om Havrettsdomstolens jurisdiksjon i saker om midlertidige forføyninger presenteres og redegjøres for. Dette er den «teoretiske» delen av rapporten, som da vil ha et rettsdogmatisk preg, og altså begrense seg til å beskrive og redegjøre nærmere for reglene i havrettskonvensjonen. For det andre skal vi se nærmere på hvordan Havrettsdomstolen har anvendt rettsreglene om jurisdiksjon i saker om midlertidig forføyning. Det er i denne sammenheng flere aspekter ved Havrettsdomstolens avgjørelser som kan trekkes frem. Her skal vi likevel bare fokusere på de to mest sentrale vilkårene i havrettskonvensjonens artikkel 290 (5), nemlig «urgency»-vilkåret og vilkåret om såkalt «*prima facie*»-jurisdiksjon. Sakene vi skal se nærmere på er *Southern Bluefin Tuna (1999)*, *MOX Plant (2001)*, *Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (2003)* og *ARA Libertad (2012)*.

Formålet med analysen av disse dommene er, for det første, å vurdere de hver for seg opp mot de relevante traktatbestemmelsene. For det andre er det interessant å *sammenligne* enkelte aspekter ved dommene, for derigjennom å kunne si noe om hvorvidt det er en rød tråd i domstolens argu-

¹ *United Nations Convention on the Law of the Sea*, vedtatt i Montego Bay 10. desember 1982, i kraft 16. november 1994. Publisert i *United Nations Treaty Series*, Vol. 1833, ss. 3ff.

mentasjonsmåte fra sak til sak. For hvert av vilkårene vil jeg sammenfatte funnene og redegjøre for domstolens tolkning av konvensjonsteksten.

1.2 Metode og kilder

Problemstillingen vil bli drøftet med grunnlag i folkerettslig juridisk metode. Artikkel 38 i Statuttene til Den internasjonale domstol er formelt sett kun bindende for rettsanvendelsen til ICJ, men bestemmelsen blir ansett for å gi et alminnelig uttrykk for rettskildene i folkeretten.² Artikkel 38 fastsetter:

1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:
 - a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
 - b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
 - c. the general principles of law recognized by civilized nations;
 - d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.
2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bono*, if the parties agree thereto.

Siden fokuset i denne oppgaven er *Havrettsdomstolens* jurisdiksjon, er det de bestemmelsene i havrettskonvensjonen som hjemler domstolens kompetanse, samt rettspraksis fra Havrettsdomstolen, som er de sentrale rettskildene.

Ved tolkning av havrettskonvensjonen bestemmelser vil reglene for traktatolking anvendes, slik disse kommer til uttrykk i Wienkonvensjonen om traktatrett fra 1969,³ herunder artikkel 31-33. Wienkonvensjonen er ikke ratifisert av alle stater. Imidlertid er det materielle innholdet i Wienkonvensjonen i stor grad ansett for å gi uttrykk for sedvane rett, og derfor bindende for alle stater, uavhengig av om disse er part i traktaten eller ikke.⁴ Dette gjelder også hovedreglene om tolkning av traktater i Wienkonvensjonen artikkel 31 flg.⁵

1.3 Den videre fremstilling

I neste kapittel av rapporten presenteres havrettskonvensjonen rammeverk. Historien bak havrettskonvensjonen, samt sentrale hensyn som reglene i konvensjonen skal ivareta, blir kort redegjort for. Videre

² Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, (Universitetsforlaget, 2011), side 66.

³ *Vienna Convention on the Law of Treaties*, vedtatt Wien 23. mai, i kraft 27. januar 1980. Publisert i *United Nations Treaty Series*, Vol. 1155, side 331.

⁴ Ruud og Ulfstein, *Innføring i folkerett*, side 81.

⁵ Om traktatolking, se generelt i Richard Gardiner, *Treaty Interpretation* (Oxford University Press, 2009).

presenteres oppbygningen og bakgrunnen for havrettskonvensjonens del XV om tvisteløsning.

I kapittel 3 redegjøres det for jurisdiksjonsbegrepet, herunder hvordan dette begrepet skal forstås innenfor rammen av den påfølgende analysen. Videre går jeg nærmere inn på begrepet midlertidige forføyninger og analyserer de relevante bestemmelsene i havrettskonvensjonen, det vil si artiklene 287, 288, 290. Vilkårene «urgency» og «*prima facie*»-jurisdiksjon i artikkel 290 (5) er skilt ut som egne punkter, da de er helt sentrale for analysen av rettspraksisen under kapittel 4.

I kapittel 4 blir så relevant rettspraksis fra Havrettsdomstolen analysert. Med hensyn til vilkåret «urgency» har jeg, som tidligere påpekt, valgt å se nærmere på følgende saker: *Southern Bluefin Tuna (1999)*, *MOX Plant (2001)*, *Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (2003)* og *ARA Libertad (2012)*. Med hensyn til vilkåret om «*prima facie*»-jurisdiksjon har jeg valgt å analysere domstolens argumentasjon i sakene *Southern Bluefin Tuna (1999)*, *ARA Libertad (2012)*.

2 Rettslig rammeverk

2.1 Kort om havrettsutviklingen og havrettskonvensjonen

FNs arbeid med å kodifisere og utvikle rettsregler på havrettens område startet for alvor etter andre verdenskrig. FNs første havrettskonferanse ble arrangert i 1958 (UNCLOS I). Det ble vedtatt fire havrettskonvensjoner som regulerer spørsmål vedrørende territorialfarvannet og den tilstøtende sone,⁶ det åpne hav⁷ samt fiskerier og bevaring av levende ressurser på det åpne hav,⁸ og kontinentalsokkelen.⁹

Disse fire konvensjonene løste imidlertid langt fra alle havrettslige utfordringer, herunder spørsmålet om sjøterritoriets bredde og viktige bestemmelser vedrørende fiskeriforvaltning. Heller ikke på FNs andre havrettskonferanse i 1960 (UNCLOS II) ble det gjort vesentlige fremskritt i så henseende.

På FNs tredje havrettskonferanse (UNCLOS III) ble imidlertid havrettskonvensjonen vedtatt i desember 1982. Konvensjonen trådte i kraft 12 år senere; den 16. november 1994. Havrettskonvensjonen var resultatet av forhandlinger over ni år og består delvis av etablert sedvanerett, men for en stor del også helt ny havrett. Konvensjonen har regler om all utnyttelse av havet, men med viktige unntak for militære forhold. Havrettskonvensjonen regulerer statenes rettigheter og plikter i alle havområder, samt luftrommet over disse; statenes rettigheter og plikter vedrørende fiske, fangst, skipsfart, oljevirkosomhet, miljøvern, vitenskapelig havforskning og teknologioverføring. Konvensjonen introduserer dessuten omfattende mellomfolkelige tvisteløsningsregler, med Havrettsdomstolen som en sentral institusjon.

2.2 Suverenitetsprinsippet og internasjonal tvisteløsning

Suverenitetsprinsippet er det mest sentrale prinsippet i folkeretten. Prinsippet går ut på at alle stater er suverene, og ikke underkastet noen annen vilje enn sin egen.¹⁰

Inngrep i statens suverenitet krever rettslig grunnlag, herunder at staten selv gir «avkall» på noe av sin suverenitet.¹¹ Et slikt rettslig grunnlag vil oftest være en traktat. I praksis har vi sett en tendens til at suverenitetsprinsippet har blitt modifisert som en naturlig følge av at det har blitt

⁶ *Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone*, vedtatt 29. april 1958 og i kraft 10. september 1964. Publisert i *United Nations Treaty Series*, Vol. 516, side 205.

⁷ *Convention on the High Seas*, vedtatt 29. april 1958 og i kraft 30. september 1962. Publisert i *United Nations Treaty Series*, Vol. 450, side 82.

⁸ *Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas*, vedtatt 29. april 1958 og i kraft 20. mars 1966. Publisert i *United Nations Treaty Series*, Vol. 559, side 285

⁹ *Convention on the Continental Shelf*, vedtatt 29. april 1958 og i kraft 10. juni 1964. Publisert i *United Nations Treaty Series*, Vol. 499, side 311.

¹⁰ Ruud og Ulfstein, *Innføring i folkerett*, side 21.

¹¹ *Ibid.*, side 93.

inngått flere internasjonale traktater. Enkelte traktater inneholder for eksempel et tvisteløsningssystem som statene er forpliktet til å følge, dersom traktaten ratifiseres.

Utgangspunktet er altså at staten står fritt til å velge å la seg underkaste rettslige prosessordninger gjennom traktater – også i relasjon til doms- og tvangsmyndighet.¹² Inngåelse av en traktat som inneholder et obligatorisk tvisteløsningssystem, innebærer således innskrenkning i statens suverenitet, ved at staten for eksempel velger å la seg underkaste myndigheten til en internasjonal domstol.¹³ Når det gjelder tvisteløsning så kan en stat på forhånd gjennom å ratifisere konvensjoner akseptere at et tvisteløsningsorgan har jurisdiksjon eller akseptere jurisdiksjon ad hoc i forbindelse med at en tvist oppstår. Havrettskonvensjonen er en av konvensjonene som har gått meget langt i å utforme et bindende tvisteløsningssystem.

2.3 Havrettskonvensjonens tvisteløsningssystem

2.3.1 Bakgrunn

Formålet med en egen seksjon om tvisteløsning i havrettskonvensjonen var å bidra til at tvister om fortolkning eller anvendelse av konvensjonen skulle bli løst av en nøytral tredjepart. I andre avsnitt av fortalen til havrettskonvensjonen fremheves formålet med konvensjonen: å løse alle spørsmål på havrettens område, og på samme tid styrke fred, sikkerhet og samarbeid mellom alle nasjoner.

Hensynet til fredelig tvisteløsning og at løsningene skal være preget av enighet, gjennomsyrrer konvensjonens bestemmelser. Det kommer blant annet til uttrykk i artikkel 280 som fastslår at partene på ethvert tidspunkt selv kan velge den behandlingsmåte de ønsker for å løse tvister knyttet til tolkning og anvendelse av konvensjonen. Partene står i utgangspunktet fullstendig fritt til å avtale en fredelig tvisteløsning, når som helst i prosessen, og uavhengig av om tvisteløsning etter konvensjonen allerede er innledet.¹⁴

For å sikre fredelig tvisteløsning og at medlemsstatene skulle gjennomføre konvensjonsreglene, ble det under UNCLOS III dannet en egen uformell gruppe som skulle vurdere ulike tvisteløsningsordninger.¹⁵ Det var imidlertid stor uenighet om innholdet til tvisteløsningsreglene. Enkelte stater (for eksempel USA) var skeptiske til at konvensjonen i det hele tatt skulle operere med et bindende tvisteløsningssystem.¹⁶ Andre stater mente at eventuelle tvisteløsningsorganer i alle fall måtte ha begrenset jurisdiksjon. Videre var det uenighet om hvilket tvisteløsnings-

¹² Ibid., side 21.

¹³ Ibid., side 21.

¹⁴ St. prp. Nr. 37 (1995-96), side 110.

¹⁵ Ibid., side 109.

¹⁶ USA ble ikke medlem av konvensjonen ved opprettelsen og har heller ikke blitt det siden.

organ som skulle tillegges jurisdiksjon til å avgi bindende avgjørelser om fortolkning og anvendelse av konvensjonen.¹⁷

Løsningen ble en ordning som gikk ut på at partene skulle angi ett eller flere tvisteløsningsorganer som de godtok. I de tilfeller partene hadde angitt forskjellige tvisteløsningsorgan eller ikke hadde angitt noe, skulle voldgift være obligatorisk.¹⁸

2.3.2 Oppbygging

Havrettskonvensjonen tvisteløsningsregler finnes i konvensjonens del. XV, som er delt inn i tre hoveddeler. Avsnitt I inneholder alminnelige regler om at enhver tvist som gjelder tolkning eller anvendelse av konvensjonen, skal bileses med fredelige midler mellom partene, gjennom for eksempel meglings eller forhandling. Avsnitt II har regler om tvisteløsning. Reglene kommer til anvendelse dersom partene ikke er blitt enige gjennom anvendelse av midlene som avsnitt I forskriver. Reglene i avsnitt II inneholder obligatoriske behandlingsmåter som medfører bindende løsning. Avsnitt III gir bestemmelser om unntak og begrensninger i fra de obligatoriske behandlingsmåter avsnitt II foreskriver.

I tillegg inneholder konvensjonen flere vedlegg som relaterer seg til konvensjonens tvisteløsningssystem. Vedleggene V-VIII består av utfyllende regler om de ulike typer av tvisteløsningsorganer. Av særlig praktisk betydning er Vedlegg VI, som inneholder Statuttene for Havrettsdomstolen, samt Vedlegg VII og VIII om tvistebehandling ved voldgiftsdomstol.

2.3.2.1 Avsnitt I: Fredelig tvisteløsning

I artikkel 279 – 285 av del XV til Havrettsdomstolen er det gitt generelle bestemmelser om det første steg ved tvisteløsning. Ifølge artikkel 279 «shall..[the States Parties] settle any dispute between them concerning the interpretation or application of this Convention by peaceful means ...». Den naturlige forståelsen av ordlyden tilsier en positiv forpliktelse for partene til å løse tvister angående tolkning eller anvendelse av konvensjonen på fredelig vis, altså ved forhandlinger og diplomati, og uten bruk av noen form for tvangsmidler.

Videre følger det av artikkel 283 første og annet ledd at partene har en plikt til å utveksle synspunkter når det oppstår tvist om tolkningen og anvendelsen av konvensjonen, når en tvisteløsningsprosedyre er avsluttet uten at tvisten er løst – og i de tilfeller hvor det er oppnådd løsning, men omstendighetene krever konsultasjon om hvordan løsningen skal gjennomføres. Formålet med en slik regel er å sørge for at partene får den nødvendige innsikt og forståelse i hverandres argumenter.¹⁹ Det kan både

¹⁷ St. prp. Nr. 37 (1995-96), side 109.

¹⁸ Ibid., side 110.

¹⁹ St. prp. Nr. 37 (1995-96), side 111.

ha en konfliktforebyggende effekt og hindre at en part ikke automatisk henviser saken til et tvisteløsningsorgan.²⁰

2.3.2.2 Avsnitt 2: Obligatoriske behandlingsmåter

Obligatoriske behandlingsmåter etter disse bestemmelsene innebærer at en tredjepart, det vil si et tvisteløsningsorgan, skal avgjøre saken med bindende virkning. Reglene får anvendelse når partenes frivillige tvisteløsningsordninger ikke fører til løsning, og minst en av partene ønsker en bindende avgjørelse. Dette kommer til uttrykk i artikkel 286, hvor det heter at:

any dispute concerning the interpretation or application of this Convention shall, where no settlement has been reached by recourse to section 1, be submitted at the request of any party to the dispute to the court or tribunal having jurisdiction under this section.

En forutsetning for at en oppstått tvist skal behandles av en domstol etter avsnitt 2, er at interne rettsmidler er uttømt, jf. artikkel 295. Reglene i avsnitt 2 skal sikre at det alltid vil være et tvisteløsningsorgan som har jurisdiksjon til å avgjøre tvisten med endelig virkning. Bestemmelsene om domstolens jurisdiksjon og omfanget reguleres av artiklene 287-290. Bestemmelsene er helt sentrale i havrettskonvensjonens tvisteløsnings-system og henger nøye sammen. Vi kommer nærmere tilbake til disse reglene under punkt 3.3 nedenfor.

2.3.2.3 Avsnitt 3: Begrensninger i og unntak fra anvendelsen av avsnitt 2

Det er verdt å merke seg at avsnitt 3 av del XV inneholder viktige unntak fra de obligatoriske behandlingsmåter i avsnitt 2. Disse unntakene gjelder blant annet for tvister knyttet til fiskerier og vitenskapelig havforskning, maritime avgrensningsspørsmål mellom stater, militær virksomhet, håndhevelse på visse områder og saker som behandles av FNs sikkerhetsråd.

Dersom unntakene i avsnitt 3 gjør seg gjeldene, må partene gå tilbake til forhandlinger eller meglingsregler etter reglene i avsnitt 1. Imidlertid kommer ikke disse unntakene til anvendelse i sakene om midlertidig forføyning, og derfor går vi ikke her nærmere inn på disse.

²⁰ Ibid., side 111.

3 Havrettsdomstolens jurisdiksjon i saker om midlertidige forføyninger

3.1 Begrepet jurisdiksjon

Begrepet «jurisdiksjon» – på latin «ius dicere» – betyr autoritet til å erklære en juridisk posisjon, herunder til å fastsette rettigheter og plikter.²¹ Begrepet jurisdiksjon blir likevel brukt på ulike måter og kan deles inn i forskjellige kompetanseområder.²²

I nasjonal rett vil som regel en domstol ha myndighet til å avgjøre midlertidige forføyninger og en saks realitet med hjemmel i lov (eller grunnlov). I internasjonal rett er det slik at hvis et tvisteløsningsorgan skal ha myndighet til å behandle en sak, må den ha blitt tildelt en slik kompetanse gjennom aksept fra statene.

Slik jeg forstår begrepet er de følgende punktene de mest sentrale sidene ved jurisdiksjon i internasjonal rett:

- i) Hvorvidt domstolen er etablert og sammensatt på lovlig vis.
- ii) Hvorvidt domstolen har myndighet til å avgjøre om den har kompetanse til å ta stilling til sakens materielle og personelle sider.
- iii) Hvorvidt domstolen har myndighet til å avgjøre sakens realitet.
- iv) Hvorvidt domstolen har kompetanse til å avgjøre hastesaker, herunder midlertidige forføyninger og intervensjoner.²³

Det sentrale innenfor rammen av denne analysen er punkt iv) – domstolens kompetanse til å anordne midlertidige forføyninger. Det er likevel nødvendig å se denne kompetansen i sammenheng med de andre punktene, og særlig punkt iii), om domstolens kompetanse til å avgjøre sakens realitet.

3.2 Midlertidige forføyninger

Midlertidig forføyning er et velkjent begrep i både internasjonal og nasjonal rett. I følge Thomas Mensah kan midlertidig forføyning forstås slik:

Provisional measures (or «interim measures») are common feature in national and international judicial proceedings. The main rationale behind these measures is that a party to a dispute before a court or tribunal is entitled to reasonable assurance that the subject matter of the dispute will not be so altered as to make it impossible for it to enjoy the right or interest it is claiming, if its claim is upheld.²⁴

²¹ Amerasinghe, Chittharanjan, *Jurisdiction of International Tribunals*, Kluwer Law International, (2003), side 52.

²² Amerasinghe, side 7.

²³ Ibid.,

²⁴ Thomas Mensah, *Provisional Measures in the International Tribunal for the Law of the Sea* (ITLOS, 2002), side 1.

En midlertidig forføyning kan således virke som et sikkerhetsnett for å bevare rettigheter til partene i en folkerettslig konflikt eller for å forhindre uopprettelig skade på miljøet, til endelig beslutning er fattet av kompetent organ.²⁵ Videre kan midlertidig forføyning ses på som et middel for å oppnå det overordnede målet i konvensjonen – å beholde og skape internasjonal fred og orden.²⁶

Midlertidige forføyninger kan imidlertid også være belastende for den ene parten og det kan også være slik at saken faktisk får et annet resultat når sakens realitet behandles på et senere tidspunkt. Av disse grunnene er det blitt etablert normer og vilkår som må være oppfylt for at domstolen skal kunne ha en slik myndighet.²⁷

3.3 Rettsreglene om jurisdiksjon i havrettskonvensjonen

Hvilke tvisteløsningsorgan som har jurisdiksjon innenfor rammen av havrettskonvensjonen, følger av konvensjonens artikkel 287. Artikkel 288 gir uttrykk for de generelle reglene knyttet til omfanget av myndigheten til det tvisteløsningsorgan som skal avgjøre realiteten i saken. Artikkel 290 utvider domstolens kompetanse til også å omfatte anordning av midlertidige forføyninger. Det er nær sammenheng mellom disse bestemmelsene og de vil behandles mer inngående i det følgende.

3.3.1 *Havrettskonvensjonens artikkel 287*

I følge artikkel 287 i havrettskonvensjonen, står en stat fritt til å velge en av de følgende domstolene for å avgjøre tvist angående tolkning og anvendelse av traktaten:

- Den internasjonale havrettsdomstol (ITLOS)
- Den internasjonale domstolen (ICJ)
- Voldgiftsrett opprettet i samsvar med vedlegg VII
- Spesiell voldgiftsdomstol opprettet i samsvar med vedlegg VIII

Artikkel 287 (1) bestemmer at:

When signing, ratifying or acceding to this Convention or at any time thereafter, a State shall be free to choose, by means of a written declaration, one or more of the following means for the settlement of disputes concerning the interpretation or application of this Convention.

²⁵ Rüdiger Wolfrum, *Provisional Measures of the International Tribunal for the Law of the Sea* (1997), side 422.

²⁶ Edward Laing, *A perspective on Provisional Measures under UNCLOS* (1998), side 47.

²⁷ Mensah, *Provisional Measures in the International Tribunal for the Law of the Sea*, side 1.

Regelen forutsetter dermed at statene må ha signert, ratifisert eller tiltrådt konvensjonen, men også at staten uttrykkelig må erklære hvilket tvisteløsningsorgan den velger. Det er ingen begrensninger med hensyn til når en slik erklæring kan avgis. Det kan skje flere år etter ratifikasjon, jf. ordlyden «or any time after».

Artikkel 287 (4) fastslår at dersom statene har godtatt samme behandlingsmåte for løsning av tvisten, kan den bare henvises til en slik behandling, med mindre partene blir enige om noe annet, jf. ordlyden «... it may be submitted only to that procedure, unless the parties otherwise agree.»

Artikkel 287 (5) fastsetter at:

If the parties to a dispute have not accepted the same procedure for the settlement of the dispute, it may be submitted only to arbitration in accordance with Annex VII, unless the parties otherwise agree.

Dette relaterer seg til tilfeller hvor partene ikke har valgt samme tvisteløsningsorgan. I slike tilfeller foreskriver konvensjonen altså at tvisten skal løses av voldgiftsdomstol opprettet etter konvensjonens Vedlegg VII. Bestemmelsen fastsetter også at i de tilfeller hvor partene har valgt forskjellige tvisteløsningsorganer, skal tvisten henvises til voldgift.

Av stor praktisk betydning er artikkel 287 (3) som fastsetter at:

A State Party, which is a party to a dispute not covered by a declaration in force, shall be deemed to have accepted arbitration in accordance with Annex VII.

Ordlyden peker på at hvis en part ikke har avgitt en jurisdiksjonerklæring, så skal parten anses for å ha akseptert voldgift i samsvar med vedlegg VII.

Oppsummert ser vi at statene i utgangspunktet står fritt til å velge ett av de tvisteløsningsorganene som er opplistet i første ledd. Artikkelens tredje til femte ledd regulerer det tilfelle at det av ulike grunner ikke er valgt et tvisteløsningsorgan og at en voldgiftsdomstol opprettet i samsvar med vedlegg VII skal behandle tvisten. Følgelig vil det at partene ikke har valgt samme tvisteløsningsorgan, eller at parten(e) ikke har avgitt jurisdiksjonerklæring, ikke stå i veien for at tvisten blir behandlet av en domstol, herunder voldgiftsdomstol opprettet i samsvar med vedlegg VII.

3.3.2 *Havrettskonvensjonens artikkel 288*

Domsmyndighetens omfang er regulert i havrettskonvensjonens artikkel 288, hvis første og annet ledd lyder slik:

1. A court or tribunal referred to in article 287 shall have jurisdiction over any dispute concerning the interpretation or application of this Convention which is submitted to it in accordance with this Part.
2. A court or tribunal referred to in article 287 shall also have jurisdiction over any dispute concerning the interpretation or application of an international agreement related to the purposes of this Convention, which is submitted to it in accordance with the agreement.

Første ledd viser til at det er domstolene som nevnt i artikkel 287 (1) som har domsmyndighet, jf. ordlyden «[a] court or tribunal referred to in article 287 shall have jurisdiction». Omfanget av jurisdiksjonen er begrenset til «any dispute concerning the interpretation or application of this Convention». Ordlyden gir anvisning på at domstolen kun kan behandle tvister som angår tolkning og anvendelse av havrettskonvensjonen. Hva som faller under «interpretation» må etter en ordlydstolkning peke på tilfeller der det er tvil om hvordan en bestemmelse i konvensjonen skal forstås. Med «application» pekes det på tilfeller hvor partene i tvistene er uenige om omfanget og anvendelsesområdet til konvensjonen.

Artikkel 288 (1) må ses i sammenheng med vedlegg VI til konvensjonen, herunder avsnitt 2, artikkel 21, som utvider jurisdiksjonen til domstolen til å omfatte «all disputes and all applications submitted to it in accordance with this Convention and all matters specifically provided for in any other agreement which confers jurisdiction to the Tribunal.»

Videre fastsetter artikkel 288 (2) at en domstol referert til i artikkel 287 også har jurisdiksjon «over any dispute concerning the interpretation and application» av «international agreement» relatert til «the purposes of this Convention». Ordlyden peker på at domstolens jurisdiksjon er utvidet til å omfatte internasjonale avtaler som er relatert til konvensjonens formål.

Artikkel 288 (2) må ses i sammenheng med vedlegg VI til konvensjonen, herunder avsnitt 2, artikkel 22. Bestemmelsen fastslår:

If all the parties to a treaty or Convention already in force and concerning the subject-matter covered by this Convention so agree, any dispute concerning the interpretation and application of such treaty or Convention may [...] be submitted to the Tribunal.

Bestemmelsen viser til at dersom alle parter i en traktat eller konvensjon som allerede er i kraft og som angår et spørsmål omhandlet i havrettskonvensjonen blir enige om det, kan enhver tvist om tolkningen eller anvendelsen av en annen traktat eller konvensjon, bringes inn for Havrettsdomstolen. Bestemmelsen åpner således for at domstolen på visse vilkår har jurisdiksjon til tolkning eller anvendelsen av en traktat eller konvensjon.

Oppsummert fastslår artikkel 288 at tvisteløsningsorganene opplistet i 287 har jurisdiksjon i alle tvister som gjelder tolking og anvendelse av havrettskonvensjonen, herunder dens vedlegg eller internasjonale avtaler med tilknytning til konvensjonens formål. Utgangspunktet er altså at tvisteløsningsorganene har et meget vidt myndighetsområde.

3.3.3 *Havrettskonvensjonens artikkel 290*

Havrettsdomstolens myndighet til å anordne midlertidige forføyninger er hjemlet i artikkel 290. Bestemmelsen er helt sentral for den videre fremstilling, og gjengis derfor her i fulltekst:

1. If a dispute has been duly submitted to a court or tribunal which considers that *prima facie* it has jurisdiction under this Part or Part XI, section 5, the court or tribunal may prescribe any provisional measures which it considers appropriate under the circumstances to preserve the respective rights of the parties to the dispute or to prevent serious harm to the marine environment, pending the final decision.
2. Provisional measures may be modified or revoked as soon as the circumstances justifying them have changed or ceased to exist.
3. Provisional measures may be prescribed, modified or revoked under this article only at the request of a party to the dispute and after the parties have been given an opportunity to be heard.
4. The court or tribunal shall forthwith give notice to the parties to the dispute, and to such other States Parties as it considers appropriate, of the prescription, modification or revocation of provisional measures.
5. Pending the constitution of an arbitral tribunal to which a dispute is being submitted under this section, any court or tribunal agreed upon by the parties or, failing such agreement within two weeks from the date of the request for provisional measures, the International Tribunal for the Law of the Sea or, with respect to activities in the Area, the Seabed Disputes Chamber, may prescribe, modify or revoke provisional measures in accordance with this article if it considers that *prima facie* the tribunal which is to be constituted would have jurisdiction and that the urgency of the situation so requires. Once constituted, the tribunal to which the dispute has been submitted may modify, revoke or affirm those provisional measures, acting in conformity with paragraphs 1 to 4.
6. The parties to the dispute shall comply promptly with any provisional measures prescribed under this article.

Det sentrale for analysen i det følgende er artikkel 290 (1) og (5). Det er nær sammenheng mellom leddene. Derfor er disse leddene skilt ut som egne punkter under 3.3.4 og 3.3.5. Under sistnevnte punkt går jeg nærmere inn på vilkårene «urgency» og «*prima facie*»-jurisdiksjon. I de sakene jeg skal vurdere, utleder Havrettsdomstolen sin jurisdiksjon fra artikkel 290 (5). Før jeg går inn på disse reglene, er det imidlertid nødvendig å si noe kort om de øvrige leddene i artikkel 290.

Artikkel 290 (2) fastsetter at midlertidige forføyninger «may be modified or revoked as soon as the circumstances justifying them have changed or ceased to exist». Bestemmelsen peker på den grunnleggende forutsetningen ved bruk av slike forføyninger, nemlig at de kun er midlertidige. Dersom omstendighetene i saken tilsier at de forholdene som ga grunnlag for midlertidig forføyning i utgangspunktet, blir endret eller forsvinner, kan forføyningen endres eller tilbakekalles.

Artikkel 290 (3) legger til grunn at det kun er partene i tvisten som kan be om anordning av midlertidig forføyning, etter at partene er gitt anledning til å bli hørt. I artikkel 290 (4) legges det til grunn at domstolen:

shall forthwith give notice to the parties to the dispute, and such other States Parties as it considers appropriate, of the prescription, modification or revocation of provisional measures.

Bestemmelsen peker på domstolens plikt til å underrette tvistens parter og andre involverte om anordning, endring eller tilbakekall av forføyninger. En beslutning om midlertidig forføyning skal omgående etterkommes av partene, jf. artikkel 290 (6). Det innebærer at beslutningen er bindende for partene og må etterleves umiddelbart.

3.3.4 Havrettskonvensjonens artikkel 290 (1)

Artikkelens første ledd fastsetter at tvisteløsningsorgan som nevnt i artikkel 287 og 187 på visse vilkår, har kompetanse til å anordne midlertidig forføyning.

Artikkelen fastsetter at det er «[the] court or tribunal which considers that prima facie it has jurisdiction». Dette peker for det første på at domstolen selv må ta stilling til om den har jurisdiksjon. Kompetansen til å vurdere om domstolen har jurisdiksjon er således tillagt vedkommende domstol.

For det andre må domstolen finne at den faktisk har slik «*prima facie*»-jurisdiksjon. Ordlyden «*prima facie*» indikerer at domstolen må gjøre en umiddelbar vurdering.²⁸ Domstolen må altså vurdere hvorvidt den har myndighet i vedkommende sak ut ifra det materialet domstolen har tilgjengelig på tidspunktet den får saken presentert fra saksøker.

Vilkåret må tolkes i lys av formålet med midlertidige forføyninger, hvilket er å avgjøre en sak «midlertidig», altså inntil sakens realitet behandles, fordi presserende omstendigheter krever det. Ettersom forutsetningen er at saken skal behandles mer grundig på et senere tidspunkt vil det være tilstrekkelig med en nokså «summarisk» vurdering av om domstolen finner å ha myndighet i vedkommende sak. Det er for øvrig verdt merke seg at domstolen som avgjør hovedspørsmålet ved en senere anledning, må ta stilling til tvisten, uavhengig av hva domstolen som har anordnet midlertidig forføyning har kommet til.

²⁸ St. prp. Nr. 37 (1995-96), side 276.

Videre fastsetter artikkel 290 (1) at «the court or tribunal may prescribe any provisional measures which it considers appropriate under the circumstances [...]». Ordlyden «any provisional measure» peker på at domstolen i utgangspunktet har vide fullmakter til å anordne midlertidige forføyninger, da ordlyden «any» ikke gir noen begrensninger med hensyn til typer av tiltak. Imidlertid tilsier den naturlige forståelsen av ordlyden «which it considers appropriate under the circumstances» at domstolen må forholde seg til hva som er nødvendig i foreliggende situasjon. Hva som er «appropriate under the circumstances» vil nødvendigvis måtte innebære en skjønnsmessig konkret vurdering.

For at det skal kunne anordnes en midlertidig forføyning må forføyningen videre være nødvendig for enten å «preserve the respective rights of the parties to the dispute» eller «to prevent serious harm to the marine environment». Det første vilkåret viser at midlertidig forføyning kan anordnes dersom det etter forholdene er nødvendig for å bevare rettighetene til partene. Hva som ligger i «respective rights of the parties» er ikke nærmere spesifisert i konvensjonen. I henhold til en ordlydstolkning synes det likevel å være få begrensninger med hensyn til hvilke rettigheter som kan omfattes. Ordlyden «parties» peker på at begge parters rettigheter skal ivaretas. Vurderingen er altså ikke begrenset til den saksøkende parts rettigheter.

Det alternative vilkåret peker på tiltak som er nødvendige for å forhindre alvorlig skade på det marine miljø, i påvente av en endelig avgjørelse. Straktiltak for å verne havmiljøet synes som å være en hensiktsmessig regel. Midlertidige forføyninger må således for eksempel kunne anordnes for å verne og bevare de levende ressursene i havet.

Oppsummert gir artikkel 290 (1) uttrykk for en skjønnsmessig regel som i utgangspunktet synes å innrømme domstolen en relativt vid skjønnsmargin når det gjelder myndighet til å anordne midlertidige forføyninger.

3.3.5 *Havrettskonvensjonens artikkel 290 (5)*

Artikkel 290 (5) er en viktig og praktisk spesialregel som gir en ytterligere hjemmel for domstolen til å anordne midlertidig forføyning.

Artikkelens første punktum regulerer det tilfellet hvor det ikke er etablert noen kompetent voldgiftsdomstol etter konvensjonens vedlegg VII på det tidspunktet hvor en av partene har begjært en midlertidig forføyning. I det tilfellet kan enhver domstol som partene i henhold til artikkel 287 blir enige om, endre eller tilbakekalle midlertidige forføyninger i samsvar med artikkelen. Dersom en slik enighet ikke foreligger innen to uker fra den dag midlertidig forføyning ble begjært, kan Havrettsdomstolen anordne, endre eller tilbakekalle en midlertidig forføyning.

Kompetansen til å anordne midlertidig forføyning avhenger etter dette av om domstolen «considers that prima facie the tribunal which is to be constituted would have jurisdiction and that the urgency of the situation so requires», jf. artikkel 290 (5).

3.3.5.1 Særlig om «*prima facie*»- jurisdiksjon etter artikkel 290 (5)

I likhet med situasjonen som artikkel 290 (1) foreskriver, må det foretas en «*prima facie*»-vurdering. Det er imidlertid en vesensforskjell i hva som ligger i «*prima facie*»-vurderingen etter bestemmelsens første og femte ledd. Under artikkel 290 (1) er vurderingen hvorvidt vedkommende domstol finner at den etter en umiddelbar vurdering anser å ha myndighet etter avsnitt XV og XI. I artikkel 290 (5) er spørsmålet om vedkommende domstol finner at voldgiftsdomstolen, som enda ikke er opprettet, har jurisdiksjon i hovedsaken, jf. ordlyden «the tribunal which is to be constituted would have jurisdiction». Mer presist er det etter femte ledd altså slik at domstolen må legge til grunn – ved en umiddelbar vurdering – at voldgiftsdomstolen som skal vurdere tvistens realitet, har myndighet.

Artikkel 290 (5) gir likevel ingen nærmere forklaring på hvordan domstolen skal bringe på det rene om voldgiftsdomstolen vil ha myndighet i hovedsaken. Imidlertid vil det være en forutsetning for voldgiftsdomstolens kompetanse om saken gjelder «interpretation or application of this Convention», jf. artikkel 288 jf. vedlegg VII artikkel 4. Dette innebærer at dersom tvisten ikke omhandler tolkning av konvensjonen, vil ikke voldgiftsdomstolen ha myndighet i hovedsaken.

En annen vesentlig forskjell når det gjelder «*prima facie*»-vurderingen etter artikkel 290 (1) og 290 (5) er at etter artikkel 290 (5) skal domstolen ta stilling til om tiltakene er nødvendige for å bevare enten partenes rettigheter eller det marine miljø «pending the final decision» i saken. I henhold til artikkel 290 (5) har domstolen altså kun myndighet til å fastsette tiltak i påvente av opprettelsen av voldgiftsdomstolen. Utgangspunktet blir dermed at domstolen, på bakgrunn av bevisene som er fremlagt, må vurdere om det er sannsynlig at partenes rettigheter blir krenket eller at det marine miljøet blir skadet før voldgiftsdomstolen som skal behandle realiteten i saken, er blitt konstituert.²⁹

3.3.5.2 Særlig om vilkåret om «urgency» etter artikkel 290 (5)

I tillegg til at domstolen må avgjøre om voldgiftsdomstolen «*prima facie*» har jurisdiksjon, må vilkåret «urgency of the situation» være innfridd. Ordlyden «urgency» er vag og kan tolkes på ulike måter. Den alminnelige språklige forståelse av ordlyden tilsier imidlertid at saken må være av presserende karakter, som ganske umiddelbart gjør det påkrevet med anordning av midlertidig forføyning. Støtte til tolkningen får man også ved formuleringen «the situation so requires». Ordlyden peker på at hva som er presserende og må avpasses etter hvilken situasjon som foreligger; hva situasjonen krever og hvordan den eventuelt er i ferd med å utarte seg.

²⁹ Shabtai Rosenne, *Provisional Measures in International Law* (2005), side 55.

Behovet for en midlertidig forføyning må dessuten være av en slik karakter at det er nødvendig å anordne en beslutning øyeblikkelig, nettopp fordi partene ikke kan vente med å få realiteten i saken behandlet av en voldgiftsdomstol. Det betyr at Havrettsdomstolen må vurdere om det er fare for at partens rettigheter blir krenket i påvente av etableringen av voldgiftsdomstolen. Situasjonen må således være alvorlig, og at det er fare for at uopprettelig skade kan skje i «mellomperioden» fra midlertidig forføyning kreves og til voldgiftsretten skal realitetsbehandle saken. Til en viss grad må domstolens altså foreta en hypotetisk vurdering med hensyn til om det er sannsynlig at partenes rettigheter blir skadelidende før sakens realitet behandles.³⁰ Denne vurderingen må nødvendigvis bli konkret og skjønnsmessig.

3.3.6 *Prosedyre ved behandling av saker om midlertidig forføyning*

Prosedyren som Havrettsdomstolen forholder seg til i saker om midlertidige forføyninger, følger av havrettskonvensjonens vedlegg VI, artikkel 25. Artikkel 25 (1) fastsetter, kort og godt, at Havrettsdomstolen har myndighet til å anordne midlertidige forføyninger i henhold til reglene i artikkel 290.

Det er videre verdt å merke seg visse relevante regler i Havrettsdomstolens saksbehandlingsregler. Punkt 89 i saksbehandlingsreglene lyder slik:

A request for the prescription of provisional measures under article 290, paragraph 5, of the Convention shall also indicate the legal grounds upon which the arbitral tribunal which is to be constituted would have jurisdiction and the urgency of the situation.³¹

Bestemmelsen peker på at den saksøkende part må sørge for å redegjøre for det rettslige grunnlaget for at voldgiftsdomstolen har jurisdiksjon og at situasjonen er presserende. Bevisbyrden ligger således på saksøker.

Videre følger det av punkt 89 (5) at:

[...] the Tribunal may prescribe measures different in whole or in part from those requested and indicate the parties which are to take or to comply with each measure.

Bestemmelsen fastsetter altså at domstolen ikke er bundet til anførselene ved anordning av midlertidige forføyninger. I den følgende fremstillingen av rettspraksisen til Havrettsdomstolen skal vi se flere tilfeller av at domstolen anordner forføyninger som ikke er i tråd med det som ble begjært av den saksøkende part.

³⁰ Ibid., side 135.

³¹ *Rules of the International Tribunal of the sea*, vedtatt 17 mars 2009 og trådte i kraft 17 mars 2009.

4 Rettspraksis fra Havrettsdomstolen

4.1 Innledning

I det følgende skal jeg se nærmere på hvordan Havrettsdomstolen har tolket og anvendt de to sentrale vilkårene i artikkel 290 (5), nærmere bestemt vilkåret om «urgency» og om voldgiftsdomstolen har såkalt «*prima facie*»-jurisdiksjon.

Med hensyn til vilkåret «urgency» har jeg valgt å se nærmere på følgende saker: *Southern Bluefin Tuna (1999)*, *MOX Plant (2001)*, *Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (2003)* og *ARA Libertad (2012)*. Med hensyn til vilkåret om «*prima facie*»-jurisdiksjon har jeg valgt å analysere domstolens argumentasjon i sakene *Southern Bluefin Tuna (1999)*, *ARA Libertad (2012)*.

For ordens skyld vil jeg her gjenta at artikkel 290 (5) – og dermed vilkårene «urgency» og «*prima facie*»-jurisdiksjon – bare kommer i betraktning når en voldgiftsdomstol opprettet i samsvar med Vedlegg VII i Havrettsdomstolen senere skal avsi dom i saken. Avgjørelsene jeg skal ta utgangspunkt i gjelder altså utelukkende midlertidige forføyninger, og således at de utstedes som kjennelser («orders»), ikke som dommer («judgments»). Disse «orders» er ofte meget summariske og redegjør ofte bare for sakens faktum, samt selve konklusjonen. De individuelle begrunnelsene fra dommerne finner vi imidlertid i vedlagte erklæringer («declarations»), eventuelle divergerende begrunnelser («separate opinions») eller i dissenterende votum («dissenting opinions»). Artikkel 125 (2) i Havrettsdomstolens saksbehandlingsregler³² åpner for at dommerne i saken kan legge slike ved «the order», og hvor vi da får nærmere innsikt i dommernes rettsanvendelse og begrunnelse. Ifølge artikkel 124 i domstolens saksbehandlingsregler er det kun selve kjennelsen («the order») som er bindende for partene, men kildetilfanget i saker om midlertidige forføyninger er altså i realiteten vesentlig større, for eksempel i form av omfattende «separate opinions». Disse er svært relevante for tolkningen, selv om det bare er selve kjennelsen som har rettskraft mellom partene.

4.2 Domstolens tolkning av «urgency»-vilkåret

4.2.1 *Southern Bluefin Tuna*-sakene

4.2.1.1 Sakenes faktiske side

Havrettsdomstolen gikk grundig inn på «urgency»-vilkåret i sakene om *Southern Bluefin Tuna* fra 1999. Faktum var som følger: Australia og New Zealand mente at bestanden til en spesiell tunfisk art – såkalt «blåfinnet tunfisk» (på engelsk: («southern bluefin tuna»)) – var truet som

³² *Rules of the International Tribunal of the sea*, vedtatt 17. mars 2009 og trådte i kraft 17. mars 2009.

følge av et eksperimentelt fiskeriprogram initiert av Japan.³³ Japan etterkom ikke oppfordringen fra Australia og New Zealand om å stoppe dette fiskeriprogrammet. Australia og New Zealand bestemte seg derfor for å anlegge voldgiftssak i samsvar med havrettskonvensjonens vedlegg VII. Den 30. juli 1999, og i påvente av at sakene skulle behandles av en voldgiftsdomstol, ble det imidlertid også sendt forespørsel fra både Australia og New Zealand om at Havrettsdomstolen skulle anordne midlertidige forføyninger i henhold til artikkel 290 (5).³⁴

Begjæringen om midlertidige forføyninger inneholdt flere punkter, herunder krav om at Japan umiddelbart skulle stoppe den eksperimentelle fiskingen av tunfiskarten, samt at Japan skulle redusere fiskekvoten i henhold til avtale med Australia og New Zealand. Videre ble det lagt ned påstand om at Japan måtte forholde seg til et føre vår-prinsipp under all fiske på den truede tunfiskarten frem til tvisten senere skulle behandles av voldgiftsdomstolen. Japan skulle heller ikke iverksette noen andre tiltak som forverret situasjonen for tunfisken.³⁵

Japan mente imidlertid at det ikke var grunnlag for å anordne midlertidige forføyninger.³⁶ Japan la prinsipielt til grunn at konflikten vedrørende den blåfinnede tunfisken ikke gjaldt en tvist relatert til havrettskonvensjonen, men en tvist vedrørende *The Convention for Conservation of the Southern Bluefin Tuna* fra 1993.³⁷ Videre mente Japan at vilkårene om «prima facie»-jurisdiksjon og «urgency» i artikkel 290 (5) ikke var oppfylt.

Sakene ble avgjort i plenum, det vil si av alle de 22 dommerne i Havrettsdomstolen. Domstolen kom frem til at den hadde jurisdiksjon til å anordne midlertidige forføyninger på grunnlag av artikkel 290 (5). To dommere dissenterte. Med hensyn til de substansielle kravene kan det for øvrig bemerkes at Australia og New Zealand langt på vei fikk medhold i sine påstander i forføyningssaken. Havrettsdomstolen anordnet fem midlertidige forføyninger i kjennelsen, blant annet at partene skulle avstå fra å fortsette eksperimentelt fiske av blåfinnet tunfisk. Det ble også anordnet en forføyning som forpliktet partene til å forebygge videre overfiske.

4.2.1.2 Domstolens drøftelse av vilkåret «urgency»

Etter at domstolen redegjorde for partenes anførsler la flertallet til grunn at:

³³ *Southern Bluefin Tuna Case*, avsnitt 29.

³⁴ *Ibid.*, avsnitt 30 og 31.

³⁵ *Ibid.*, avsnitt 31.

³⁶ *Ibid.*, avsnitt 35.

³⁷ *Ibid.*, avsnitt 46.

[...] measures should be taken as a matter of urgency to preserve the rights of the parties and to avert further deterioration of the southern bluefin tuna stock.³⁸

Det ble således konkludert med at vilkåret om «urgency» var innfridd. Det interessante er da å se nærmere på hvordan flertallet begrunnet dette.

Domstolen kunne ikke konkludere sikkert med henhold til om behovet for midlertidige forføyninger var presserende på grunnlag av de vitenskapelige data som partene hadde lagt fram i saken. I kjennelsen vises det imidlertid til at det ikke var noen uenighet mellom partene om at bestanden av blåfintunfisk var på «its historically lowest level».³⁹ Det ble således lagt til grunn at det eksperimentelle fiskeriprogrammet «could endanger the existence of the stock»,⁴⁰ og dette var da tilstrekkelig for domstolen til å konkludere med at situasjonen var presserende («[urgent]»).

Som påpekt ovenfor må imidlertid vilkåret om «urgency» ses i sammenheng med at den midlertidige forføyningen kun gjelder «pending the constitution of an arbitral tribunal», jf. artikkel 290 (5). Hvorvidt situasjonen er presserende styres derfor i noen grad av når den kommende rettssaken er berammet. Inneværende sak skulle behandles av en voldgiftsdomstol relativt kort tid etter at den midlertidige forføyningen ble anordnet.

Slik jeg tolker kjennelsen ble det nemlig lagt til grunn at det var fare for fullstendig kollaps av tunfiskbestanden allerede i tiden mellom kjennelsen ble avsagt og frem til hovedkravene skulle behandles ved voldgiftsavgjørelse, selv om det i kjennelsen riktignok vises til at det var ulike oppfatninger i forskningsmiljøet om omfanget av bestandens reduksjon og hvilke tiltak som var nødvendige for å bevare bestanden.⁴¹

Til tross for at det på tidspunktet for avgjørelsen var vitenskapelig uenighet om bestanden kom til å kollapse i løpet av den korte tiden som gjenstod før hovedkravet skulle behandles, virker det som om Havrettsdomstolen innfortolker et føre vår-prinsipp⁴² i vurderingen av om situasjonen var presserende. Dette poenget er sentralt og vil bli drøftet nærmere i det følgende.

Etter min mening later det derfor til at flertallet i Havrettsdomstolen anså det nødvendig å foreskrive tiltak for å hindre en negativ utvikling i form av at bestanden ble ytterligere redusert. At det er føre vår-prinsippet som anvendes kan ikke leses direkte ut fra kjennelsen. Likevel kommer det indirekte til uttrykk under avsnitt 77, hvor det ble påpekt av at partene:

³⁸ Ibid., avsnitt 80.

³⁹ Ibid., avsnitt 71.

⁴⁰ Ibid., avsnitt 74.

⁴¹ Ibid., avsnitt 79 og 80.

⁴² Kjernen i føre vår-prinsippet er at ved fare for alvorlig skade på miljøet, så skal ikke vitenskapelig usikkerhet stå i veien for å iverksette tiltak som kan minimere skadeutfallet.

should in the circumstances act with prudence and caution to ensure that effective conservation measures are taken to prevent serious harm to the stock of southern bluefin tuna

At kjennelsen gir uttrykk for at vilkåret «urgency» tolkes i lys av føre vår-prinsippet i dette tilfellet, presiseres dessuten av to særsvotum avgitt av dommerne Laing og Treves. Begge dommerne er enige i kjennelsens resultat, men har hver sin selvstendige begrunnelse. I det følgende skal jeg se nærmere på disse to særsvota, fordi de gir relevante bidrag til hvordan føre vår-prinsippet kan knyttes til tolkningen av vilkåret «urgency» under artikkel 290 (5).

Dommer Laing la til grunn følgende i sitt særsvotum:

In view of my earlier discussion, it becomes evident that the Tribunal has adopted the precautionary approach for the purposes of provisional measures in such a case as the present.⁴³

Etter dommer Laings oppfatning har altså føre vår-prinsippet *de facto* blitt anvendt av domstolens flertall. For å underbygge at dette rettslig sett er holdbart viser han også til en del bestemmelser i havrettskonvensjonen hvor prinsippet kommer til uttrykk. Etter hans syn kan således føre vår-prinsippet, med rette, innfortolkes i vurderingen av hva som er presserende og ikke, selv om et slikt prinsipp ikke eksplisitt følger av havrettskonvensjonens tekst.

Dommer Treves var enig med dommer Laing i at kjennelsen gir uttrykk for at føre vår-prinsippet innfortolkes i vilkåret om «urgency». Han la til grunn:

In the present case, it would seem to me that the requirement of urgency is satisfied only in the light of such precautionary approach. I regret that this is not stated explicitly in the Order.⁴⁴

For det første tolker jeg Treves' votum slik at hva som er presserende ikke relaterer seg til om tunfiskbetsanden vil kollapse før voldgifts-domstolen får behandlet saken, men det presserende momentet gjelder å få forhindret utviklingen av rovfisket som *kan* føre til en kollaps av bestanden: Føre vår-prinsippet var avgjørende for at domstolen anså situasjonen som presserende.

For det andre, er dommeren skeptisk til at føre vår-prinsippet ikke kommer eksplisitt til uttrykk i flertallets votum, og sånn sett blir synliggjort som et relevant tolkningsmoment. Treves har imidlertid en noe annen tilnærming enn dommer Laing for å begrunne anvendelsen av føre vår-prinsippet opp mot «urgency»-kriteriet i artikkel 290 (5):

⁴³ *Southern Bluefin Tuna Case*, separate opinion of Judge Laing, avsnitt 19.

⁴⁴ *Ibid.*, separate opinion of Judge Treves, avsnitt 8.

The precautionary approach can be seen as a logical consequence of the need to ensure that, when the arbitral tribunal decides on the merits, the factual situation has not changed. In other words, a precautionary approach seems to me inherent in the very notion of provisional measures.⁴⁵

Jeg leser Treves' uttalelse slik at han mener det ligger i sakens natur at det må foretas en «precautionary approach» ved vurderingen av om «urgency»-vilkåret er oppfylt, ettersom en slik tilnærming i følge ham er en iboende del av forføyningsinstituttet. Følgelig var det heller ikke nødvendig for Treves å vise til andre konvensjonsbestemmelser der prinsippet direkte eller indirekte kommer til uttrykk.

4.2.1.3 Oppsummering

I denne saken er det to momenter som er særlig relevante. Det ene er hvilket tidsperspektiv som vilkåret «urgency» vurderes opp imot. Det andre momentet er at Havrettsdomstolen innfortolker et føre vår-prinsipp i vurderingen av om situasjonen er presserende. Det er nær sammenheng mellom disse momentene, fordi føre vår-prinsippet forutsetter at man vurderer situasjonen i et forebyggende tidsperspektiv, det vil si i relasjon til tiden før saken skal behandles av voldgiftsdomstol.

Oppsummert mener både dommerne Laing og Teves at føre vår-prinsippet skal innfortolkes i vurderingen av om situasjonen var presserende under artikkel 290 (5), om så med noe ulik begrunnelse: Laing mener at prinsippet kan anvendes fordi det kommer til uttrykk i flere av havrettskonvensjonens andre bestemmelser, altså at artikkel 290 (5) må tolkes i lys av sin kontekst.⁴⁶ Treves synes imidlertid å legge til grunn at føre vår-prinsippet kan inngå som en del av forføyningsinstituttet; det er ikke nødvendig å trekke inn at prinsippet eventuelt er kommet til uttrykk andre steder i konvensjonen.

Det mest interessante her er uansett at dommerne Liang og Treves gjør noe som flertallet i Havrettsdomstolen ikke gjør – altså eksplisitt trekker inn føre vår-prinsippet ved tolkningen av vilkåret «urgency».

4.2.2 *MOX Plant*

4.2.2.1 Sakens faktiske side

Irland mente at drift av det britiske atombrennstoffanlegg i Sellafield (MOX plant) krenket landets rettigheter etter havrettskonvensjon og anla voldgiftssøksmål tvist mot Storbritannia for voldgift etter havrettskonvensjonens vedlegg VII.⁴⁷ Dette skjedde etter at partene forgojves hadde forsøkt å løse uenighetene gjennom forhandlinger.

⁴⁵ Ibid., avsnitt 9.

⁴⁶ Ibid., separate opinion of Judge Laing, avsnitt 17.

⁴⁷ *The MOX Plant Case*, avsnitt 3.

I påvente av at voldgiftsdomstolen skulle bli etablert, sendte Irland begjæring til Havrettsdomstolen om midlertidig forføyning bestående av fire punkter.⁴⁸ Irland begjærte blant annet at Storbritannia skulle suspendere autorisasjonen av anlegget og avstå fra å gjøre tiltak som kunne forverre situasjonen, før saken ble behandlet av voldgiftsdomstolen. Irland mente blant annet at anlegget slapp ut radioaktiv forurensning i Irskesjøen.

Havrettsdomstolen avsa kjennelse 3. desember 2001. Irland fikk ikke medhold i begjæringen om at Storbritannia skulle trekke tilbake autorisasjonen av anlegget. Kjennelsen var enstemmig, men det var ulike begrunnelser i særavota. Sakene ble avgjort i plenum, det vil si av alle de 22 dommerne i Havrettsdomstolen.

4.2.2.2 Domstolens drøftelse av «urgency»-vilkåret

Bakgrunnen for at Irland ikke fikk medhold i forespørselen om å suspendere autorisasjonen av anlegget var at domstolen kom til at vilkåret «urgency» ikke var oppfylt. Spørsmålet er dermed hvordan domstolen tolket vilkåret og kom fram til at vilkåret ikke var innfridd i denne saken.

I avsnitt 81 i kjennelsen slås følgende fast:

Considering, that in the circumstances of this case, the Tribunal does not find that the urgency of the situation requires the prescription of the provisional measures requested by Ireland, in the short period before the constitution of the Annex VII arbitral tribunal.

Hva som menes med «the circumstances of this case» redegjøres det ikke nærmere for. Men ses det i sammenheng med resten av kjennelsen, er det klart at domstolen viser til at det ikke ble tilstrekkelig godtgjort fra irsk hold at «neither the commissioning of the MOX plant nor the introduction of plutonium into the system is irreversible»⁴⁹ og, dessuten, at «the risk of pollution, if any, from the operation of the MOX plant would be infinitesimally small».⁵⁰

I *MOX Plant* er det hovedsakelig to momenter som er særlig relevante fra et tolkningsperspektiv. *For det første* blir den forholdsvis korte tiden fram til «hovedforhandling» vektlagt:

The Tribunal does not find that the urgency of the situation requires the prescription of the provisional measures[...] in the short period of time before the constitution of the Annex VII arbitral tribunal.⁵¹

I det foreliggende tilfelle var det kun tale om noen måneder før saken skulle behandles av en voldgiftsrett. Det er verdt å merke seg at dette momentet ikke ble fremhevet eksplisitt i *Southern Bluefin Tuna*, selv om

⁴⁸ Ibid., avsnitt 27.

⁴⁹ Ibid., avsnitt 74.

⁵⁰ Ibid., avsnitt 72.

⁵¹ Ibid., avsnitt 81.

det også i sistnevnte sak var tale om kort tid før saken skulle behandles av voldgiftsdomstolen.

I sitt særavtøm la også dommer Mensah avgjørende vekt på tidsmomentet for sin konklusjon om at vilkåret «urgency» ikke var oppfylt:

I would have felt more comfortable if the Tribunal had indicated in clear and specific terms the reason for this conclusion. As I see it, the reason is that it is not reasonable to believe that any pollution of Ireland's marine environment might occur in the period between the issue of the Order of this Tribunal and the constitution of the Annex VII arbitral tribunal, sometime before the spring of 2002.⁵²

Dommeren viste til at hovedgrunnen for at situasjonen ikke var preserende var at det ikke i tilstrekkelig grad var sannsynliggjort at Irskesjøen ble forurenset i tiden frem til behandlingen av saken i voldgiftsretten. Havrettsdomstolen behandlet saken i desember 2001 og saken var berammet i våren 2002. Det var derfor kun tale om noen måneder til endelig behandling av sakens realitet. Dommeren slår altså eksplisitt fast at «urgency»-vurderingen styres av når hovedsaken er berammet.

For det andre er Havrettsdomstolens tilnærming til føre vår-prinsippet interessant, herunder hvilken betydning dette hadde for tolkningen av «urgency».

I kjennelsens punkt 75 påpekes det at «on the facts of this case, the precautionary principle has no application».⁵³ Dette kan tolkes dithen at domstolen tar avstand fra at prinsippet gjør seg gjeldende i inneværende sak. Imidlertid betyr ikke dette at domstolen prinsipielt tar avstand for dets relevans i andre saker. Den ovenfor siterte formulering tyder klart nok på at domstolen ser prinsippet som relevant, men uten at det slår inn i akkurat denne saken.

I et samlet votum går flere av dommerne nærmere inn på betydningen av føre vår-prinsippet og benytter *Southern Bluefin Tuna* som sammenligningsgrunnlag. Det er i den forbindelse interessant å se på hvordan dommerne begrunner dette. I votumet vises det til *Southern Bluefin Tuna*:

The Tribunal might have been expected to have followed the path it took in the Southern Bluefin Tuna Cases to prescribe a measure preserving the existing situation. In its wisdom, it did not do so.⁵⁴

Det kan virke som at domstolen her tar avstand fra *Southern Bluefin Tuna*. Dersom de hadde valgt samme linje som i den saken, så hadde føre vår-prinsippet blitt brukt aktivt ved tolkningen av «urgency» og da slik at Irland faktisk kunne ha fått medhold i begjæringen om stans av autorisasjon av anlegget. Utsagnet «in its wisdom, it did not do so», tolker jeg som en indirekte innrømmelse av at domstolen kan ha gått for langt i *Southern Bluefin Tuna*, men også slik at Havrettsdomstolen fremhever at

⁵² *The MOX Plant Case*, separate opinion of Judge Mensah, avsnitt 11.

⁵³ *The MOX Plant Case*, avsnitt 75.

⁵⁴ *Ibid.*, Joint declaration of Vice-President Wolfrum, Caminos, Rangel, Yankov, Anderson, Eiriksson, andre avsnitt.

den ikke vil fortsette å følge en tolkning som, i alle fall i stor grad, legger vekt på føre vår-prinsippet.

Både dommer Treves og Wolfrum viste til føre vår-prinsippet i sine respektive særavota. Wolfrum påpekte at «Ireland could not, for several reasons, rely on the precautionary principle or approach in this case, even it were to be accepted that it is part of customary international law.»⁵⁵ Han viste til at dersom Havrettsdomstolen hadde anordnet midlertidig forføyning for å bevare det marine miljø, hadde den vært nødt til å foreta en:

[...] assessment of the radioactivity of the Irish Sea, the potential impact the MOX plant might have and whether such impact prejudiced the rights of Ireland. This, however, is an issue to be dealt with under the merits by the Annex VII arbitral tribunal.⁵⁶

Wolfrum la således til grunn at dersom føre vår-prinsippet hadde blitt innfortolket, så hadde Havrettsdomstolen gått over i rollen til voldgiftsdomstolen, og således gått utover den myndighet som konvensjonsteksten foreskriver.

Når det gjelder forholdet til *Southern Bluefin Tuna*, påpekte han videre at tilfellene etter hans mening var svært forskjellige.⁵⁷ Forskningsgrunnlaget var sikrere i *Southern Bluefin Tuna* ettersom tvistens parter var enige om at tunfiskbestanden var historisk lav. I nærværende sak var partene imidlertid uenige om miljøskadene anlegget kunne forårsake.

Dommer Treves påpekte også i sitt særavotum det følgende:

Resort to precautionary considerations is not mentioned in the Order as regards the preservation of substantive rights [...] although it could be wished that [the Order] had been more explicit.⁵⁸

Treves påpekte videre at:

Scientific evidence linking risks to the marine environment specifically to the commissioning of the MOX plant within the relevant time-frame was not substantial and focused enough to permit discussion of whether or not such evidence was conclusive as to the causal relationship between the activity envisaged and the risk to the marine environment.

Dette kan tolkes som at dommeren la vekt på at det ikke var tilstrekkelig vitenskapelig grunnlag knyttet til kartlegging av miljøskader forårsaket av anlegget i påvente av voldgiftstolbehandlingen. Følgelig var det ikke tilstrekkelig klar årsakssammenheng mellom driften av anlegget og eventuelle marine miljøskader i Irskesjøen.

⁵⁵ Ibid., separate opinion of Judge Wolfrum, avsnitt 13.

⁵⁶ Ibid.,

⁵⁷ Ibid., avsnitt 14.

⁵⁸ Ibid., separate opinion of Judge Treves, avsnitt 8.

4.2.2.3 Oppsummering

I denne saken er det i likhet med *Southern Bluefin Tuna*, to momenter som er særlig interessante. Det ene er at det i kjennelsen presiseres at tidsmomentet er av betydning for om situasjonen er presserende. Det faktum at det var kort tid før sakens behandling i voldgiftsdomstolen ble tillagt betydelig vekt i vurderingen av om situasjonen var presserende; i lys av at det var kort tid til behandling av sakens realitet, var situasjonen, i følge domstolen, ikke presserende. Sammenholdt med *Southern Bluefin Tuna* er dette interessant ettersom det også i den saken var kort tid før saken skulle behandles av voldgiftsdomstolen. I *Southern Bluefin Tuna* ble imidlertid ikke tiden frem til voldgiftsbehandling vektlagt.

Det andre poenget som ble fremhevet, er anvendelsen av føre vår-prinsippet i vurderingen av om situasjonen var presserende. Som vi så i *Southern Bluefin Tuna* ble prinsippet innfortolket i vurderingen. I foreliggende sak blir prinsippet eksplisitt nevnt, men kjennelsen gir uttrykk for at prinsippet ikke har relevans i nærværende sak.

4.2.3 *Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor*

4.2.3.1 Sakens faktiske side

Malaysia og Singapore var uenige om grenser i området rundt Johor. Malaysia sendte en begjæring om behandling av saken i voldgiftsdomstol etablert etter konvensjonens vedlegg VII, 4. juli 2003. Begjæringen gikk blant annet ut på at domstolen skulle ta stilling til grensen mellom territorialfarvannet til de to statene.⁵⁹ Malaysia mente videre at Singapore hadde krenket forpliktelse etter havrettskonvensjonen ved å videreføre landvinningsaktiviteter, uten å informere og samarbeide med Malaysia.⁶⁰ Det ble videre fremsatt krav om blant annet at landvinningsaktiviteten skulle opphøre inntil det var kartlagt hvilke konsekvenser slik utvinning hadde på miljøet.

I påvente av etableringen av voldgiftsdomstolen, sendte Malaysia begjæring om midlertidig forføyning til Havrettsdomstolen. Havrettsdomstolen ga ikke Malaysia medhold. Det ble imidlertid fastsatt at tvistens parter skulle etablere en gruppe med uavhengige eksperter, som innen ett år skal utrede konsekvensene av landvinningen Singapore var ansvarlig for og komme med forslag til tiltak som kunne forebygge ulemper ved landvinning.⁶¹ Videre ble partene forpliktet til å utveksle informasjon seg i mellom.⁶² Endelig foreskrev forføyningen at partene skulle unngå aktiviteter som kunne forverre situasjonen.⁶³ Kjennelsen fra Havretts-

⁵⁹ *Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor*, avsnitt 22.

⁶⁰ Ibid., avsnitt 22.

⁶¹ Ibid., avsnitt 106 a)(i).

⁶² Ibid., avsnitt 106 b).

⁶³ Ibid., avsnitt 106 c).

domstolen var enstemmig med 22 dommere og to *ad hoc* dommere, men det finnes ulike begrunnelser i særvotum.

4.2.3.2 Domstolens drøftelse av «urgency»-vilkåret

I sin kjennelse av 8. oktober 2003 bestemte Havrettsdomstolen at vilkåret «urgency» ikke var innfridd. I det følgende skal vi se nærmere på hvilke momenter Havrettsdomstolen brukte ved fortolkningen.

I avsnitt 72 presiserte domstolen:

Considering that, in the view of the Tribunal, the evidence presented by Malaysia does not show that there is a situation of urgency or that there is a risk that the rights it claims with respect to an area of territorial sea would suffer irreversible damage pending consideration of the merits of the case by the Annex VII arbitral tribunal.

Havrettsdomstolen mente således at Malaysia ikke i tilstrekkelig grad hadde godtgjort at vilkåret var oppfylt og at det heller ikke forelå noen risiko for at rettighetene ble irreversibelt krenket inntil saken skulle behandles av voldgiftsdomstolen.

Domstolen påpekte imidlertid:

[...] that it is urgent to build on the commitments made to ensure prompt and effective cooperation of the parties in the implementation of their commitments.⁶⁴

Slik jeg tolker utsagnet, anså domstolen det for viktig og nødvendig å oppfordre partene til å samarbeide gjennom dialog.

Tidsrammen fra Havrettsdomstolens behandling og til voldgiftsrettens behandling ble igjen et tema: Singapore viste til at saken var berammet i voldgiftsdomstolen kort tid etter, slik at det i seg selv tilsa at det var unødvendig med midlertidig forføyning.⁶⁵ Domstolen avviste imidlertid at dette var av betydning, hvilket – interessant nok – ble begrunnet med at det ikke var noen holdepunkter i selve havrettskonvensjonen for at tiltakene domstolen foreskriver, er bundet til perioden frem til voldgiftsdomstolen er etablert.⁶⁶

Dette ble nærmere forklart med at:

[...] the urgency of the situation or the period during which the prescribed measures are applicable and that the urgency of the situation must be assessed taking into account the period during which the Annex VII arbitral tribunal is not yet in a position to «modify, revoke or affirm those provisional measures.⁶⁷

⁶⁴ Ibid., avsnitt 98.

⁶⁵ Ibid., avsnitt 66.

⁶⁶ Ibid., avsnitt 67.

⁶⁷ Ibid., avsnitt 68.

Jeg tolker det slik at kjennelsen påpeker at det ikke er tidspunktet for konstitueringen av voldgiftsdomstolen som er avgjørende, men når vedlegg VII-voldgiftsretten er i posisjon til å «modify, revoke or affirm» de midlertidige forføyningene som Havrettsdomstolen fastsatte.

4.2.3.3 Oppsummering

Vi ser at det legges til grunn en ytterligere presisering av tidsrammen som «urgency»-vilkåret skal vurderes opp mot. Det virker som at domstolen avviser at hvorvidt situasjonen er presserende skal vurderes opp mot tidspunktet for konstitueringen av voldgiftsdomstolen; vurderingen skal tidsmessig knyttes opp til når voldgiftsdomstolen er i stand til å modifisere, endre eller opprettholde midlertidig forføyning fastsatt av Havrettsdomstolen. Ettersom sakene voldgiftsdomstolen skal ta stilling til ofte er omfattende og komplekse, kan det ta lang tid fra konstitueringen av voldgiftsdomstolen til den avsier dom. Nettopp derfor er denne presiseringen interessant, ettersom det i de tidligere dommene ser ut til at vurderingen er blitt knyttet opp til konstitueringen av voldgiftsdomstolen.

Videre bemerkes at føre vår-prinsippet ikke ble nevnt i nærværende sak. Det bør imidlertid utvises noe forsiktighet ved å sammenligne denne kjennelsen med de tidligere nevnte sakene. Både faktum og påstander er svært forskjellige: I *Southern Bluefin Tuna* og *MOX Plant* var miljøaspektet fremtredende; i foreliggende sak er det imidlertid den saksøkende parts rettigheter som er fremhevet. På grunnlag av sakens art, synes det derfor som at det ikke var nødvendig for domstolen å vurdere føre vår-prinsippet ved vurderingen av om situasjonen var presserende.

4.2.4 *ARA Libertad*

4.2.4.1 Sakens faktiske side

«ARA Libertad» er et argentinsk skip. I april 2011 seilte skipet til vestkysten av Afrika og ankret opp i nærheten av Accra den 1. oktober 2012. Argentina hadde diplomatiske hensikter ved denne reisen og hadde fått tillatelse av Ghana til å legge til land på deres område.

Dagen etter skipet ankom havnen, fremmet en amerikansk kreditor (NML Capital) et krav til Ghanas rettsapparat om at skipet skulle bli beslaglagt for å dekke krav de hadde utestående på Argentina. NML Capital hadde etter dom fra en amerikansk domstol fått fastsatt at de hadde krav på Argentina, grunnet Argentinas mislighold av obligasjoner.

The High Court i Ghana ga NML Capital medhold i å beslaglegge fartøyet. Fartøyet ble deretter værende to måneder i havnen. Det var flere møter mellom representanter fra Argentina og representanter fra Ghana, uten at de kom til enighet.

Argentina begjærte deretter behandling i voldgiftsdomstol under havrettskonvensjonen for å løse tvisten.⁶⁸ 14. november 2012 begjærte Argentina at Havrettsdomstolen skulle anordne en midlertidig forføyning i henhold til artikkel 290(5) da meningen var at hovedspørsmålet skulle behandles av voldgiftsdomstolen opprettet etter konvensjonens vedlegg VII. Begjæringen fra Argentina gikk ut på at skipet skulle med umiddelbar virkning få forlate Tema port og Ghanas territorialfarvann.⁶⁹

Argentina argumenterte blant annet for at Ghana hadde krenket internasjonale forpliktelse til å verne om immuniteten til skip jf. havrettskonvensjonens artikkel 32, artikkel 3 i «the International Convention for the Unification of Certain Rules Concerning the Immunity of State-Owned Vessels», samt folkerettslig sedvanerett.⁷⁰

Ghana mente imidlertid at det ikke var grunnlag for midlertidig forføyning. Ghana la for det første til grunn at det ikke forelå en tvist i mellom statene som gjaldt tolkningen og anvendelse av havrettskonvensjonen,⁷¹ nærmere bestemt at artikkel 32 ikke regulerte foreliggende tilfelle.⁷² For det andre ga Ghana uttrykk for at voldgiftsdomstolen som skulle avgjøre hovedsaken, ikke hadde «*prima facie*»-jurisdiksjon.⁷³ Videre bestred Ghana at flere av de materielle bestemmelsene i havrettskonvensjonen kom til anvendelse.

I kjennelsen datert 15. desember 2012 ble det lagt til grunn at Ghana «forthwith and unconditionally» skal sikre at skipet med mannskapet skal få forlate havnen og de maritime områdene under Ghanas jurisdiksjon. Argentina fikk således medhold. Skipet forlot havnen 19. desember 2012. Kjennelsen var enstemmig med 19 dommere og en *ad hoc* dommer, men avgjørelsen inneholder flere særvota.

4.2.4.2 Domstolens drøftelse av «urgency»-vilkåret

Domstolen konkluderte med at vilkåret «urgency» var innfridd og i det følgende skal vi se nærmere på hvordan domstolen begrunnet nettopp dette.

Det presiseres i kjennelsens punkt 99 at ettersom myndighetene i Ghana hadde flyttet skipet med makt til en ny havn så var det:

[...] possibility that such actions may be repeated, demonstrate the gravity of the situation and underline the urgent need for measures pending the constitution of the Annex VII arbitral tribunal.

Det virker følgelig som om domstolen la stor vekt på risikoen for at maktbruk i relasjon til skipet ville gjentas. Det gis imidlertid ingen ytter-

⁶⁸ *The ARA Libertad case*, 15.12.2012, avsnitt 26.

⁶⁹ *Ibid.*, avsnitt 27.

⁷⁰ *Ibid.*, avsnitt 39.

⁷¹ *Ibid.*, avsnitt 51.

⁷² *Ibid.*, avsnitt 47.

⁷³ *Ibid.*, avsnitt 52.

ligere begrunnelse i kjennelsen. Det er derfor interessant å se nærmere på hvordan dommer Paik begrunner at vilkåret er innfridd i sitt særvotum.

Dommer Paik gikk grundig til verks med hensyn til hvilke faktorer som er relevante ved vurderingen av «the urgency of the situation». Paik viste til at tre momenter er relevante i denne vurderingen. *For det første:*

Of particular relevance is the nature of the rights or legal interests in respect of which the request for provisional measures is made.⁷⁴

Ifølge Paik må man her vurdere hvilke «rights» eller «legal interests» som er berørt i foreliggende sak.⁷⁵ I nærværende sak pekes det på at Argentinas berørte interesser er «to enjoy the immunity of a warship in the port of a foreign State.» Denne rettigheten har videre såkalt «ordre public»-status, altså at den på et eller annet vis relaterer seg til den internasjonale samfunnsordnen. Det kan tolkes som at Paik med dette skiller ut hvilke rettigheter eller rettslige interesser som ble krenket og at tyngden av rettigheten vil være av betydning for om situasjonen er presserende. Siden det var tale om en sentral rettighet som immunitet av krigsskip, trakk det i retning av at vilkåret om «urgency» var oppfylt.

Under samme avsnitt viste han dessuten til at «any dispute involving a warship has the potential to disrupt peace and security and should thus be dealt with with utmost caution». Det virker derfor som Paik la vekt på at «ARA Libertad» opprinnelig er et krigsskip, fordi enhver tvist som involverer krigsskip, kan true freden.

For det andre, argumenterte Paik, «[t]he second factor to be considered is a temporal element.» Han viste således til tidsmomentet, som også har blitt diskutert i de tidligere nevnte dommene. I motsetning til de andre sakene, var det imidlertid i nærværende sak flere omstendigheter i saken som tilsa at det kunne ta lang tid før voldgiftsdomstolen ble etablert. Det spesielle i denne saken var at i påvente av at sakens realitet skulle behandles av voldgiftsdomstolen, verserte saken for det nasjonale retts-systemet i Ghana. I den forbindelse påpekte Paik:

While the outcome of the litigation and the dates of the decisions are unknown, the fact that they are pending and have the potential further to aggravate the situation cannot be taken lightly.⁷⁶

Paik viste så til at domstolen må være «satisfied that prejudice to the rights of the parties is likely to occur before an arbitral tribunal has been constituted and become functional.» Vurderingen av om situasjonen er presserende, skal dermed ses i lys av når voldgiftsdomstolen er konstituert og funksjonell. Dette kan tolkes som at det at det i denne saken kan være lenge til saken behandles av voldgiftsdomstolen, i seg selv taler for at situasjonen er presserende.

⁷⁴ Ibid., declaration of Judge Paik, avsnitt 2.

⁷⁵ Ibid., avsnitt 2.

⁷⁶ Ibid., avsnitt 3.

For det tredje:

The third factor to be considered is the existence or otherwise of commitments or assurances given by the parties that an action prejudicial to the rights of the parties will not be taken.⁷⁷

Det synes som at dommer Paik la til grunn at siden myndighetene i Ghana ikke kunne gi noen garantier om at argentinske rettigheter ikke skal bli krenket, så talte dette for at det var en presserende situasjon – altså at «urgency» var oppfylt. Det er – interessant nok – ikke tidligere rettspraksis fra Havrettsdomstolen som viser til at vilkåret «urgency» har en slik side. Og selv om det var spesielle omstendighetene i akkurat denne saken, så virker dette som et relevant moment som meget vel kan komme på spissen i andre saker.

Etter å ha presentert og drøftet disse tre faktorene, oppsummerte Paik:

Considering the nature of the right at issue and its subject-matter, pending litigation in the courts of Ghana with its potential to aggravate the situation, the lack of assurance on the part of Ghana, and the nature and gravity of harm that has occurred and is likely to occur, I believe that the requirements for the prescription of provisional measures, in particular those of urgency and irreparability, have been met in this case.⁷⁸

Dommeren viste altså til tre relevante momenter ved vurderingen av «urgency»-vilkåret:

- 1) *Det må være grunnleggende rettigheter som blir krenket.*
- 2) *Tidsaspektet*
- 3) *Hvorvidt det er gitt prejudisielle forsikringer fra saksøkte.*

Paik la til grunn at alle disse momentene var til stede i foreliggende tilfelle.

4.2.4.3 Oppsummering

Oppsummert, ser vi at det også i denne saken er relativt stort fokus på tidsmomentet. Denne saken skiller seg ut fra de tidligere nevnte dommene, fordi det var usikkert når voldgiftsdomstolen kom til å bli etablert. Slik jeg forstår kjennelsen, så var nettopp dette et avgjørende moment, da det var fare for at situasjonen kom til å eskalere i påvente av konstitueringen av voldgiftsdomstolen.

Videre er det interessant at dommer Paik viser til tre spesifikke momenter i vurderingen av «urgency», deriblant tidsmomentet. Dommeren tilstreber således – på en annen måte enn tidligere – å klargjøre hva som ligger i vurderingen.

⁷⁷ Ibid., avsnitt 4.

⁷⁸ Ibid., avsnitt 7.

4.3 Avsluttende bemerkninger om domstolens drøftelse av «urgency»-vilkåret

Oppsummert ser vi at flere momenter har blitt fremhevet i rettspraksis i tolkning av om situasjonen er presserende etter artikkel 290 (5). Følgende momenter kan trekkes frem:

- 1) *føre vår-prinsippet*
- 2) *tidsaspektet*
- 3) *hvorvidt grunnleggende rettigheter er truet*
- 4) *såkalte prejudisielle forsikringer*

Føre år-prinsippet var sentralt i *Southern Bluefin Tuna* og *MOX Plant*. Årsaken til at prinsippet likevel kun kommer på spissen i disse dommene, skyldes nok at de er de eneste som omhandler miljørettslige hensyn, hvor betraktninger etter en føre vår-tilnærming slår inn med stor tyngde.

Videre er det tydelig at tidsmomentet er relevant på ulike måter i dommene. Det virker likevel som at det er en tendens til at tidsmomentet kan trekke i retning av at «urgency» ikke er oppfylt i tilfelle det er kort tid til behandling i voldgiftsretten. Dette ble vist til i både *MOX Plant* og *Land Reclamation by Singapore*, hvor domstolen kom frem til at «urgency» ikke var oppfylt.

Et annet moment som har vært sentralt, er hva slags rettighet som angivelig er krenket. Dette ser vi kanskje klarest i *ARA Libertad*-saken, hvor immunitet til krigsskip blir fremhevet som en viktig rettighet for alle stater: Krenkelse av denne rettigheten kan medføre at den internasjonale fred og sikkerhet blir truet og en krenkelse av slike grunnleggende rettigheter kan i seg selv trekke i retning av at situasjonen anses for å være presserende.

Rettspraksis viser således at flere momenter har betydning for tolkningen. Det er likevel vanskelig å gi en uttømmende forklaring på hva som ligger i begrepet. Vilkåret «urgency» er, sannsynligvis med hensikt, kommet skjønnsmessig til uttrykk i havrettskonvensjonen, og slik at det skal kunne gi domstolen et vidt spillerom. Det er imidlertid interessant å se hvordan flere av dommerne, gjerne i særvtum, forsøker å bidra med en mer «pedagogisk» tilnærming, ved å systematisere listen av tolkningsmomenter. Et godt eksempel er de like ovenfor nevnte uttalelsene til dommer Paik i *ARA Libertad*, hvor han viser til tre momenter som er relevante for vurderingen. Hvilken betydning og vekt de ulike momentene vil få i hver enkelt sak, vil imidlertid stadig bero på de konkrete omstendighetene i saken.

4.4 Domstolens «*prima facie*»- vurdering

4.4.1 Innledning

Som tidligere nevnt er det et annet sentralt vilkår for at Havrettsdomstolen skal kunne anordne midlertidig forføyning: Havrettsdomstolen må konkludere med at voldgiftsdomstolen har såkalt «*prima facie*»-jurisdiksjon i den påfølgende hovedsaken.

Hvorvidt det er grunnlag for å si at voldgiftsdomstolen har jurisdiksjon, må ses i sammenheng med havrettskonvensjonens artikkel 288, som regulerer de i artikkel 287 nevnte domstolenes generelle myndighet. Etter artikkel 288 kan domstolen kun ta stilling til spørsmål som gjelder tolkning eller anvendelse av konvensjonens bestemmelser. Hvorvidt voldgiftsdomstolen har myndighet i hovedsaken, vil da bero på om det ut ifra det materialet som Havrettsdomstolen får seg forelagt av partene, kan konkluderes med at tvisten gjelder et spørsmål om tolkning og anvendelse av havrettskonvensjonen.

Spørsmålet i det følgende er således hvordan Havrettsdomstolen, i ulike saker, har tolket vilkåret «*prima facie*» i artikkel 290 (5), altså om voldgiftsdomstolen har jurisdiksjon til å ta stilling til realiteten i saken.

4.4.2 *Southern Bluefin Tuna*

4.4.2.1 Domstolens drøftelse av «*prima facie* jurisdiction»

Domstolen konkluderte med at vilkåret om «*prima facie*»-jurisdiksjon var innfridd i nærværende sak. Vi skal i det følgende se nærmere på begrunnelsen for dette.

Japan mente at tvisten ikke dreide seg om rettslige, men vitenskapelige spørsmål, og slik at saken handlet om noe annet enn tolkning og anvendelse («*interpretation or application*») av havrettskonvensjonen.⁷⁹ Havrettsdomstolen la imidlertid til grunn at saken om den blåfinnede tunfisk dreide seg om «*points of law*».⁸⁰ Det ble i den forbindelse vist til at artikkel 116-119 i havrettskonvensjonen, som forplikter statene til å:

[...] cooperate directly or through appropriate international organizations with a view to ensuring conservation and promoting the objective of optimum utilization of highly migratory species.⁸¹

Dette kan tolkes dithen at flertallet legger til grunn at de overnevnte bestemmelsene utgjør grunnlag for det voldgiftsdomstolen skal ta stilling til, herunder «*application or interpretation*» av havrettskonvensjonen, jf. artikkel 288. Anførslene fra New Zealand og Australia utgjorde dermed

⁷⁹ *Southern Bluefin Tuna Case*, avsnitt 42.

⁸⁰ *Ibid.*, avsnitt 43.

⁸¹ *Ibid.*, avsnitt 48.

et tvistetema der voldgiftsdomstolen ville ha myndighet.⁸² Videre viste domstolen til at partene har forsøkt å løse tvisten gjennom fredelige forhandlinger, på den måten som havrettskonvensjonens del XV avsnitt 1 foreskriver.⁸³

Dommer Vukas dissenterer i saken, men konkluderte med at voldgiftsdomstolen hadde «*prima facie*»-jurisdiksjon. I det følgende skal vi se nærmere på hans betraktninger. Vukas viste blant annet til følgende:

[The dispute] concerns not only the implementation of the 1993 Convention for the Conservation of Southern Bluefin Tuna⁸⁴, but also the interpretation and application of the provisions of the Law of the Sea Convention, dealing with conservation and management of the living resources of the exclusive economic zone and of the high seas.⁸⁵

Dommeren begrunnet her voldgiftsdomstolens myndighet med at tvisten ikke bare gjelder spørsmål om tolking av konvensjonen om den blåfannede tunfisken, men i tillegg tolkning av havrettskonvensjonens bestemmelser om «conservation and management of the living resources of the exclusive economic zone and of the high seas». Ifølge havrettskonvensjonens artikkel 288 er det tilstrekkelig at tvisten gjelder «interpretation or application» av havrettskonvensjonens bestemmelser.

4.4.2.2 Oppsummering

Kjennelsen gir uttrykk for at tvisten gjelder tolkning og anvendelse av konkrete bestemmelser i havrettskonvensjonen, slik at voldgiftsdomstolen derfor vil ha jurisdiksjon i hovedsaken. Det gis imidlertid ingen nærmere redegjørelse for om «*prima facie*»-vilkåret skal tolkes strengt, eller om terskelen for at vilkåret er oppfylt, er høy eller lav.

4.4.3 *ARA Libertad*

4.4.3.1 Domstolens drøftelse av «*prima facie* jurisdiction»

Også i *ARA Libertad* måtte Havrettsdomstolen ta stilling til om en voldgiftsdomstol hadde såkalt «*prima facie*»-jurisdiksjon i samsvar med havrettskonvensjonens artikkel 290 (5).

Argentina la til grunn at voldgiftsdomstolen hadde jurisdiksjon fordi saken gjaldt «interpretation or application» av havrettskonvensjonens artikler 18, 32, 87, 90.⁸⁶ Ghana, derimot, mente at det ikke gjaldt en tvist angående tolkning og anvendelse av konvensjonens regler.⁸⁷ Ghana

⁸² Ibid., avsnitt 54.

⁸³ Ibid., avsnitt 60 og 61.

⁸⁴ *Convention for the Conservation of Southern Bluefin Tuna*, vedtatt 10. mai 1994 og i kraft 20. mai 1994. Publisert i *United Nations Treaty Series*, Vol. 1819 side 359.

⁸⁵ *Southern Bluefin Tuna Case*, dissenting opinion of Judge Vukas, avsnitt 2.

⁸⁶ Ibid., avsnitt 39.

⁸⁷ Ibid., avsnitt 52.

mente at artikkel 32 refererte til immunitet av krigsskip i territorialfarvannet og ikke i «internal waters». Derfor kom konvensjonen ikke til anvendelse i foreliggende tilfelle.⁸⁸

I kjennelsen presiserer domstolen først det som mer eller mindre er selvsagt: at Havrettsdomstolen ikke må «establish definitively the existence of the rights claimed by Argentina», men at det er tilstrekkelig med en «*prima facie*» vurdering av selve voldgiftsrettens jurisdiksjon.⁸⁹ Domstolen la til grunn at artikkel 18, 87 og 90 ikke relaterer seg til immunitet av krigsskip, og at det således ikke er innenfor det voldgiftsdomstolen skal anvende og tolke i sin behandling av saken. Imidlertid ble det lagt til grunn at tvisten gjaldt tolkning og anvendelse av artikkel 32 og at voldgiftsdomstolen på dette grunnlag hadde jurisdiksjon:

Considering that, in the light of the positions of the Parties, a difference of opinions exists between them as to the applicability of article 32 and thus the Tribunal is of the view that a dispute appears to exist between the Parties concerning the interpretation or application of the Convention.⁹⁰

Det synes derfor som at det var tilstrekkelig at det for domstolen fremstod slik at det forelå en tvist mellom partene som gjaldt «interpretation or application of the Convention», for å konkludere med at voldgiftsdomstolen hadde «*prima facie*»-jurisdiksjon.

Dommerne Paik, Wolfrum og Cot trakk frem ulike momenter i «*prima facie*»-vurderingen. I det følgende skal vi se nærmere på disse momentene.

Dommer Paik viste til følgende:

In provisional measures proceedings, a rather low threshold of *prima facie* jurisdiction is balanced by more stringent requirements for the prescription of such measures, such as those of urgency and irreparability.⁹¹

Det ble således lagt til grunn at det er en *lav* terskel for å fastslå at domstolen har «*prima facie*»-jurisdiksjon i saker om midlertidig forføyninger. Videre argumenteres det for at dette må balanseres imot at de andre vilkårene har en høyere terskel, herunder «urgency»-vilkåret.

Dommerne Wolfrum og Cot stemte for anordning av midlertidig forføyning. Imidlertid hadde de en annen begrunnelse enn Paik ved spørsmålet om voldgiftsdomstolen hadde «*prima facie*»-jurisdiksjon etter 290 (5).

Følgende ble lagt til grunn:

Out of respect for the other court or tribunal the Tribunal has to exercise some restraint in questioning *prima facie* jurisdiction of such other court or tribunal. This has to be taken into account in the context of this case.⁹²

⁸⁸ Ibid., avsnitt 55.

⁸⁹ Ibid., avsnitt 60.

⁹⁰ Ibid., avsnitt 65.

⁹¹ *The ARA Libertad case*, declaration of Judge Paik, avsnitt 1.

⁹² Ibid., separate opinion of Judges Wolfrum and Cot, avsnitt 5.

Det kan tolkes dithen at dommerne på dette punktet presiserer betydningen av at domstolen må utvise en viss tilbakeholdenhet ved spørsmålet om «*prima facie*»-jurisdiksjon i saker etter artikkel 290 (5). Dette ble begrunnet slik videre:

The Tribunal still has to develop a jurisprudence to specify the applicable threshold more clearly. What counts, among other possible considerations, is the urgency and which rights or interests are at stake. It is equally unsatisfactory if the arbitral tribunal under Annex VII denies its jurisdiction which the Tribunal has established *prima facie* as it is for the settlement of the said dispute if the Tribunal denies *prima facie* jurisdiction in a situation where the arbitral tribunal would have voted otherwise.⁹³

Det synes som at dommerne med dette etterlyser en nærmere gjennomgang og presisering av hvor høyt terskelen skal ligge og at dette må gjøres gjennom rettspraksis. Videre fastsatte dommerne angående fastsettelse av «*prima facie*» jurisdiksjon:

To come to a conclusion three steps have to be taken, namely to establish which threshold has to be applied in deciding whether the arbitral tribunal *prima facie* has jurisdiction, whether a legal dispute exists between the parties and, finally, whether the Applicant in its discourse with the Respondent has presented facts and law which allow the Tribunal to conclude that the arbitral tribunal *prima facie* has jurisdiction.⁹⁴

Punktene dommerne mener bør inngå som en del av øvelsen i tolkningen av «*prima facie*», kan sammenfattes slik:

- 1) fastsettelse av terskelen for om voldgiftsdomstolen har «*prima facie*»-jurisdiksjon
- 2) hvorvidt det foreligger en rettslig tvist mellom partene
- 3) hvorvidt saksøker og saksøkte i sine saksfremstillinger har fremstilt faktum og jus på en slik måte at det er mulig for domstolen å ta stilling til hvorvidt voldgiftsdomstolen har «*prima facie*»-jurisdiksjon.

Systematikken som avtegnet seg i avgjørelsen var således følgende: Dommerne la først la til grunn at det er nødvendig med en nærmere klargjøring av hva som ligger i «*prima facie*»-vurderingen. Så presenteres en liste av relevante faktorer. Til slutt anvendte dommerne disse momentene aktivt for å avgjøre om vilkåret om «*prima facie*» er innfridd. I det følgende skal vi se noe nærmere på hver av de overfor nevnte momentene.

Når det gjelder *punkt 1* om hva som er terskelen for «*prima facie*»-jurisdiksjon i foreliggende tilfelle, så legges det til grunn (se punkt 12 i kjennelsen) at ettersom artikkel 290 ikke gir noen videre veiledning for hva som ligger i «*prima facie*»-vurderingen, så er det nødvendig å se hen til rettspraksis fra ICJ.

⁹³ Ibid.,

⁹⁴ Ibid., avsnitt 11.

Dommer Cot og Wolfrum presiserte:

It is necessary for the adjudicative body to take into account the facts which are known to it at the moment of deciding on provisional measures and to consider whether on this basis, together with the legal basis invoked by the applicant, *prima facie* jurisdiction on the merits may be established.⁹⁵

Jeg tolker det slik at dommerne ikke eksplisitt legger til grunn hva som er terskelen i det foreliggende tilfellet. Det virker imidlertid som dommerne lar seg inspirere av dommer fra ICJ – der terskelen for «*prima facie*»-jurisdiksjon har blitt lagt relativt lavt.

Når det gjelder *punkt 2* er spørsmålet om det foreligger en rettslig tvist mellom partene. Her legger dommerne til grunn at vurderingen må knyttes opp til ordlyden «dispute» i artikkel 288. Videre fremhever dommerne at det i foreliggende sak egentlig er to tvister; den ene mellom NML og Argentina og den andre mellom Argentina og Ghana. Den første tvisten bunner i privatrettslig spørsmål. Imidlertid blir det i den andre tvisten spørsmål om immunitet, siden skipet er et krigsskip. Og det var dette siste som var relevant i denne saken.

Videre påpeker dommerne at det er nødvendig å se hen til etablert rettspraksis fra ICJ for å avklare eksistensen og rekkevidden av tvisten:

According to the well-established jurisprudence of the International Court of Justice, the jurisdiction of the Court regarding disputes between States is of an adversarial nature and extends only to the terms of the legal dispute submitted to it.⁹⁶

Rettspraksis fra ICJ ble deretter benyttet flittig for å kartlegge hva som karakteriseres som en rettslig tvist. Det virker som at det legges vekt på ICJs avgjørelse i *Mavrommatis Palestine Concessions case*, hvor domstolen definerte tvistebegrepet slik: «A dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two parties.»⁹⁷

Etter en redegjørelse for hvordan ICJ har tolket spørsmålet om det foreligger en tvist i tidligere dommer, la dommerne til grunn følgende:

To establish that there is a legal dispute between the Parties it is not sufficient that the Applicant takes a different view on the status of internal waters than the Respondent. It is for the Applicant, in accordance with the jurisprudence referred to above, to invoke and argue particular provisions of the Convention which plausibly support its claim and to show that the views on the interpretation of these provisions are positively opposed by the Respondent.⁹⁸

⁹⁵ Ibid., avsnitt 16.

⁹⁶ Ibid., avsnitt 21.

⁹⁷ Ibid., avsnitt 21.

⁹⁸ Ibid., avsnitt 35.

Det virker som om dommerne tar utgangspunkt i rettspraksis for å formulere en retningslinje for vurderingen av om det foreligger en tvist etter artikkel 288.

Videre vurderes *punkt 3*, herunder om partene har fremlagt saken slik at det kan konkluderes med at voldgiftsdomstolen har myndighet i hovedsaken. Det presiseres at voldgiftsdomstolen kun kan ta stilling til tvister som gjelder tolkning av konvensjonens regler, nærmere bestemt, «any dispute concerning the interpretation or application» av havrettskonvensjonen, jf. artikkel 288. Dermed faller sedvanerettslige regler utenfor. I motsetning til det kjennelsen gir uttrykk for, så legger dommerne her til grunn at artikkel 32 ikke regulerer foreliggende tilfelle, da regelen om immunitet for krigsskip er sedvanerettsregel, som ikke er inkorporert i konvensjonen.

Videre ble følgende lagt til grunn:

Although we disagree with the finding of the Tribunal that the arbitral tribunal under Annex VII has jurisdiction in accordance with article 288, paragraph 1, of the Convention, in our view, Ghana is estopped from opposing the proceedings at this Phase.⁹⁹ [...] More specifically, Ghana is estopped from objecting to the jurisdiction of the Annex VII tribunal and to the provisional measures this Tribunal is entitled to prescribe, pursuant to article 290 of the Convention.¹⁰⁰

Slik jeg leser uttalelsen, la dommerne vekt på at Ghana var forhindret i å reise innsigelser mot Argentinas begjæring om midlertidig forføyning, jf. «estopped from opposing the proceedings».¹⁰¹

Dommerene konkluderte således med at «given the very particular circumstances of this case, the International Tribunal for the Law of the Sea can thus proceed to prescribe appropriate provisional measures pending the constitution of the Annex VII tribunal.»¹⁰² Vilkåret «*prima facie*»-jurisdiksjon var oppfylt.

Slik jeg leser votumet, så anser ikke domstolen at de tre faktorene gjorde seg gjeldende i nærværende sak. Grunnet spesielle omstendigheter i saken var det likevel nødvendig å foreskrive tiltak. Det kan dermed se ut til at dommerne faktisk ikke forholder seg strengt til de tre faktorene de presenterte som underpunkter i vurderingen av om det foreligger «*prima facie*»-jurisdiksjon etter artikkel 290 (5). Den mest nærliggende tolkningen er dermed at meningen ikke var å oppstille «absolutte vilkår», men at det heller forsøkes å formulere en slags metodisk/pedagogisk fremgangsmåte som kan benyttes for å fastslå at voldgiftsdomstolen har jurisdiksjon.

⁹⁹ Ibid., avsnitt 52.

¹⁰⁰ Ibid., avsnitt 59.

¹⁰¹ Ibid., avsnitt 52.

¹⁰² Ibid., avsnitt 70.

4.4.3.2 Oppsummering

Oppsummert tolker jeg kjennelsen dithen at det var tilstrekkelig for domstolen å fastslå at saken fremstod slik at det forelå en tvist mellom partene som gjaldt «interpretation or application of the Convention», for å konkludere med at voldgiftsdomstolen hadde «*prima facie*»-jurisdiksjon. Selv om det ikke kommer eksplisitt til uttrykk i kjennelsen, ser det ut til at domstolen praktiserer en relativt lav terskel. Dette er også i tråd med det dommerne i særvota la til grunn. Videre er det interessant å se hen til hvordan både dommer Wolfrum og Cot foretar den konkrete vurderingen, nemlig ved å oppstille denne ovenfor påpekte pedagogiske og strukturerte tilnærming ved tolkningen.

4.5 Avsluttende bemerkninger om domstolens drøftelse av «*prima facie*»-vilkåret

Inntrykket *Southern Bluefin Tuna* og *ARA Libertad* etterlater hva gjelder vurdering av om voldgiftsdomstolen har jurisdiksjon til å avgjøre saken, er at det er blitt anvendt en relativt *lav* terskel for at vilkåret er oppfylt. Rettspraksis synes så langt å være i tråd med juridisk teori; «*prima facie*» betyr noe i retning av at Havrettsdomstolen må foreta en umiddelbar eller summarisk vurdering av jurisdiksjonen. Et slik vagt kriterium i konvensjonsteksten kan tyde på at meningen har vært å åpne for en vid skjønnsmargin; det kan være stor variasjon i hvor godt opplyst saken er på tidspunktet da Havrettsdomstolen behandler saken, og det kan være vanskelig å vurdere hvordan situasjonen kommer til å utvikle seg frem til tvisten behandles av voldgiftsdomstolen. Til en viss grad må vurderingen nødvendigvis også gjøres i lys av en «hypotetisk» vurdering. Domstolen er dermed også i stor grad prisgitt at saksøker belyser sakens rettslige og faktiske sider best mulig.

Når det gjelder momentene som dommer Wolfrum og Cot fremhevet i sitt votum i *ARA Libertad*, bemerkes det at disse momentene ikke ble nevnt i en nylig avsagt kjennelse av Havrettsdomstolen: *Arctic Sunrise*-saken fra 2013.¹⁰³ I *Arctic Sunrise* konkluderte flertallet med at tvisten gjaldt «interpretation or application» av spesifikke bestemmelser i konvensjonen,¹⁰⁴ men uten å gi noen begrunnelse eller vise eksplisitt til momentene som Wolfrum og Cot presenterte i *ARA Libertad*. Heller ikke kjennelsens særvota ble dette diskutert. At dommerne ikke fulgte opp, skyldtes muligens at spørsmålet ikke kom på spissen. Det skal nevnes at «*prima facie*»-vurderingen heller ikke var problematisk i *Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor* eller *MOX Plant*.

¹⁰³ *The Arctic Sunrise case*.

¹⁰⁴ *Ibid.*, avsnitt 67.

5 Oppsummering

Som vi har sett har havrettskonvensjonen et sofistikert tvisteløsnings-system som tilsikter at statene skal overholde rettsreglene fastsatt i konvensjonen. Tvisteløsningssystemet gir også statene mulighet til å få anordnet midlertidige forføyninger på nærmere bestemte vilkår. Dette er en utvidelse av Havrettsdomstolens generelle jurisdiksjon.

Som påvist ovenfor har tolkningen av havrettskonvensjonens bestemmelser om midlertidige forføyninger kommet på spissen i flere saker. Sakene Havrettsdomstolen har behandlet har hatt svært ulikeartede faktum. Det disse sakene likevel har til felles, er at sakens realitet senere skulle behandles av voldgiftsdomstol, fordi partene av ulike grunner ikke hadde valgt samme tvisteløsningsorgan.

I denne rapporten har jeg for det første foretatt en teoretisk gjennomgang av havrettskonvensjonens regler om jurisdiksjon og midlertidige forføyninger, med fokus på Havrettsdomstolens jurisdiksjon. For det andre, har jeg sett nærmere på hvordan Havrettsdomstolen har anvendt disse reglene i praksis. Dette har blitt gjort ved å tolke de aktuelle kjennelser og tilhørende vota.

Analysen viser at Havrettsdomstolen anvender sin tidligere rettspraksis aktivt, og enkelte ganger også rettspraksis fra ICJ. Havrettsdomstolens fortolkning er i stor grad konsistent. Likevel ser vi at de skjønnsmessige vilkårene gir et stort spillerom for at faktum i hver enkelt sak kan styre konklusjonen. Dette gjelder særlig tolkning og anvendelse av «urgency»-vilkåret i artikkel 290(5); med Havrettsdomstolens praksis har vi sett at mange og forskjelligartede momenter kan komme i betraktning, alt avhengig av sakens karakter. Selv om det har utkrystallisert seg en viss retning i Havrettsdomstolens traktatanvendelse, gjenstår det likevel å se i hvilken grad domstolen vil forholde seg til de allerede anvendte tolkningsmomenter også i fremtidige saker.

Med bakgrunn i analysen foretatt i denne oppgaven, er det vanskelig å si noe generelt eller sikkert om hvor mye som skal til for at artikkel 290 (5) kommer til anvendelse – altså hvor «terskelen» ligger for Havrettsdomstolens jurisdiksjon i saker om midlertidige forføyninger. Artikkel 290 (5) inneholder to skjønnsmessige kriterier som må anvendes konkret, fra sak til sak. Inntrykket man sitter igjen med etter å ha tolket traktatteksten og analysert deler av havrettsdomstolens praksis, er imidlertid at artikkel 290 (5) ikke er en snever bestemmelse som bare kommer til bruk i eksepsjonelle tilfeller.

6 Litteraturliste og kilder

Bøker

Ruud, Morten og Ulfstein, Geir, *Innføring i folkerett*, Universitetsforlaget (Oslo, 2011).

Amerasinghe, Chittharanjan, *Jurisdiction of specific international tribunals*, Kluwer Law International (Leiden, 2009).

Amerasinghe, Chittharanjan, *Jurisdiction of International tribunals*, Kluwer Law International (Leiden, 2003).

Rosenne, Shabtai, *Provisional Measures in International Law*, Oxford University Press (Oxford, 2005).

Gardiner, Richard, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press (Oxford, 2009).

Artikler

Edward A. Laing. "A perspective on provisional measures under UNCLOS". I: *Netherlands Yearbook of international Law*, 1998, side 45-70.

Wolfrum, Rudiger. "Provisional Measures of the International Tribunal for the Law of the Sea". I: *The Indian Journal of International Law*, Vol. 37, 1997, side 420-451.

Mensah, Thomas. "Provisional Measures in the International Tribunal for the Law of the sea". Retrieved from: http://www.zaoerv.de/62_2002/62_2002_1_a_43_54.pdf

Traktater

United Nations Convention on the Law of the Sea, vedtatt i Montego Bay 10. desember 1982, i kraft 16. november 1994. Publisert i *United Nations Treaty Series*, Vol. 1833, ss. 3ff.

Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, vedtatt 29. april 1958, i kraft 10. september 1964. Publisert i *United Nations Treaty Series*, Vol. 516, side 205.

Convention on the High Seas, vedtatt 29. april 1958, i kraft 30. september 1962. Publisert i *United Nations Treaty Series*, Vol. 450, side 82.

Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas, vedtatt 29. april 1958, i kraft 20. mars 1966. Publisert i *United Nations Treaty Series*, Vol. 559, side 285.

Convention on the Continental Shelf, vedtatt 29. april 1958, i kraft 10. juni 1964. Publisert i *United Nations Treaty Series*, Vol. 499, side 311.

Vienna Convention on the Law of Treaties, vedtatt Wien 23. mai, i kraft 27. januar 1980. Publisert i *United Nations Treaty Series*, Vol. 1155, side 331.

Convention for the Conservation of Southern Bluefin Tuna, vedtatt 10. mai 1994, i kraft 20. mai 1994. Publisert i *United Nations Treaty Series*, Vol. 1819 side 359.

Dommer

Southern Bluefin Tuna, International Tribunal for the Law of the Sea, Hamburg, 1999.

MOX Plant, International Tribunal for the Law of the Sea, Hamburg, 2001.

Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor, International Tribunal for the Law of the Sea, Hamburg, 2003.

ARA Libertad, International Tribunal for the Law of the Sea, Hamburg, 2012.

Arctic Sunrise, International Tribunal for the Law of the Sea, Hamburg, 2013.

Andre reguleringer

Rules of the International Tribunal of the sea, vedtatt 17 mars 2009, i kraft 17. mars 2009.

Norske lovforarbeider

St. Prp. nr. 37. (1995-96) *Om samtykke til ratifikasjon av De forente nasjoners havrettskonvensjon av 10. desember 1982, med tilhørende norske erklæringer, tiltredelse til avtale av 28. juli 1994 om gjennomføring av del XI i De forente nasjoners havrettskonvensjon av 10. desember 1982.*

The Fridtjof Nansen Institute is a non-profit, independent research institute focusing on international environmental, energy, and resource management. The institute has a multi-disciplinary approach, with main emphasis on political science and international law. It collaborates extensively with other research institutions in Norway and abroad.



**FRIDTJOF NANSENS INSTITUTT
FRIDTJOF NANSEN INSTITUTE**

**Fridtjof Nansens vei 17, P.O. Box 326, NO-1326 Lysaker, Norway
Phone: (47) 67 11 19 00 – Fax: (47) 67 11 19 10 – E-mail: post@fni.no
Website: www.fni.no**