

Kyststaten sin jurisdiksjon over
krigsskip i uskuldig gjennomfart i lys av
reglane i
FN sin havrettskonvensjon

Kandidatnummer: 199

Tal ord: 14911



JUS399 Masteroppgåve
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.2019

Forord

*Hav, du som fredlaust klagar
ved natt under stormsvart sky,
der du vilt i din velde jagar
fram mot ukjende morgongry:
Du har gitt meg den ville dragnad
mot den draum du min ungdom gav,
og er eitt med din tunge lagnad,
du det evige, store hav.*

Frå "Hymne til Havet" av Jakob Sande (1906-1967)

Ein lang prosess er over, der eg stort sett har sigla min eigen sjø. Eg hadde likevel ikkje kome i hamn med oppgåva utan nokre sentrale støttfunksjonar. I den samanheng ønskjer eg å rette ein takk til mine gode kollega og ekstraforeldre i Beijing, Rune og Synnøve, for husrom og hjelp med tema i startfasen. Takk til Øystein Jensen for god rettleiing undervegs. Takk til Emina, Johanna, Vegard, Mia og Helene for godt vennskap, moralsk støtte og gjennomlesing i sluttspurten. Takk til "Ekspertpanelet", kollokviegruppa frå vidaregåande, som alltid sørger for at eg tek ein pust i bakken der rebus, mat og hygge står i fokus. Takk til Universitetet i Bergen – mitt alma mater – for å ha gjeve meg fantastiske førelesarar, faglege utfordringar og godt læringsmiljø i dei hittil beste åra av mitt liv. Til slutt vil eg takke familien min og Maja for at de alltid har hatt trua på meg.

FORORD	2
1 INNLEIING	4
1.1 TEMA OG HOVUDPROBLEMSTILLING	4
1.2 METODE, RETTSKJELDER OG AVGRENSING.....	6
1.3 FRAMSTILLINGA VIDARE.....	8
2 SENTRALE OMGREP OG PRINSIPP	9
2.1 JURISDIKSJON.....	9
2.2 SUVERENITETSPRINSIPPET	9
2.3 FLAGGSTATSPRINSIPPET.....	10
2.4 KRIGSSKIP	10
2.5 BRUKSOMRÅDE.....	12
2.6 IMMUNITET.....	13
3 HOVUDEL.....	15
3.1 RETTE TIL USKULDIG GJENNOMFART	15
3.1.1 Prinsippet om retten til uskuldig gjennomfart.....	15
3.1.2 Vilkåret "Passage"	16
3.1.3 Vilkåret "Innocent".....	18
3.2 KYSTSTATEN SIN LOVGJEVINGSJURISDIKSJON	23
3.2.1 Kyststaten sin kompetanse til å vedta lover og reguleringar	23
3.2.2 Kravet til forholdsmessigheit.....	24
3.2.3 Avgrensingar i kva kyststaten kan regulere	26
3.2.4 Krav til publisering	26
3.2.5 Påbod om bruk av skipsleier og trafikkseparasjonssystem.....	26
3.2.6 Ubåtar og andre undervassfartøy	29
3.3 KYSTSTATEN SIN HANDHEVINGSJURISDIKSJON.....	30
3.3.1 Utgangspunktet og høve til å vise vekk skip.....	30
3.3.2 Rett til sjølyforsvar	32
3.3.3 Høve til suspensjon.....	34
3.3.4 Debatten om krav til førehandsvarsel og eller førehandsgodkjenning	36
3.3.5 Immunitet som avgrensing for tvangs- og domsjurisdiksjon.....	40
3.3.6 Ubåtar og andre undervassfartøy	41
3.4 RETTSVERKNADAR FOR FLAGGSTATEN VED BROTT PÅ RETTE TIL USKULDIG GJENNOMFART	43
3.4.1 Skadebotansvar for krigsskip	43
4 AVSLUTNING.....	45
4.1 KONKLUSJON OG RETTSPOLITISKE BETRAKTNINGAR	45
KJELDER	46

1 Innleiing

1.1 Tema og hovudproblemstilling

Temaet for masteroppgåva er navigasjon og maritim tryggleik. Hovudproblemstillinga er kyststaten sin jurisdiksjon over krigsskip i uskuldig gjennomfart i lys av særreglane (for krigsskip) i Havrettskonvensjonen. I oppgåva skal det gjerast greie for kva retten til uskuldig gjennomfart for krigsskip inneber, dei folkerettslege avgrensingane i retten og kyststaten sitt høve til å handheve desse avgrensingane med heimel i havretten.

Med havretten meiner ein dei folkerettsreglane som regulerer statane sine rettar, plikter og høve til å utøve myndigheit på havet.¹ Ei rekke prinsipp som seinare har vorte heimla i den internasjonale sedvaneretten vart utvikla av naturrettsteoretikarane. Hugo Grotius sitt verk “Mare Liberum” frå 1609 spelte ei stor rolle knytt til utviklinga av reglane for havretten, særleg på område for navigasjon og fridom til å segla fritt på ope hav.² Samstundes har mykje skjedd sidan den gong og i dag baserer havretten seg i større grad på kodifisering av statspraksis, men også nytt regelverk. Først og framst dei fire Genève-konvensjonane frå 1958, og – ikkje minst – Havrettskonvensjonen frå 1982³ (HRK).⁴

Prinsippet om retten til å ferdast fritt på havet utgjer ein grunnstein i havretten, og var særleg viktig å få inn i HRK. Samstundes ligg det føre avgrensingar i retten av omsyn til kyststaten sitt ønske om å kontrollere område nær deira landterritorium. Havrettskonvensjonen tek sikte på å balansere desse omsyna, men i praksis møter ein utfordringar med stormakter. USA er t.d. ikkje part i konvensjonen, medan Kina som part nektar å godta avgjerder fatta i tråd med tvisteløysingsmekanismer dei er folkerettsleg bundne av. Døma seier noko om kollisjonane som kan oppstå mellom nasjonal og internasjonal havrett, særleg på området for tvisteløysing. Folkeretten er samstundes basert på kompromiss mellom land, og har inga «superorganisasjon» eller «verdsføderasjon» med verkemiddel som kan handheve regelverket. Det gjer at ansvaret i stor grad kviler på kyststaten og flaggstaten, samt internasjonalt samarbeid for å unngå konflikt.

¹ Sjå <https://snl.no/havrett> (sist innom 08.05.2019).

² Sjå Fleischer, Carl August, Folkerett, 8. utg., Oslo (2005), s. 54.

³ Originaltittel: United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS).

⁴ Sjå note 1.

Før HRK, kalla FN inn til ein tredje havrettskonferanse som vart halden av og på frå 1973 og fram til den endelege vedtakinga i 1982. Utgangspunktet for konferansen var å klargjere kyststatane sin jurisdiksjon knytt til kontinentalsokkelen si yttergrense for å få betre kontroll over fiskeressursar og hindre forureining frå skip.⁵ Ein annan viktig føresetnad var auka uro frå fleire stormakter og skipsfartsnasjonar om innskrenkingar i høve til å drive militær verksemd og skipsfart.⁶ Fleire av stormaktene som USA og dåverande Sovjetunionen ønska m.a. at den nye konvensjonen ikkje skulle legge nokre særlege avgrensingar på militære fartøy sin rett til navigasjonsfridom på havet.⁷

I 1989 vedtok USA og dåverande Sovjetunionen ein avtale om tolking av HRK sine reglar for uskuldig gjennomfart. Punkt nr. 2 i avtalen tilsa at:

“All ships, including warships, regardless of cargo, armament or means of propulsion, enjoy the right of innocent passage through the territorial sea in accordance with international law, for which neither prior notification nor authorisation is required.”⁸

Føremålet med avtalen var å sikre navigasjonsfridommen for krigsskip i uskuldig gjennomfart og kan tolkast som ein konsekvens av debatten om kor vidt kyststaten skulle få høve til å stille krav til førehandsvarsel og eller førehandsgodkjenning gjort greie for i punkt 3.3.4.

Tradisjonelt skil ein også mellom folkerett i krig og fred. Både HRK og Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone (CTSCZ) frå 1958 regulerer folkeretten med utgangspunkt i fredstid, og forhandling av reglane om militæroparasjonar til sjøs vart konsekvent unngått.⁹ Det er lett å tenke seg at regulering av krigsskip høyrer innunder folkerett i krig, men navigasjonsfridommen gjer seg sjølvstøtt også gjeldande i fredstid.

Dei tre typetilfella for krigsskip nytta i fredstid er: (1) Rutinemessig patruljering i nasjonale farvatn for å handheve fiskeri-, toll- og innvandringslovverk, (2) Militærøvingar og våpentesting på ope hav og (3) Større maritime makter sin demonstrering av makt og innflytelse ved å vere tilstades i regionen.¹⁰ Sistnemnte er mest aktuelt for kyststaten sin

⁵ Sjø Ruud, Morten og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 5. utg., Oslo (2018) s. 151.

⁶ *Ibid.*

⁷ Sjø Churchill, Robin og Vaughan Lowe, *The law of the sea*, 3. utg., Manchester (1999), s. 90.

⁸ USA-USSR Joint Statement on the Uniform Interpretation of Rules of International Law Governing Innocent Passage (1989).

⁹ Sjø Churchill og Lowe (1999), s. 421.

¹⁰ *Ibid.* s. 426.

jurisdiksjon over krigsskip i uskuldig gjennomfart og dannar bakgrunn for kvifor det ikkje alltid er like enkelt å balansere omsyna til kyststaten opp mot retten til fri navigasjon.

1.2 Metode, rettskjelder og avgrensing

Oppgåva vil gje ei framstilling av folkeretten, *retten som regulerer forholdet mellom statar i deira eigenskap som slike*¹¹, ikkje nasjonal rett og korleis folkeretten er gjennomført nasjonalt. Den alminnelege folkerettslege metoden vert lagt til grunn for tolking og vekting av rettskjeldene i oppgåva. I den samanheng er Den internasjonale domstol (ICJ) sine statuttar i art. 38, første ledd, viktig å nemne:

“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.”

Trass i at ICJ-statuttane berre er bindande for rettsbruken til ICJ, vert dei rekna å gje eit alminneleg uttrykk for rettskjeldene i folkeretten og har såleis sentral betydning for fastlegging av innhaldet og vektinga av rettskjeldene.¹²

Wienkonvensjonen frå 1969¹³ (WK) art. 31, første ledd, gjev elles generelle retningslinjer for traktatstolking og vert rekna å gje uttrykk for internasjonal sedvanerett:

“1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

- (a) Any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty;

¹¹ Sjøå Fleischer (2005), s. 19.

¹² Sjøå Ruud og Ulfstein (2018), s. 71.

¹³ Originaltittel: Vienna Convention on the Law of Treaties (1969).

- (b) Any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. There shall be taken into account, together with the context:

- (a) Any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;
- (b) Any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;
- (c) Any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.”

Det same gjeld WK art. 32 som gjev uttrykk for korleis ein skal gå fram i tvilstilfella:

“Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

- (a) Leaves the meaning ambiguous or obscure; or
- (b) Leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.”

I tillegg kjem WK art. 33 om korleis ein skal gå fram ved fleire autentiske språkversjonar. Havrettskonvensjonen har ein norsk versjon, men den er ikkje av dei seks autentiske versjonane.¹⁴ Difor vert den engelskspråklege autentiske versjonen lagt til grunn i oppgåva.

Framstillinga vil i hovudsak basere seg på tolking av traktatstekst, sedvanerett og juridisk teori. Hovudkjelda vil vere Havrettskonvensjonen frå 1982 (HRK). Konvensjonen inneheld spesifikke artiklar om retten til uskuldig gjennomfart i sjøterritoriet i del II, Avsnitt 3, med særreglar for krigsskip i underkapittel C. Sistnemnte gjev uttrykk for kyststaten sitt høve til handhevingsjurisdiksjon og skadeansvar for flaggstaten dersom krigsskipet påfører kyststaten skade. Dei generelle reglane for retten til uskuldig gjennomfart i underkapittel A skal også gjerast greie for. I tillegg gjeld retten i stred nytta i internasjonal skipsfart og arkipelagiske farvatn, jf. HRK art. 45 og 52.

¹⁴ Sjå <http://legal.un.org/avl/ha/uncls/uncls.html> (sist innom 08.05.2019).

Rettspraksis vil ikkje vere ei sentral kjelde i oppgåva då krigsskip sin navigasjonsfridom ikkje er omfatta av HRK sitt obligatoriske tvisteløysingssystem grunna immunitetsbetraktningar gjort nærare greie for i punkt 3.3.5. I same punkt vert det gjort greie for alternative tvisteløysingsmekanismer og korleis dei internasjonale domstolane eventuelt kan bistå statane. Rettspraksis er samstundes ei subsidiær kjelde i folkeretten, og har såleis mindre vekt enn traktatteksten.

Til bruk av juridisk teori, vil det vera sentral kjelde då det er skrive mykje om temaet tidlegare. Juridisk teori vert som rettspraksis rekna for å vere ei subsidiær kjelde i folkeretten.

I oppgåva vert det avgrensa mot bruk av komparativ analyse mellom nasjonal- og folkerett direkte, då utgangspunktet det folkerettslege perspektivet. Bakgrunnen for valet er at det av omsyn til ordgrensa vil verta for omfattande dersom både den norske og internasjonale retten på dette området skal gjerast greie for på ein god og grundig måte. Når det er sagt, vil det i oppgåva vere døme frå andre land sin praksis knytt til dei ulike delane av HRK som t.d. i spørsmålet om kyststaten kan krevje førehandsvarsel og eller førehandsgodkjenning frå flaggstaten før krigsskipet nyttar retten til uskuldig gjennomfart i deira sjøterritorium.

Det vert elles avgrensa mot å handsame problemstillingar knytt til forskning, immigrasjon og miljø, då det ikkje er i kjernen av kva krigsskip vert nytta til. Oppgåva avgrensar også mot å handsame problemstillingar knytt til geografiske nedslagsfelt utover sjøterritoriet, stred nytta i internasjonal skipstrafikk og arkipelagiske farvatn. Likevel vil det verta gjort kort greie for konsekvensen av at eit krigsskipet er på veg inn i indre farvatn utan lov. Sistnemnte er ikkje i kjernen av kva oppgåva spør etter då retten til uskuldig gjennomfart ikkje gjer seg gjeldande i indre farvatn, men dannar eit viktig bakteppe for å forstå dei ulike handhevingsmekanismane kyststaten kan nytte seg av i punkt 3.3.

1.3 Framstillinga vidare

I det følgjande skal det gjerast greie for sentrale omgrep og prinsipp. Etter det skal hovuddelen gje ei analyse av reglane om retten til uskuldig gjennomfart for krigsskip, kyststaten sitt høve til å avgrense retten, korleis kyststaten kan handheve avgrensingane og rettsverknadar for flaggstaten ved brot på reglane. Reglane skal presenterast ved bruk av Havrettskonvensjonen, sedvanerett, praksis og teori, jf. FN-pakta artikkel 48. Avslutningsvis kjem konklusjonen med nokre rettspolitiske betraktningar.

2 Sentrale omgrep og prinsipp

2.1 Jurisdiksjon

Jurisdiksjon tyder rettshandheving og handlar i havretten om kyststaten og flaggstaten sitt grunnlag for å utøve makt over sine statsborgarar og i sine territorium. Ein har lovgjevings-, doms- og tvangsjurisdiksjon. Lovgjevingsjurisdiksjon handlar om kven som har kompetanse til å fastsetje lover og reglar. Tvangsjurisdiksjon på si side, vil i havretten handle om høve til å t.d. pågripe personar på skip eller oppbringe skip. Domsjurisdiksjon er høvet kyststaten har til å føre sivil- og strafferettssaker for brot på intern- og eller folkerett for domstolen.

I havretten avheng jurisdiksjonen av kva for ei maritim sone ein oppheld seg i då ein opererer med ulik jurisdiksjon ut frå kva havområde det er tale om. Då er det viktig å skilje mellom lovgjevings- og handhevingsjurisdiksjon då dei ikkje naudsynt er samanfallande.

2.2 Suverenitetsprinsippet

Suverenitetsprinsippet går ut på at alle statar i utgangspunktet er suverene og ikkje kan underkastast andre sin vilje.¹⁵ Nasjonalstaten har som utgangspunkt full jurisdiksjon over sine landområde gjennom sitt nasjonale rettssystem, noko som gjer folkeretten til eit relativt «svakt» system samanlikna med det nasjonale.¹⁶ Nasjonalstaten har samstundes høve til å underkaste seg bindande rettslege ordningar gjennom traktatar.

Suverenitetsprinsippet kan samstundes ikkje tolkast absolutt då ein har folkerettslege reglar som i utgangspunktet er bindande for alle statar utan at det naudsynt ligg føre aksept.¹⁷ Eit døme kan vere FN-pakta art. 108 som tilseier at endringar i pakta vil gjerast bindande for alle medlemsland dersom dei får to tredjedels fleirtal i Generalforsamlinga og er ratifisert av to tredjedelar av medlemslanda (alle medlemmene av Tryggleiksrådet inkludert).¹⁸

I oppgåva vert suverenitetsprinsippet knytt til kyststaten og deira rettar i sjøterritoriet. Havrettskonvensjonen refererer til omgrepet “coastal State”, men utan ein klar definisjon i

¹⁵ Sjø Ruud og Ulfstein (2018), s. 21.

¹⁶ *Ibid.* s. 22

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

konvensjonen. Omgrepet er heller ikkje definert nærare i andre traktatar.¹⁹ Det næraste ein kjem er HRK art. 2, første ledd, som handlar om suverenitet:

- “1. The sovereignty of a coastal State extends, beyond its land territory and internal waters and, in the case of an archipelagic State, its archipelagic waters, to an adjacent belt of sea, described as the territorial sea.
2. This sovereignty extends to the air space over the territorial sea as well as to its bed and subsoil.
3. The sovereignty over the territorial sea is exercised subject to this Convention and to other rules of international law.”

2.3 Flaggstatsprinsippet

Flaggstatsprinsippet inneber at skipet sine rettar og plikter avheng av kvar skipet er registrert då nasjonaliteten til skipet indikerer kva land som har flaggstatsjurisdiksjon.²⁰ Etter HRK er prinsippet kodifisert i art. 91 om ”nationality of ships”, jf. art. 92 om ”status of ships” for ”high seas” og i art. 58 nr. 2 for den eksklusive økonomiske sona (EØS), der flaggstaten har eksklusiv jurisdiksjon over krigsskipa deira. Den eksklusive jurisdiksjonen over krigsskipa gjer seg også gjeldande i sjøterritoriet, men skipet pliktar å følgje kyststaten sine lover og reglar då dei har lovgjevingsjurisdiksjon. Kva gjeld handhevingsjurisdiksjon, vert det gjort nærare greie for i punkt 3.3 der immunitet vil spele ei sentral rolle.

2.4 Krigsskip

Krigsskip vert legaldefinert i HRK art. 29 og tilseier at:

“For the purposes of this Convention, «warship» means a ship belonging to the armed forces of a State bearing the external marks distinguishing such ships of its nationality, under the command of an officer duly commissioned by the government of the State and whose name appears in the appropriate service list or its equivalent, and manned by a crew which is under regular armed forces discipline.”

¹⁹ Sjø Churchill, Robin, Under-Utilized Coastal State Jurisdiction: Causes and Consequences, chapter 11 i Ringbom, Henrik, Jurisdiction over ships, Leiden/Boston (2015), s. 278.

²⁰ Sjø Churchill og Lowe (1999), s. 257.

Føremålet med å definere krigsskip var å skilje dei frå vanlege skip (som forøvrig ikkje har eigen definisjon i konvensjonen) av omsyn til særreglane for krigsskip i HRK del II, seksjon 3, underkapittel C.²¹

Definisjonen er modifisert samanlikna med art. 8, andre ledd, i Convention on the High Seas frå 1958.²² Havrettskonvensjonen nyttar den meir generelle ordlyden ”armed forces” framføre ”naval” og registrering i ”service list or its equivalent” framføre ”Navy list”. Bakgrunnen for desse vala var at ein ønskja å inkludere krigsskip knytt til alle dei tre militærgreinene slik at definisjonen også skulle omfatte hæren og luftforsvaret.²³ Begge konvensjonane er framleis gjeldande rett, men ved konflikt går HRK føre, jf. art. 311.

Omgrepet krigsskip er elles definert “For the purpose of this Convention”, og har etter ordlyden utvida rekkevidde til også å gjelde for andre delar av konvensjonen. Den internasjonale havrettsdomstolen (ITLOS) bekrefta rekkevidda til art. 29 i ARA Libertad-saka (Argentina v. Ghana) frå 2012 til også å gjelde for indre farvatn, noko som vert gjort nærare greie for i punkt 3.3.5.²⁴

Det er elles klart at statslause skip er ekskludert, jf. ordlyden ”belonging (...) of a State”.

Konvensjonen er taus om kor vidt hjelpefarkostar til krigsskip er omfatta av definisjonen. Ifølgje art. 13, bokstav h, i San Remo-manualen vert slike farkostar definert som:

“other than a warship, that are owned by or under the exclusive control of the armed forces of a State and used for the time being on government non-commercial service.”²⁵

Barnes tek til orde for at denne definisjonen kan indikere at slike farkostar ikkje er omfatta av definisjonen i HRK, men modererer sitt standpunkt ved å vise til at ordlyden er vid og at farkostane eksplisitt er teke med i art. 110, 111 og 236.²⁶ Det vert lagt til grunn i oppgåva at hjelpefarkostar er omfatta av definisjonen.

²¹ Sjø Barnes, Richard A., i Proelss, Alexander (red) mfl., United Nations Convention on the Law of the Sea - A Commentary, München (2017) s. 242.

²² Sjø Ringbom, Henrik (2015), s. 87-88.

²³ Sjø Barnes i Proelss (2017), s. 243.

²⁴ Sjø Argentina v. Ghana (2012), avsnitt 64.

²⁵ Sjø Barnes i Proelss (2017), s. 244.

²⁶ *Ibid.*

Eit anna spørsmål har vore om definisjonen omfattar sunkne krigsskip i lys av ordlyden “manned by a crew”.²⁷ Spørsmålet er relevant i samband med funn og potensiell heving.²⁸ I juridisk teori har det vore argumentert for at immuniteten står seg fram til flaggstaten eventuelt seier frå seg retten til immunitet, jf. J. Ashley Roach.²⁹ David J. Bederman har på den andre sida argumentert mot immunitet for sunkne krigsskip på bakgrunn av at immuniteten etter hans syn må reknast tapt der skip eller ubåtar synk og såleis mistar sin funksjon som krigsskip.³⁰ Sistnemnte vert lagt til grunn for oppgåva.

Ubåtar og andre undervassfartøy har i tillegg særreglar etter HRK art. 20, og vert handsama i punkt 3.2.6 og 3.3.6.

2.5 Bruksområde

Det geografiske nedslagsfeltet for analysa er sjøterritoriet då det er her reglane om retten til uskuldig gjennomfart gjer seg gjeldande. Etter ordlyden i HRK art. 3 strekk “territorial sea” seg maksimalt “12 nautical miles” målt frå kyststaten si grunnline. I desse områda har kyststaten i utgangspunktet full jurisdiksjon i tråd med suverenitetsprinsippet, som tilseier lovgjevings-, doms- og tvangsjurisdiksjon både i, under og over territoriet.³¹

Prinsippet om retten til uskuldig gjennomfart gjer seg også gjeldande ved stred nytta i internasjonal skipsfart og i arkipelagiske farvatn, jf. HRK art. 45 og 52. Artikkel 45 omfattar to typar stred, først stred som har ei parallell rute langs sjøsida av ei øy, som saman med fastlandet dannar eit stred, jf. bokstav a.³² For det andre omfattar den stred som koplar delar av ope hav eller EØS saman med sjøterritoriet til ein framand stat, jf. bokstav b.³³

Arkipelagiske farvatn er havområde kring øystatar og strekk seg frå ”straight ... baselines joining the outermost points of the outermost islands” på maksimalt ”100 nautical miles”, jf HRK art. 47, nr. 1 og 2.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Sjø Bederman, David J., Congress Enacts Increased Protections for Sunken Military Craft, AJIL 100 (2006), s. 649-663.

²⁹ Sjø Roach, J. Ashley, Sunken Warships, MPEPIL, paras. 3, 46, tilgjengeleg på www.mpepil.com (artikkel oppdatert 2015).

³⁰ Sjø Bederman, David J., Rethinking the Legal Status of Sunken Warships, ODIL 31 (2000), s. 91-125.

³¹ Sjø Ruud og Ulfstein (2018), s. 155.

³² Sjø Barnes i Proelss (2017), s. 330.

³³ *Ibid.*

Den viktigaste avgrensinga i kyststaten sin jurisdiksjon er retten til uskuldig gjennomfart. Prinsippet er nedfelt i HRK del II om sjøterritoriet og den tilstøytande sona, Avsnitt 3, Underkapittel A og C og gjeld tilsvarande for både arkipelagiske farvatn og stred nytta i internasjonal skipsfart. Det er samstundes nokre unntak for dei to sistnemnte som vil gjerast greie for der det er aktuelt. Immunitet er ein annan avgrensing og vert gjort nærare greie for i punkt 3.3.5.

2.6 Immunitet

Immunitet handlar om staten sitt høve til ikkje å verta rettsforfølgd i andre statar sine domstolar.³⁴ Føremålet med immunitetsreglar var i praksis å fremje band mellom statane ved å sikre arbeidet til staten sine representantar, i staten si interesse og ikkje ut frå personlege fordelar.³⁵

Det er i utgangspunktet opp til intern rett om immunitet generelt kan gjerast gjeldande og rettspraksis frå intern rett gjev i stor grad rettleiing der slike spørsmål oppstår, jf. artikkel 16 nr. 1 i FN-konvensjonen om statleg immunitet³⁶ (UNTC) frå 2. desember 2004:

“Unless otherwise agreed between the States concerned, a State which owns or operates a ship cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to the operation of that ship if, at the time the cause of action arose, the ship was used for other than government non-commercial purposes.”

Artikkel 16, nr. 2 tilseier samstundes at krigsskip har absolutt immunitet:

“Paragraph 1 does not apply to warships, or naval auxiliaries, nor does it apply to other vessels owned or operated by a State and used, for the time being, only on government non-commercial service.”

Immunitet for krigsskip vart forsøkt traktatfesta før danninga av HRK gjennom Brusselkonvensjonen av 10. april 1926 *om innføring av visse ensartede regler om immunitet for statsskip*. Konvensjonen er berre ratifisert av 13 statar, men vert rekna som internasjonal

³⁴ Sjå Ruud og Ulfstein (2018), s. 183-184.

³⁵ *Ibid.* s. 182-183.

³⁶ Originaltittel: United Nations Convention on Jurisdictional Immunities and Their Property (2004).

sedvanerett.³⁷ Prinsippet om krigsskip sin immunitet i sjøterritoriet vart først kodifisert i HRK art. 32 og vert gjort nærare greie for i punkt 3.3.5.

³⁷ Sjø Ruud og Ulfstein (2018), s. 187.

3 Hovuddel

3.1 Retten til uskuldig gjennomfart

3.1.1 Prinsippet om retten til uskuldig gjennomfart

Prinsippet om skip sin navigasjonsrett utgjer som nemnt ein grunnstein i havretten, og gjer seg gjelande i sjøterritoria gjennom retten til «innocent passage» utpensla i HRK art. 17:

“Subject to this Convention, ships of all States, whether coastal or land-locked, enjoy the right of innocent passage through the territorial sea.”

Utgangspunktet etter ordlyden er at flaggstaten skal sikrast uhindra ferdsel for sine skip i kyststaten sitt sjøterritorium. Eit døme kan vere dersom ein stat bygger ei bru over eit trafikkert stred som i praksis nektar ein stat sine skip, eller oljeriggar av ein viss storleik, gjennomfart til sine farvatn slik som i konflikta mellom Finland og Danmark då danskane skulle bygge Øresundbrua mellom København og Malmø på 90-talet.³⁸

Føremålet med reglane om retten til uskuldig gjennomfart er å ivareta kyststaten sine eksklusive interesser nært deira landområde, samstundes som ein ønskjer å garantere for navigasjonsfridom for det internasjonale samfunnet.³⁹ Saka mellom Finland og Danmark kan illustrere ei høvemessig balansering av desse interessene. Tvisten vart ikkje løyst av ICJ då Danmark gjekk med på å betale Finland 16 millionar amerikanske dollar, samt sjå på høve for alternativ kryssing av sundet.⁴⁰ Statane tok føre seg ei forholdsmessigheitsvurdering der ein klarte å balansere omsynet til begge statane. Det er gode grunnar for ei slik løysing då føremålet med HRK er å finne denne balansen.

Det er uomtvista at ikkje-militære skip går innunder ordlyden “ships” og såleis har rett til uskuldig gjennomfart.⁴¹ Retten gjeld tilsvarande for krigsskip og er positivt regulert i HRK art. 32.

³⁸ Sjå Finland v. Denmark, ICJ (1991), s. 12.

³⁹ Sjå Intertanko and Others v. Secretary of State for Transport, ECJ case C-308/06, ECR I-4057 (2008), avsnitt 58.

⁴⁰ Sjå Clingan Jr., Thomas A., *The Law of the Sea: Ocean Law and Policy*, San Francisco: Austin and Winfield (1994), s. 118–121.

⁴¹ Sjå Barnes i Proelss (2017), s. 179.

Når det er sagt, har spørsmålet om krigsskip sin rett til uskuldig gjennomfart vore eitt av dei mest kontroversielle spørsmåla i havretten.⁴² Då spørsmålet vart handsama under den tredje havrettskonferansen frå 1978, fremja t.d. Argentina, Bangladesh, Kina, Yemen, Ecuador, Madagaskar, Pakistan, Peru og Filippinene eit uformelt forslag om å avgrense retten til uskuldig gjennomfart mot militære skip under den sjuande sesjonen, men utan tilstrekkeleg støtte for forslaget.⁴³

Retten til uskuldig gjennomfart gjeld elles “all States”, og er etablert internasjonal sedvanerett, jf. mellom anna Nicaragua-saka frå 1986.⁴⁴ Trass i at retten er universelt akseptert i statspraksis, er vidt anerkjend i internasjonal akademia og dei fleste land sin interne rett, er det variasjon i korleis ulike statar tolkar innhaldet.⁴⁵ Dette gjeld særleg for krigsskip og skip som transporterer farleg materiale.⁴⁶

I dag opererer framleis einskilde statar med slike avgrensingar, noko som vert gjort nærare greie for i punkt 3.3.4 i debatten om kor vidt kyststaten kan krevje førehandsvarsel og eller førehandsgodkjenning over krigsskip i uskuldig gjennomfart.

Artikkel 17 må elles tolkast i samanheng med både art. 18 og 19 som definerer vilkåra “passage” og “innocent” som vil verta gjort greie for i det følgjande.

3.1.2 Vilkåret “Passage”

Etter HRK art. 18 vert vilkåret “passage” legaldefinert som:

- “1. Passage means navigation through the territorial sea for the purpose of
- (a) traversing that sea without entering internal waters or calling at a roadstead or port facility outside internal waters; or
 - (b) proceeding to or from internal waters or a call at such roadstead or port facility
2. Passage shall be continuous and expeditious. However, passage includes stopping and anchoring, but only in so far as the same are incidental to ordinary navigation or are rendered

⁴² Sjø Churchill og Lowe (1999), s. 89.

⁴³ Sjø UNCLOS III, Informal Suggestion by Argentina et al., UN Doc. C.2/Informal Meeting/30 (1978), reproduert i: Renate Platzöder, Third United Nations Conference on the Law of the Sea: Documents, vol. V (1984), s. 39.

⁴⁴ Sjø Nicaragua v. United States of America, ICJ (1986), avsnitt 214.

⁴⁵ Sjø Barnes i Proelss (2017), s. 180-181.

⁴⁶ *Ibid.*

necessary by *force majeure* or distress or for the purpose of rendering assistance to persons, ships or aircraft in danger or distress.”

Føremålet med art. 18 er å gje ein definisjon av “passage” i relasjon til retten til uskuldig gjennomfart der art. 19 definerer handlingar som ikkje kan reknast å vere “innocent”.⁴⁷ I juridisk teori er det hevda at bakgrunnen for å definere “passage” i ein eigen artikkel har samanheng med kyststaten sin autoritet til å utvise fartøy som ikkje er i gjennomfart, anten gjennomfarten er uskuldig eller ei.⁴⁸

Gjennomfarten må vere både “continious and expeditious” etter nr. 2. Ordlyden “continuous” tilseier at krigsskipet i utgangspunktet ikkje kan stoppe opp i sjøterritoriet. Generelt skal krigsskipet sigle ei så direkte rute som rimeleg gjennom sjøterritoriet, og FN sin folkerettskonvensjon (ILC) uttala at dei spesifikt tok sikte på å avgrense mot såkalla “hovering” (å drive omkring).⁴⁹ Bruken av “expeditious” trekk i retning av at krigsskipet må ha høg fart basert på ei alminneleg forståing av ordlyden. I juridisk teori er det teke til ordet for at krigsskipet ikkje treng køyre med “full gass”, men bør halde fram i normal operasjonsfart, med omsyn til vêr-, hydrografiske- og navigasjonsforhold.⁵⁰

Dei alternative føremåla om å halde fram mot indre farvatn eller vere i gjennomfart på veg til andre hamner må også vere oppfylt, jf. nr. 1, bokstav a eller b. Her er det viktig å merke seg at ikkje alle kyststatar tillét fri tilgang til indre farvatn og hamner.⁵¹

Krigsskip kan likevel nytte seg av unntaksreglar for “stopping and anchoring”, men “only” der det er tale om “incidental to ordinary navigation”, “rendered necessary by force majeure or distress” eller for “the purpose of rendering assistance” til personar, skip og luftfartøy i tilfelle “danger or distress”, jf. art. 18 nr. 2, andre setning.

Kva som ligg i ordlyden “incidental to ordinary navigation” er ikkje nærare presisert.

Ordlyden vil etter juridisk teori typisk omfatta tilfelle med dårleg vêr, tekniske feil, førebels

⁴⁷ Sjå Barnes i Proelss (2017), s. 182.

⁴⁸ Sjå O’Connell, Daniel P., *The International Law of the Sea*, Vol I (1982), s. 269.

⁴⁹ Sjå ILC, Report of the International Law Commission: Commentaries to the Articles Concerning the Law of the Sea, UN Doc. A/3159 (1956), GAOR 11th Sess. Suppl. 9, 12, 19.

⁵⁰ Sjå Nordquist, Myron, H./Sataya N. Nandan/Shabati Rosenne (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, vol. II (1993), s. 163 og Barnes i Proelss (2017), s. 184.

⁵¹ Sjå *Nicaragua v. United States of America*, ICJ (1986), avsnitt 212-213.

ankring utanfor ei hamn medan ein venter på å gjere fast fartøyet etc., og anna stopping og ankring som typisk har ikkje-uskuldige karakter.⁵²

Det andre unntaket om “*force majeure* or distress”, siktar til uventa naudsituasjonar der krigsskipet sjølv er involvert og ikkje kan eller kunne kontrollere dei ekstraordinære omstenda.⁵³ Omgrepa er ikkje definert i art. 18, men ILC refererer til slike situasjonar som “a situation of serious danger, but not necessarily one that jeopardizes the very existence of the person concerned”.⁵⁴ Ei streng ordlydstolking av art. 18 tilseier at ein berre refererer til naudsituasjonar som oppstår medan ein passerer sjøterritoriet, og ikkje i tilfelle der eit krigsskip er på veg inn i sjøterritoriet for å søke ly eller assistanse.⁵⁵ Historisk har kyststatar vore rause med å tillate sistnemnte⁵⁶. I dag er spørsmålet meir kontroversielt i lys av flyktningkrisa, men det vil ikkje verta gjort greie for i denne oppgåva.⁵⁷

Til slutt har ein unntak for tilfelle der krigsskip yt bistand til fartøy som er i fare eller naud. Regelen inneheld ei sterk humanitær grunngeving, og utvidar rekkevidda for gjennomfart av omsyn til redningsoperasjonar.⁵⁸

Vilkåret “*passage*” skal ikkje tolkast annleis for stred nytta i internasjonal skipsfart og arkipelagiske farvatn. Det er samstundes særreglar for gjennomfart knytt til suspensjon i stred nytta i internasjonal skipsfart med nærare utgreiing i punkt 3.3.3 og bruk av skipsleier i arkipelagiske farvatn gjort greie for i punkt 3.2.5.

3.1.3 Vilkåret “*Innocent*”

Gjennomfarten må i tillegg vere “*innocent*”, og vert etter HRK art. 19 nr. 1 legaldefinert som:

“*Passage is innocent so long as it is not prejudicial to the peace, good order or security of the coastal State. Such passage shall take place in conformity with this Convention and with other rules of international law.*”

⁵² Sjø Barnes i Proelss (2017), s. 185.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Sjø ILC, Decisions of National Courts Relating to the Most-Favoured-Nation Clause, UN Doc. A/CN.4/269 (1973), reproduced in: ILC Yearbook (1973), vol. II, s. 117, 134.

⁵⁵ Sjø Barnes i Proelss (2017), s. 185.

⁵⁶ Sjø Chircop Aldo/Olof Linden/Detlef Nielsen, Characterising the Problem of Places of Refuge, i Aldo Chirop, Olof Linden (eds.) Places of Refuge for Ships: Emerging Environmental Concerns of a Maritime Custom (2006), s. 1, 4.

⁵⁷ Sjø Morrison, Anthony P., Places of Refuge for Ships in Distress: Problems and Methods of Resolution (2012), s. 28-37.

⁵⁸ Sjø Barnes i Proelss (2017), s. 186.

Føremålet med å definere kva som er uskuldig gjennomfart og ikkje har med linken til suverenitet i HRK art. 2 nr. 1 å gjere. Utan suverenitet, er det ikkje noko poeng i å regulere gjennomfarten.⁵⁹

Utgangspunktet er at gjennomfarten er uskuldig inntil det motsette er bevist, og kyststaten har bevisbyrda.⁶⁰ Gjennomfarten må ikkje vere “prejudicial” til kyststaten sin ”peace, good order or security”. Ordlyden “peace, good order or security” er vid og kan isolert sett omfatte ei rekke faktorar trass i at den ikkje er nærare presisert i konvensjonen. For å unngå subjektive tolkingar av kva som ligg i omgrepet, er det lista opp tolv aktivitetar som er rekna å vere ikkje-uskuldige der desse er mest aktuelle for krigsskip i art. 19 nr. 2:

“Passage of a foreign ship shall be considered to be prejudicial to the peace, good order or security of the coastal State if in the territorial sea it engages in any of the following activities

- (a) any threat or use of force against the sovereignty, territorial integrity or political independence of the coastal State, or in any other manner in violation of the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations;
- (b) any exercise or practice with weapons of any kind;
- (c) any act aimed at collecting information to the prejudice of the defence or security of the coastal State;
- (d) any act of propaganda aimed at affecting the defence or security of the coastal State;
- (e) the launching, landing or taking on board of any aircraft;
- (f) the launching, landing or taking on board of any military device;
- (g) any other activity not having a direct bearing on passage.”⁶¹

Spørsmålet vert då om denne lista kan reknast å vere uttømmande. Ordlyden “in conformity with this Convention and other rules of international law” etter nr. 1, trekk i retning av at lista ikkje er uttømmande dersom ein tek utgangspunkt i ei kontekstuell tolking.

Førearbeida gjev ikkje rettleiing og det er ulike synspunkt i juridisk teori. Fleirtalet sitt syn er at lista ikkje er uttømmande.⁶² Her kan det vere verdt å nemne situasjonar der kyststatar har

⁵⁹ Sjø Barnes i Proelss (2017), s. 188.

⁶⁰ Sjø Butler, William E., Innocent Passage and the 1982 Convention: The Influence of Soviet Law and Policy, AJIL 81 (1987), s. 331-347.

⁶¹ Sjø Barnes i Proelss (2017), s. 188.

⁶² Sjø argument for i O’Connell, Daniel P., The International Law of the Sea, vol. I (1982), s. 270; Hakapää Kari/Erik J. Molenaar, Innocent Passage: Past and Present, Marine Policy 23 (1999), s. 131-132; Churchill og

hindra gjennomfart i sjøterritoriet ut frå aktivitetar som ikkje er klart definerte i lista. Eit døme kan vere Indonesia si behandling av Lusitania Expresso sin gjennomfart i 1992 der skipet vart hindra passasje gjennom sjøterritoriet basert på at føremålet med gjennomfarten var å auke medvit om menneskerettssaker i Aust-Timor.⁶³

Motargumenta er typisk frå amerikanske teoretikarar.⁶⁴ Dei legg tung vekt på dåverande Sovjetunionen og USA sin Uniform Interpretation of Rules of International Law Governing Innocent Passage, utvikla etter the Black Sea Bumping Incident i 1988.⁶⁵ I avtalen vart dei to stormaktene samde om at lista skulle reknast uttømmende.⁶⁶

Det er vanskeleg å favorisere verken det eine eller andre synspunktet basert på praksis. Gjeldande rett er såleis uklår, og det er rom for presisering av regelverket.

Utover spørsmålet om lista er uttømmende, vil det i tolkinga av ordlyden “in conformity with this Convention and other rules of international law” vere relevant å trekke inn forholdet til HRK art. 21 om kva kyststaten kan regulere og kyststaten sin handhevingskompetanse etter HRK art. 25. Brot på art. 21 fører ikkje naudsynt til at gjennomfarten er ikkje-uskuldig, men dersom ein ikkje følgjer art. 25, kan det få konsekvensar for kor vidt gjennomfarten er ikkje-uskuldig eller ei.⁶⁶ Det kan i verste fall føre til bruk av sterkare middel som retten til sjølvforsvar i art. 25 som vert gjort nærare greie for i punkt 3.3.

Det er elles knytt uro til spreining av masseøydeleggingsvåpen og ein har i juridisk teori stilt spørsmål ved om kyststaten bør bryte inn for å førebygge potensiell spreining av våpena av omsyn til trugslar mot tredjestatar eller samfunnet forøvrig.⁶⁷ Eit slikt standpunkt er vanskeleg

Lowe (1999), s. 85; Johnson, Lindy S., Coastal State Regulation of International Shipping, Oxford University Press (2004), s. 64-66.

⁶³ Sjø Rothwell, Donald R., Coastal State Sovereignty and Innocent Passage: The Voyage of the Lusitania Expresso, Marine Policy 16 (1992), 427-437.

⁶⁴ Sjø Burke, Karin M./Deborah A. DeLeo, Innocent Passage and Transit Passage in the United Nations Convention on the Law of the Sea, YaleJIntL 9 (1983), s. 389 og 395; Froman, David, Uncharted Waters: Non-innocent Passage of Warships in the Territorial Sea, San DiegoLRev 21 (1983) s. 625 og 659; Wilson, Brian/James Kraska, American Society and Law of the Sea, ODIL 40 (2009), s. 268 og 278.

⁶⁵ Sjø Rolph, John W., Freedom of Navigation and the Black Sea Bumping Incident: How 'Innocent' Must Innocent Passage Be?, Military Law Review 135 (1992), s. 163.

⁶⁶ Sjø note 7, punkt 3 i avtalen.

⁶⁷ Sjø Joyner, Daniel H., The Proliferation Security Initiative: Nonproliferation, Counter-Proliferation and International Law, YaleJIntL 30 (2005), 507, 536; Klein Natalie, Maritime Security and the Law of the Sea (2011), 201.

å argumentere for all tid prinsippet om uskuldig gjennomfart baserer seg på ytre omstende, ikkje interne forhold eller trugslar mot uspesifiserte og framtidige mål.⁶⁸

Ser ein nærare på dei aktuelle reguleringane for krigsskip, kan ein starte med bokstav a om “threat or use of force”. I den samanheng vert spørsmålet kva type trugsel eller maktbruk det er tale om. Her er det viktig å skilje mellom trugslar som kan utløyse HRK art. 25 om retten til sjølvforsvar frå brot på kyststaten sine reguleringar etter art. 21 nemnt over. Dersom trugselen er av ein slik karakter at det trugar kyststaten sin “sovereignty, territorial integrity or political security”, vil det i verste fall kunne utløyse reglar om bruk av makt der internasjonal fred og tryggleik får høgare prioritet enn ordinære navigasjonsreglar etter HRK.⁶⁹ Ein kan t.d. sjå føre seg ein situasjon der Tryggleiksrådet i FN får kyststaten til å opne farvatna for marine fredsbevarande styrkar der dei kan ta føre seg handlingar som i utgangspunktet ikkje er i tråd med uskuldig gjennomfart i lys av FN-pakta, Kapittel VII.⁷⁰

Til bokstav b om “any exercise or practice with weapons of any kind”, er kjernen i det ikkje-uskulde knytt til våpenbruken, ikkje gjennomfarten. Det gjer at t.d. USA sine Freedom of Navigation Operations ikkje naudsynt fell innunder føresegna.⁷¹ Føremålet med bokstav b følgjer den føregåande regelen i bokstav a om trugsel eller maktbruk, og reflekterer kyststaten sine tryggleiksinteresser.⁷² Det same føremålet gjeld bokstav c om ”collecting information”. Innhenting av informasjon skil seg likevel frå dei to førstnemnte ved at informasjonshenting ikkje naudsynt representerer ein like synleg trugsel då det gjerne vert gjort i smug.⁷³

Krigsskip har heller ikkje høve til å drive med “any act of propaganda aimed at affecting the defence or security of the coastal State”, jf. bokstav d. Ordlyden “propaganda” er ikkje definert, noko som er problematisk. Omgrepet kan innebere mange formar for kommunikasjon som anten kan tene interessene frå den som kommuniserer eller påverke syn, verdiar og moralen hjå målgruppa.⁷⁴ Ein kan sjå føre seg at det vil omfatte alt frå kommunikasjon direkte assosiert med militære handlingar, til meir generell kommunikasjon om t.d. fremjing av menneskerettar og andre verdiar.⁷⁵ Kommunikasjonsflaten kan vere

⁶⁸ Sjø Barnes i Proelss (2017), s. 191.

⁶⁹ *Ibid.* s. 193.

⁷⁰ Sjø McLaughlin, Rob, United Nations Mandated Naval Interdiction Operations in the Territorial Sea, ICLQ 51 (2002), 249-278.

⁷¹ Sjø Barnes i Proelss (2017), s. 193.

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Sjø generelt Kearney, Michael G., The Prohibition of Propaganda for War in International Law (2007).

⁷⁵ Sjø Barnes i Proelss (2017), s. 193.

informasjon på fartøya, distribusjon av flygeblad, kringkasting av radio- eller TV-signal og andre media.⁷⁶ Den vide ordlyden viser på den andre sida at ein legg stor vekt på kyststaten sine tryggleiksinteresser.

Bokstav e om “launching, landing or taking on board any aircraft” avgrensar for krigsskip sin bruk av helikopterdekk og eller rullebane for jagarfly, men omfattar også sivil luftfart.⁷⁷ Retten til uskuldig gjennomfart gjeld ikkje luftfartøy, men ein kan tenke seg unntak dersom luftfartøyet skal delta i søk- og redningsoperasjonar.⁷⁸

Det er heller ikkje høve for “launching, landing or taking on board any military device” på krigsskipet, jf. bokstav f. Ordlyden “military device” er ikkje definert i HRK, men ein har i juridisk teori teke til ordet for at ein bør legge til grunn ei tolking basert på føremålet med eininga.⁷⁹ I så tilfelle vil ordlyden inkludere kva som helst krigsmateriell, miner, feller, overvaking og kommunikasjonseiningar, droner, ubemanna miniubåtar og troppar med utstyr som vass-scootrarar eller sjøsetting av båtar.⁸⁰ Eit spørsmål har vore om det er forbode å ta om bord militæreiningar som inkluderer egedelar og eller teknologi som kan nyttast til både sivile og militære føremål, t.d. det som er lista opp i Wassenaar Arrangement List of Dual Use Goods and Technologies and Munitions List.⁸¹ Når det er sagt, vil slike tilfelle truleg falle innunder bokstav g eller l, og potensielt bryte med art. 18 dersom gjennomfarten frå fartøyet til krigsskipet sitt einaste føremål er å fylle opp utstyrlageret.⁸²

Kyststaten har elles høve til å slå ned på aktivitet som ikkje er teke høgde for i dei andre bokstavane dersom det er tale om “other activities not having a direct bearing on passage”, jf. bokstav l. Den vide ordlyden kan tene som eit argument for at unntakslista ikkje er uttømmende. Det er vanskeleg å komme på kva aktivitet det typisk kan vere, men det er klart at bokstaven har ein balanserende funksjon då den gjev kyststaten eit vidt rom til å definere ikkje-uskuldig åtfærd utover det som er lista opp elles.

⁷⁶ Sjø Barnes i Proelss (2017), s. 193.

⁷⁷ *Ibid.* s. 194.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Sjø <http://www.wassenaar.org/>.

⁸² Sjø Barnes i Proelss (2017), s. 194.

3.2 Kyststaten sin lovgjevingsjurisdiksjon

3.2.1 Kyststaten sin kompetanse til å vedta lover og reguleringar

Kyststaten har ulike rettslege verkemiddel dei kan ta i bruk for å avgrense retten til uskuldig gjennomfart. Etter HRK art. 21 nr. 1, er det lista opp ei rekke område kyststaten kan “adopt laws and regulations” i samsvar med “the provisions of this Convention” og “other rules of international law”, “relating to” uskuldig gjennomfart i sjøterritoriet for:

- “(a) the safety of navigation and the regulation of maritime traffic;
- (b) the protection of navigational aids and facilities and other facilities or installations;
- (c) the protection of cables and pipelines;
- (d) the conservation of the living resources of the sea;
- (e) the prevention of infringement of the fisheries laws and regulations of the coastal State;
- (f) the preservation of the environment of the coastal State and the prevention, reduction and control of pollution thereof;
- (g) marine scientific research and hydrographic surveys;
- (h) the prevention of infringement of the customs, fiscal, immigration or sanitary laws and regulations of the coastal State.”

Artikkelen er ein parallell til art. 19, men ikkje ein rein kopi. Hovudskilnaden går ut på at ein i art. 19 nr. 2, bokstav a-f, har regulert fundamentalt fiendtleg aktivitet i tillegg til det som vert nemnt i art. 21.⁸³

Det mest aktuelle området for krigsskip er kyststaten sitt høve til å regulere gjennomfarten av omsyn til navigasjonstryggleik og maritim trafikk, jf. Art. 21 nr. 1, bokstav a.

Føremålet med regelen er at kyststaten skal kunne ta naudsynte skritt for å sikre trygg navigasjon i deira sjøterritorium.⁸⁴ Samstundes skal reguleringa ikkje skade retten til uskuldig gjennomfart, jf. HRK art. 24, gjort greie for i neste punkt. I HRK har ein difor forsøkt å balansere omsynet til kyststaten opp mot omsynet til fri navigasjon gjennom avgrensingar i

⁸³ Sjø Barnes i Proelss (2017), s. 201.

⁸⁴ *Ibid.*

kva kyststaten kan regulere i art. 21 nr. 2, samt påbod om at flaggstaten skal følge reguleringane etter art. 21 nr. 4.⁸⁵

Sjølv om ordlyden gjev kyststaten relativt vid reguleringsmakt, vert art. 21 nr. 1, bokstav a, om navigasjonstryggleik i praksis ofte regulert i samsvar med internasjonale konvensjonar som t.d. konvensjonar om frakt av farleg avfall, førebygging av forureining eller førebygging av kollisjonar.⁸⁶

I juridisk teori er det teke til ordet for at art. 21 nr. 1, bokstav a, opnar for at kyststaten kan regulere krav om førehandsvarsel og eller førehandsgodkjenning før skip nyttar retten til uskuldig gjennomfart i deira sjøterritorium basert på ei utvida tolking av ordlyden “realting to”.⁸⁷ Forhandlingane tyder samstundes på at lista i art. 21 er uttømmende.⁸⁸

3.2.2 Kravet til forholdsmessigheit

Forholdsmessigheit handlar om balansering av omsyn, der ein i folkeretten generelt må balansere omsyna til statane på begge sider.⁸⁹ I regimet om retten til uskuldig gjennomfart handlar det om å balansere flaggstaten sin navigasjonsfridom på den eine sida opp mot kyststaten sitt vern av område nært deira territorium på den andre sida. Retten til fri navigasjon står sterkt, og ein stiller difor visse krav til kyststaten ved innskrenking av retten for å sikre denne balansen. Etter HRK art. 24 nr. 1 pliktar kyststaten såleis å ikkje gjere gjennomfarten urimeleg byrdefull:

“The coastal State shall not hamper the innocent passage of foreign ships through the territorial sea except in accordance with this Convention. In particular, in the application of this Convention or of any laws or regulations adopted in conformity with this Convention, the coastal State shall not:

- (a) impose requirements on foreign ships which have the practical effect of denying or impairing the right of innocent passage; or
- (b) discriminate in form or in fact against the ships of any State or against ships carrying cargoes to, from or on behalf of any State.”

⁸⁵ Sjø Barnes i Proelss (2017), s. 201.

⁸⁶ *Ibid.* s. 203.

⁸⁷ Sjø Johnson, Lindy S. (2004), s. 68-69.

⁸⁸ Sjø punkt 3.3.4.

⁸⁹ Sjø Ruud og Ulfstein (2018), s. 72.

Kravet om at kyststaten gjeld både for regulering og handheving, der sistnemnte vert gjort greie for i punkt 3.3. Kyststaten har rett til å regulere gjennomfarten “in accordance” med HRK slik som i art. 21. I tillegg er det eit krav om at kyststaten ikkje skal diskriminere “against” krigsskip frå ulike statar, jf. art. 24 nr. 1, bokstav b.

Det sentrale i art. 24 nr.1, bokstav a, er at kyststaten ikkje kan vedta reguleringar som “have the practical effect of denying or impairing” retten til uskuldig gjennomfart. McDougal og Burke har i juridisk teori tolka ordlyden til å berre omfatte tilfelle der gjennomfarten vert umogleg eller urimeleg byrdefull.⁹⁰ Smith modererer dette standpunktet og meiner svaret må grunnjevast i ei forholdsmessigheitsvurdering der ein balanserer omsynet til kyststaten opp mot flaggstaten.⁹¹

Dette kan setjast på spissen dersom ein tek utgangspunkt i Kina si regulering av “Military Alert Zone” i deira sjøterritorium. Militærsona har vorte kritisert fordi Kina i praksis nektar krigsskip uskuldig gjennomfart her og legitimerer det i lys av HRK art. 25 nr. 3 om retten til å midlertidig suspendere krigsskip av omsyn til kyststaten sin tryggleik.⁹² Kritikken går ut på at Kina forsøker å gjere restriksjonane permanente, og vil i så tilfelle vere i strid med ordlyden i HRK art. 24 nr. 1, bokstav a. Saka har også ei side til debatten om kyststaten sitt høve til å krevje førehandsvarsel og eller førehandsgodkjenning før eit krigsskip nyttar seg av retten til uskuldig gjennomfart som vert gjort nærare greie for i punkt 3.3.4.

Dersom ein går for McDougal og Burke sitt synspunkt, er det nærliggande å konkludere med brot på HRK art. 24 nr. 1, bokstav a, dersom restriksjonen vert permanent og hindrar krigsskip sin rett til uskuldig gjennomfart. Legg ein til grunn Smith sitt standpunkt om ei forholdsmessigheitsvurdering, kan ein mogleg oppnå ei meir minneleg løysing i den konkrete situasjonen der begge paratar i større grad godtek resultatet. Begge løysingar har gode grunnar for seg og Barnes sitt synspunkt er at føresegna i praksis er eigna til å hindra maktmisbruk.⁹³ Sistnemnte vil vere vanskeleg dersom ein opnar for ei forholdsmessigheitsvurdering som i praksis hindrar gjennomfart, og trekk i retning av at ein heller bør legge seg på McDougal og Burke si line framføre Smith.

⁹⁰ Sjå McDougal, Myres S. og Bruke, William T., *The Public Order of the Oceans* (1962), s. 255.

⁹¹ Sjå Smith, Brian, *Innocent Passage as a Rule of Decision: Navigation v Environmental Protection*, *Colum. J. Transnat'l L.* 21 (1982), s. 49, 91-97.

⁹² Sjå Windsor, Thomas, *Innocent passage of warships in East Asian territorial seas*, *Australian Journal of Maritime and Ocean Affairs* (2011), Vol 3(3), s. 80.

⁹³ Sjå Barnes i Proelss (2017), s. 220.

3.2.3 Avgrensingar i kva kyststaten kan regulere

Kyststaten kan ikkje regulere alt, og art. 21 nr. 2 viser kva type reguleringar kyststaten ikkje kan ta føre seg:

“Such laws and regulations shall not apply to the design, construction, manning or equipment of foreign ships unless they are giving effect to generally accepted international rules or standards.”

Føremålet er igjen å balansere kyststaten og flaggstaten sine interesser. Det er ikkje nærare spesifisert i verken HRK eller førearbeida kva som ligg i denne regelen. For krigsskip ville det vore klart problematisk dersom kyststaten kunne regulert dette då design, konstruksjon, mannskap og utstyr gjerne er strengt hemmeleg for andre statar. Sistnemnte har vore problematisert der kyststaten har krav om at skipet skal ha ein “pilot” dersom skip fraktar masseødeleggingsvåpen.⁹⁴ Artikkelen har såleis ei side til art. 22 om bruk av skipsleier, og vert gjort nærare greie for i punkt 3.2.5. USA har mellom anna protestert på slike reguleringar, særleg knytt til skip med immunitet, og der reguleringane vert utvida til å gjelde internasjonale stred.⁹⁵

3.2.4 Krav til publisering

Dersom kyststaten skal regulere gjennomfarten i sjøterritoriet, stiller HRK krav til publisering, jf. art 21 nr. 3 som tilseier at:

“The coastal State shall give due publicity to all such laws and regulations.”

Havrettskonvensjonen spesifiserer ikkje kva som ligg i ordlyden “due publicity”. Intensjonen er samstundes ivareteke dersom ein legg til grunn ei alminneleg forståing av ordlyden om at relevante lover og reguleringar må vere tilgjengelege på ein eller annan måte. Ordlyden spesifiserer ikkje kor vidt tilgjengeleggjinga skal gjelde alle, men FN sin sjøfartsorganisasjon (IMO) har teke til ordet for at reguleringane må vere tilgjengeleg for dei som skal navigere i sjøterritoriet for å ha reell effekt og organisasjonen assisterer gjerne relevante partar.⁹⁶

3.2.5 Påbod om bruk av skipsleier og trafikkseparasjonssystem

⁹⁴ Sjå Pilotage Act 2003 (940/2003) (Finland), Section 5.

⁹⁵ Sjå Roach, J. Ashley/Robert W. Smith, *Excessive Maritime Claims*, 3. utg. (2012), s. 231, 399.

⁹⁶ Sjå *Implications of UNCLOS for the IMO* (2012), note 36, s. 91-92.

Eit anna verkemiddel kyststaten kan ta i bruk for å regulere gjennomfarten i sjøterritoriet er påbod om bruk av skipsleier og trafikkseparasjonssystem (TSS) etter HRK art. 22:

“1. The coastal State may, where necessary having regard to the safety of navigation, require foreign ships exercising the right of innocent passage through its territorial sea to use such sea lanes and traffic separation schemes as it may designate or prescribe for the regulation of the passage of ships.

2. In particular, tankers, nuclear-powered ships and ships carrying nuclear or other inherently dangerous or noxious substances or materials may be required to confine their passage to such sea lanes.

3. In the designation of sea lanes and the prescription of traffic separation schemes under this article, the coastal State shall take into account:

- (a) the recommendations of the competent international organization;
- (b) any channels customarily used for international navigation;
- (c) the special characteristics of particular ships and channels; and
- (d) the density of traffic.

4. The coastal State shall clearly indicate such sea lanes and traffic separation schemes on charts to which due publicity shall be given.”

Føremålet med regelen er å balansere omsynet til tryggleik opp mot retten til navigasjon.

Reglane gjeld tilsvarande for stred nytta i internasjonal skipsfart, jf. HRK art. 41.

Etter art. 22 har kyststaten autoritet til å regulere gjennomfart av omsyn til “safety of navigation” gjennom bruk av “sea lanes” og “traffic separation schemes” (TSS).

Skipsleier er ferdselsvegar for skip, medan TSS er eit trafikkreguleringssystem nytta av IMO.⁹⁷ I lys av internasjonale konvensjonar om tryggleik til sjøs som t.d. SOLAS⁹⁸ frå 1914 og COLREG⁹⁹ frå 1972 har regimet om bruk av skipsleier og TSS utvikla seg frå å vere frivillig til høve for bruk av tvang.¹⁰⁰ Bakgrunnen for COLREG var m.a. ei rekke kollisjonar på 50- og 60-talet i Dover Strait som førte til at franske, tyske og britiske navigasjonsmyndigheiter laga eit regelverk.¹⁰¹

⁹⁷ Sjå <http://www.imo.org/en/OurWork/Safety/Navigation/Pages/ShipsRouteing.aspx> (sist innom 08.05.2018).

⁹⁸ Originaltittel: International Convention for the Safety of Life at Sea (1914).

⁹⁹ Originaltittel: Convention on the International Regulations for Preventing Collisions at Sea (1972).

¹⁰⁰ Sjå Barnes i Proelss (2017) s. 210.

¹⁰¹ Sjå Barnes i Proelss (2017), s. 210.

Det er opp til kyststaten sjølv om den ønskjer å ta i bruk TSS eller skipsleier for å regulere gjennomfarten, jf. ordlyden “may”. Artikkelen må lesast i samanheng med HRK art. 21 om kva kyststaten kan regulere, samt HRK art. 25 som seier noko om korleis kyststaten kan handheve reglane.¹⁰² Sistnemnte vert gjort greie for i punkt 3.3.2.

For krigsskip er det mest aktuelt med bruk av skipsleier der skipet anten er atomdrive eller fraktar atomvåpen, jf. art. 22 nr. 2. Ordlyden “In particular” og “may be required to” i art. 22 nr. 2 tilseier at bruk av skipsleier og TSS ikkje er obligatorisk basert på ei alminneleg forståing.

Spørsmålet om kyststaten sitt høve til å ta i bruk førehandsvarsel og eller førehandsgodkjenning vert såleis aktuelt her. Ein kan tenke seg at kyststaten sin rett til tryggleik ikkje vert tilfredsstilt dersom krigsskip i uskuldig gjennomfart ikkje varslar at dei er atomdrivne og eller fraktar kjernefysiske substansar. I den samanheng er det verdt å merke seg HRK art. 23 som tilseier at:

“Foreign nuclear-powered ships and ships carrying nuclear or other inherently dangerous or noxious substances shall, when exercising the right of innocent passage through the territorial sea, carry documents and observe special precautionary measures established for such ships by international agreements.”

Artikkel 22 nr. 2 og art. 23 må her lesast i samanheng. Kyststaten har ikkje ein positivt regulert rett i art. 23 til å krevje slikt førehandsvarsel og eller førehandsgodkjenning dersom krigsskip er atomdrivne og eller fraktar kjernefysiske substansar. Det som er regulert, er krav til dokumentasjon og krav til å følgje internasjonal regulering på området. Samstundes har mange land vedteke intern regulering med krav om førehandsvarsel og eller førehandsgodkjenning her, noko som vert gjort nærare greie for i punkt 3.3.4.¹⁰³

Føremålet med art. 23 er såleis ikkje å hindre retten til uskuldig gjennomfart, men å sikre at m.a. atomdrivne skip og kjernefysiske substansar vert handtert på forsvarleg og kontrollert vis i tråd med internasjonalt regelverk.¹⁰⁴ Referansen til det internasjonale regelverket tilseier at kyststaten ikkje kan regulere gjennomfarten utover det som er nemnt i art. 21, 25 og 211 nr.4.¹⁰⁵

¹⁰² *Ibid.* s. 209.

¹⁰³ Sjø Roscini, Marco, *The Navigation Rights of Nuclear Ships*, LJIL 15 (2015) s. 251.

¹⁰⁴ Sjø Barnes i Proelss (2017) s. 214.

¹⁰⁵ Sjø Barnes i Proelss (2017), s. 214.

I arkipelagiske farvatn kan kyststaten regulere bruk av skipsleier etter art. 53 som listar opp 12 underseksjonar. Føremålet med artikkelen er å sikre “continious, expeditious, and unobstructed passage” og er ein del av den doble tilnærminga til transitt gjennom arkipelagiske farvatn med transittgjennomfart på den eine sida og retten til uskuldig gjennomfart på den andre.¹⁰⁶ Artikkel 53 liknar regimet om transittgjennomfart då ein har utvida navigasjonsrettar i skipsleiene samanlikna med dei meir avgrensa rettane til fri navigasjon i regimet om uskuldig gjennomfart.¹⁰⁷ Dette er viktig då gjennomfarten er utvida til også å gjelde for luftfartøy her.¹⁰⁸ Bruken av skipsleier er også grunnngjeve i forsøket på å balansere omsynet til at øystatane skal kunne lukke farvatn nært deira territorium opp mot retten til navigasjon i farvatna.¹⁰⁹

3.2.6 Ubåtar og andre undervassfartøy

Ubåtar og andre undersjøiske fartøy i uskuldig gjennomfart har særreglar etter HRK art. 20 som tilseier at:

“In the territorial sea, submarines and other underwater vehicles are required to navigate on the surface and to show their flag.”

Utgangspunktet er etter ordlyden at desse fartøya skal sigle på overflata og vise deira flagg i uskuldig gjennomfart gjennom sjøterritoriet. Føremålet med særregelen var å unngå mistenkeleggjering eller konklusjonar om ikkje-uskuldig gjennomfart frå ubåtar eller andre undersjøiske fartøy då dei i utgangspunktet er meint å navigere under overflata utan å dukke opp på kyststaten sin radar.¹¹⁰ Regelen tek sikte på å balansere omsynet til navigasjonsretten for flaggstaten opp mot tryggleiksomsyn for kyststaten.¹¹¹

Ordlyden stenger ikkje for at det kan vere både militære- og kommersielle fartøy, men i praksis er militærfartøy mest relevant kva gjeld navigasjon då dei kommersielle fartøya først og framst vert nytta i samband med forskning, undersøkingar, reparasjonar og turisme for å nemne noko.¹¹²

¹⁰⁶ *Ibid.* s. 395.

¹⁰⁷ *Ibid.* s. 392.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.* s. 390.

¹¹⁰ *Ibid.* s. 197.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Sjå Barnes i Proelss (2017), s. 197-198.

Regelen om at ubåtar og andre undervasstøy må navigere på overflata i uskuldig gjennomfart er klar, har vore akseptert så lenge ubåtar har vore nytta i marinen, men vert ikkje alltid respektert i praksis.¹¹³

3.3 Kyststaten sin handhevingsjurisdiksjon

3.3.1 Utgangspunktet og høve til å vise vekk skip

Utgangspunktet for kyststaten sin handhevingsjurisdiksjon over krigsskip er HRK art. 30:

“If any warship does not comply with the laws and regulations of the coastal State concerning passage through the territorial sea and disregards any request for compliance therewith which is made to it, the coastal State may require it to leave the territorial sea immediately.”

Føremålet med regelen er at krigsskip skal følgje kyststaten sine “laws and regulations” etter HRK art. 21, og utpenslar potensielle skritt kyststaten kan ta ved brot på reglane. Her er det viktig å skilje mellom brot på lovene og reglane kyststaten kan vedta etter art. 21 og reglane om ikkje-uskuldig gjennomfart etter HRK art. 19 då brota vert sanksjonert og eller respondert på ulikt.¹¹⁴ Artikkel 30 stiller ikkje, slik som HRK art. 25 om retten til sjølvforsvar, krav til at gjennomfarten må vere ikkje-uskuldig etter art. 19 for at den skal utløysast.

Då krigsskip i fredstid normalt vert nytta til å demonstrere makt og innflytelse ved å vere til stades i sjøterritoriet, er den mest aktuelle reguleringa etter art. 21 nr. 1, bokstav a om kyststaten sitt høve til å regulere maritim tryggleik og trafikk. Bokstav a har ingen ekvivalent i art. 19 nr. 2, og eit brot på desse reglane gjer ikkje naudsynt krigsskipet sin gjennomfart ikkje-uskuldig. Kyststaten kan likevel vise vekk krigsskipet med heimel i art. 30 dersom det ikkje føyer seg etter kyststaten sine lover og reglar etter art. 21 nr. 1, bokstav a.

Føresett at krigsskipet har brote art. 21, vert kyststaten sitt første skritt å ta kontakt med krigsskipet med “request” for “compliance”. Ordlyden legg opp til at ein først skal søke samarbeid ved å opplyse om brotet, for så å gje krigsskipet høve til å korrigere åtferda si før ein eventuelt går til neste skritt.

¹¹³ Sjå Churchill og Lowe (1999), s. 90-91.

¹¹⁴ Sjå Barnes i Proelss (2017), s. 246.

Dersom krigsskipet ikkje korrigerer åtferd etter åtvaringa, kan kyststaten krevje at krigsskipet forlét sjøterritoriet “immediately”. Ut frå ei alminneleg forståing, tilseier ordlyden “immediately” at det må skje så raskt som mogleg. Under den fjerde sesjonen av havrettskonferansen i 1976, vart eit forslag om at kyststaten kunne bestemme ruta krigsskipet skulle ta forkasta til fordel for “immediately” grunngjeve med at krigsskip ikkje kunne dirigerast av andre enn flaggstaten.¹¹⁵

Den neste problemstillinga oppstår der krigsskipet ikkje følgjer kommandoen om å forlate sjøterritoriet. Artikkel 30 er taus om konsekvensane for eit krigsskip som ikkje følgjer ordre, det same er ILC i deira kommentar til CTSCZ art. 25. I juridisk teori er det ulike tilnærmingar til kva kyststaten kan gjere.

Nordquist m.fl. tek til ordet for at kyststaten sitt einaste verkemiddel er å kommandere krigsskipet ut av sjøterritoriet.¹¹⁶ Oxman på si side, noterer seg at dette er det klassiske rettsmiddelet kyststaten kan nytte seg av så lenge ein manglar handhevingsjurisdiksjon over krigsskip og samanliknar det med manglande handhevingsjurisdiksjon over diplomatar.¹¹⁷

Churchill og Lowe meiner på den andre sida at kyststaten “may use any force necessary” for å få krigsskipet til å forlate sjøterritoriet av omsyn til at flaggstaten skal følgje kyststaten sine lover og reglar på område for toll-, navigasjon og forureining.¹¹⁸ Dei peikar på at dette likevel ikkje bør gjelde ved brot på kyststaten sine generelle reguleringar som t.d. straffelover.¹¹⁹

Delupis har eit meir moderert standpunkt enn Churchill og Lowe og tek til ordet for at art. 30 høver seg for dei mildare tilfella av lokale lovbrott, men at maktbruk kan vere aktuelt i dei meir seriøse.¹²⁰

Det er gode grunnar for Oxman sitt standpunkt då kyststaten i utgangspunktet ikkje kan gripe inn i krigsskipet basert på kva som skjer om bord, anten det er straffe- eller sivilrettslege forhold grunna immunitetsbetraktningar gjort nærare greie for i punkt 3.3.5.¹²¹ I tillegg har ein HRK art. 25 nr. 2 der kyststaten kan forsvare seg dersom det er fare for at krigsskipa er på veg

¹¹⁵ Sjø Barnes i Proelss (2017), s. 245-246.

¹¹⁶ Sjø Nordquist, Myron, H./Sataya N. Nandan/Shabati Rosenne (1993), s. 255.

¹¹⁷ Sjø Oxman, Bernard H., *The Regime of Warships under the United Nations Convention on the Law of the Sea*, VJIL 24 (1984), s. 817.

¹¹⁸ Sjø Churchill og Lowe (1999), s. 99.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ Sjø Delupis, Ingrid, *Foreign Warships and Immunity for Espionage*, AJIL 78 (1984), s. 53 og 73.

¹²¹ Sjø Barnes i Proelss (2017), s. 245.

inn i indre farvatn. Dette er trass alt dei mest graverande tilfella, og der HRK legg opp til maktbruk dersom absolutt naudsynt. Grunna fare for eskalering, taus ordlyd og manglande statspraksis, bør kyststaten etter ei samla vurdering unngå maktbruk der krigsskipa nektar å føye seg etter kommando om å forlate sjøterritoriet. Ein bør vurdere alternativet først ved fare for at krigsskipet er på veg inn i indre farvatn.

3.3.2 Rett til sjølvforsvar

Retten til sjølvforsvar vart så vidt introdusert over, og går etter HRK art. 25 ut på at:

“1. The coastal State may take the necessary steps in its territorial sea to prevent passage which is not innocent.

2. In the case of ships proceeding to internal waters or a call at a port facility outside internal waters, the coastal State also has the right to take the necessary steps to prevent any breach of the conditions to which admission of those ships to internal waters or such a call is subject.

3. The coastal State may, without discrimination in form or in fact among foreign ships, suspend temporarily in specified areas of its territorial sea the innocent passage of foreign ships if such suspension is essential for the protection of its security, including weapons exercises. Such suspension shall take effect only after having been duly published.”

Føremålet med regelen er å gje kyststaten høve til å avgrense ikkje-uskuldig gjennomfart av omsyn til vern av sine interesser.¹²² Kyststaten kan etter art. 25 gjere dette på tre måtar og har: (1) generell rett til å ta naudsynte skritt for å hindre krigsskip i ikkje-uskuldig gjennomfart, (2) høve til å ta naudsynte skritt for å hindre brot på vilkår som gjeld krigsskip sin tilgang til hamner og indre farvatn, og (3) høve til å midlertidig avgrense retten til uskuldig gjennomfart i spesifikke område av omsyn til eigen sikkerheit som t.d. gjennomføring av våpenøvingar. Sistnemnte vert gjort greie for i neste punkt.

Artikkel 25 må lesast i lys av HRK art. 18 og 19 som definerer ikkje-uskuldig gjennomfart. Føreset at gjennomfarten er ikkje-uskuldig etter art. 18 og 19, vert det neste spørsmålet kva “necessary steps” kyststaten kan ta for å “prevent passage”.

Ordlyden “necessary steps” er ikkje definert i HRK. Ein kan likevel tolke “necessary steps” som at det ligg føre ein høg terskel og at det er ei grense for kor langt kyststaten kan gå i maktbruken basert på ei alminneleg forståing av ordlyden. Ved potensiell maktbruk, pliktar kyststaten å følgje folkerettslege prinsipp som å sikre at det ikkje er fare for tap av

¹²² *Ibid.* s. 223.

menneskeliv, og at maktbruken ikkje overgår det som er rimeleg og naudsynt.¹²³ Immunitet vil tene som ei avgrensing for kvar grensa for maktbruk går der krigsskip bryt retten til uskuldig gjennomfart, jf. HRK art. 32, gjort greie for i punkt 3.3.5.

Caroline-saka frå 1837 var sentral i fastlegginga av den sedvanerettslege sjølvforsvarsretten.¹²⁴ Saka handla om eit amerikansk fartøy som vart nytta av ei opprørsgruppe i Canada til å frakte soldatar og våpen mellom dei to landa.¹²⁵ Britiske styrkar borda fartøyet, sette fyr på det for så å sende det utfor Niagara-fossen for å stanse trafikken, og to amerikanske statsborgarar vart drepne.¹²⁶ Eit medlem av den britiske ekspedisjonen vart arrestert og tiltalt for drap og mordbrann i USA, men vart frifunnen grunna manglande bevis.¹²⁷ I etterkant vart det utveksla diplomatisk kontakt mellom dei to landa der dåverande amerikansk utanriksminister Daniel Webster sende ein note 24. april 1841 og presiserte grensene for retten til sjølvforsvar som ”the necessity of that, self-defence is instant, overwhelming, and leaving no choice of means, and no moment of deliberation” der han også peika på at bevisbyrden ligg på den som utøver retten til sjølvforsvar.¹²⁸

Ein må elles skilje mellom “necessary steps” etter den generelle retten til sjølvforsvar i art. 25 nr. 1 og den spesielle retten i nr. 2 som tek føre seg tilfelle der skip er på veg inn i “internal waters” eller “call at a port facility outside internal waters”. Sistnemnte er ein trugsel av ein annan karakter enn der eit krigsskip t.d. nektar å forlate sjøterritoriet då konsekvensen av at eit krigsskip går inn i indre farvatn utan lov vil det vere det same som om ein framand stat sin hær kryssar ein stat si landegrense utan lov. I så tilfelle vil det vere aktuelt å trekke inn FN-pakta art. 2 med utgangspunkt i maktforbodet, men det vert ikkje gjort nærare greie for då fokuset i oppgåva er på kva kyststaten kan gjere i sjøterritoriet.

Dersom ein går tilbake til den generelle retten kyststaten har til å hindre krigsskip i ikkje-uskuldig gjennomfart tilgang til sjøterritoriet etter art. 25 nr. 1, kan ein ta føre seg ein situasjon med brot på HRK art. 19, bokstav b. Ein kan sjå føre seg at eit krigsskip har militærøving i sjøterritoriet, men utan fare for å bevege seg inn i indre farvatn og fare for skade på kyststaten eller andre som ferdast i sjøterritoriet. Trugselen er ikkje av same karakter

¹²³ Sjø Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea, ITLOS (1999), avsnitt 155-156.

¹²⁴ Sjø Ruud og Ulfstein (2018), s. 203 og Robert Y. Jennings, The Caroline and McLeod Case, AJIL 32 (1938), s. 82-100.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ *Ibid.*

som eit krigsskip på veg inn i indre farvatn utan lov, men vil likevel vere eit brot på havretten der kyststaten legitimt bør kunne gripe inn i lys av art. 25 nr. 1. Her kan “necessary steps” innebere at kyststaten tek kontakt med flaggstaten for å verifisere føremålet med gjennomfarten, der ein kan spørje etter informasjon, rute og føremål med militærøvinga.¹²⁹ Dette vil vere lempelegare middel kyststaten kan nytte seg av for å unngå eskalering.

3.3.3 Høve til suspensjon

Utover retten til sjølvforsvar, har kyststaten høve til å suspendere krigsskip sin gjennomfart i spesifikke område av sjøterritoriet av omsyn til kyststaten sin tryggleik t.d. for å drive med egne våpenøvingar, jf. HRK art. 25 nr. 3. For at kyststaten skal kunne suspendere gjennomfarten, må den vere: (1) “essential” av omsyn til kyststaten sitt høve til å “protect its security”, (2) utan diskriminering “among foreign ships”, (3) “temporary” og (4) “duly published”.

Ordlyden “essential” indikerer at det må vere ein samanheng mellom kyststaten sitt behov for å hindre gjennomfarten og kva dei skal gjere i det aktuelle området av omsyn til å verne egne interesser.

Innhaldet i “protect its security” er ikkje klart, men skil seg frå ordlyden i HRK art. 19 nr. 1 om “peace, good order and security”, og kan trekke i retning av færre grunnar for legitimering ved midlertidig suspensjon.¹³⁰ Då suspensjon er eit sterkt verkemiddel for kyststaten, kan færre legitime grunnar for suspensjon fungere balanserende av omsyn til flaggstaten sin navigasjonsrett. Det er likevel mykje som kan gå innunder “security” og bruken av våpenøvingar som døme trekk i retning av at ordlyden ikkje er uttømmmande. I juridisk teori har Churchill og Lowe peika på soner rundt marinebasar som døme på andre område der kyststaten typisk ønskjer å suspendere retten til uskuldig gjennomfart.¹³¹

Vilkåret om å unngå diskriminering “among foreign ships” tilseier etter ordlyden at ein i prinsippet ikkje kan suspendere krigsskip frå eitt land utan å suspendere alle utanlandske skip.

¹²⁹ Sjø Barnes i Proelss (2017), s. 224.

¹³⁰ *Ibid.* s. 226.

¹³¹ Sjø Churchill og Lowe (1999), s. 87.

Suspensjonen kan berre vere “temporary”. Havrettskonvensjonen gjev inga presisering av ordlyden midlertidig, men ein kan argumentere for at det i praksis bør samsvare med tryggleikstrugselen basert på ei alminneleg forståing.¹³²

I tillegg må suspensjonen vere “duly published”. Vilkåret kan her tolkast i lys av HRK art. 24 nr. 2, om at:

“The coastal State shall give appropriate publicity to any danger to navigation, of which it has knowledge, within its territorial sea.”

Etter art. 24 pliktar kyststaten å melde frå om aktivitet som kan vere farleg for navigasjon, og nokre statar går så langt som å varsle FN sin Generalsekretær.¹³³ Døme på slik aktivitet kan vere sjøminer som Albania hadde i Corfu-kanalen.¹³⁴

I arkipelagiske farvatn har kyststaten høve til å suspendere uskuldig gjennomfart på lik line som i sjøterritoriet av omsyn til “protection of its security”, jf. HRK art. 52 nr. 2. Likt art. 24, manglar art. 52 referansen til “including weapons exercisis” frå art. 25 nr. 3. Det betyr samstundes ikkje at art. 52 avgrensar mot suspensjon grunna våpenøvingar då dei kan inkluderas i ordlyden “protection of its security”.¹³⁵ Dette er gjeldande rett, trass i at forslaget om å inkludere våpenøvingar i ordlyden vart avslått i den ellefte sesjonen under handsaminga av HRK.¹³⁶ Til kravet om offentleggjering av suspensjonar, er det i juridisk teke til ordet for at kyststaten ikkje må klargjere grunnlaget for suspensjonen.¹³⁷ Havrettskonvensjonen er samstundes taus, noko som gjer det vanskeleg å argumentere verken for eller mot i lys av ordlyden.

Ein viktig presisering i art. 52 og 25 er bruken av “among” framføre “against” knytt til diskriminering av utanlandske krigsskip. Ordlyden “among” tilseier at ein ikkje kan

¹³² Sjå Barnes i Proelss (2017) s. 226.

¹³³ Sjå FN, varsel om suspensjon:

http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/innocent_passages_suspension.htm (sist innom 08.05.2019).

¹³⁴ Sjå United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania, ICJ (1949), s. 4.

¹³⁵ Sjå Nordquist, Myron, H./Sataya N. Nandan/Shabati Rosenne (1993), s. 461.

¹³⁶ Sjå Second Committee UNCLOS III, Informal Suggestion by Papua New Guinea, UN Doc. C.2/Informal Meeting/73 (1982, mimeo.), reproduced in: Renate Platzöder (ed.), Third United Nations Conference on the Law of the Sea: Documents, vol. V (1984), s. 77.

¹³⁷ Sjå Hamzah, Bin Ahmad, Indonesia’s Archipelagic Regime: Implications for Malaysia, Marine Policy 8 (1984), s. 30 og 33.

diskriminere blant dei ulike utanlandske krigsskipa, men at ein ikkje treng handsame egne krigsskip på same vis.¹³⁸

Kyststaten har på den andre sida ikkje høve til å suspendere retten til uskuldig gjennomfart i stred nytta for internasjonal skipsfart, jf. HRK art. 45 nr. 2 som tilseier at:

“There shall be no suspension of innocent passage through such straits.”

Føremålet med unntaket er at kyststaten ikkje skal hindre uskuldig gjennomfart, verken midlertidig eller permanent. Bakgrunnen for forbodet er å unngå at ein stengjer for navigasjon i desse farvatna som i saka mellom Danmark og Finland nemnt innleiingsvis.

3.3.4 Debatten om krav til førehandsvarsel og eller førehandsgodkjenning

Kravet om førehandsvarsel inneber at krigsskipet må varsle kyststaten før dei går inn i deira sjøterritorium, medan kravet om førehandsgodkjenning inneber at kyststaten må godkjenne krigsskipet sin førespurnad før det kan nytte retten til uskuldig gjennomfart. I debatten om kva kyststaten kan krevje er det viktig å skilje mellom dei to mekanismane då førehandsgodkjenning er meir inngripande enn førehandsvarsling.¹³⁹

Spørsmåla vart reist i forkant av vedtakinga av ei rekke artklar i HRK, både knytt til kyststaten sin lovgjevingsjurisdiksjon i art. 21, 22 nr. 2, 23 og 24 nr. 1, men også knytt til handheving av art. 25 nr. 1.

Dette var samstundes ikkje første gongen ein diskuterte spørsmålet. Debatten dukka opp på 30-talet under Haagkonferansen og i forkant av CTSCZ i 1958.¹⁴⁰ FN sin folkerettskommisjon hadde ei rekke sesjonar før vedtakinga av CTSCZ der dei forhandla og modererte ulike standpunkt fram til den endelege vedtakinga som enda utan positive reguleringar av verken høve til krav om førehandsvarsel eller førehandsgodkjenning.

Før vedtakinga av HRK i 1982, kom spørsmålet opp igjen og det vart problematisert om eit krav om førehandsvarsel og eller førehandsgodkjenning var foreinleg med prinsippet om

¹³⁸ Sjå Barnes/Carmino Massarella i Proelss (2017), s. 393.

¹³⁹ Sjå Franklin, C.M., *The Law of the Sea: Some recent developments*, U.S. Naval War College, *International Law Studies* 53 (1959-1960), 1961 s. 136.

¹⁴⁰ Sjå Reilingh, Vries, *Warships in territorial waters, their right of innocent passage*, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 2, Desember (1971), s. 48 flg.

retten til uskuldig gjennomfart.¹⁴¹ Føremålet med HRK var som etter CTSCZ å balansere kyststaten sine interesser opp mot flaggstaten sitt høve til fri navigasjon. Dersom kyststaten skulle få eit sterkare vern enn det internasjonale samfunnet sitt høve til fri navigasjon, var hovudargumentet at eit slikt krav ville vere motstridande med kjernen i prinsippet om retten til uskuldig gjennomfart.¹⁴² Likt CTSCZ, vart verken høve til førehandsvarsel eller førehandsgodkjenning positivt regulert denne gongen heller. Spørsmålet vert så kva som er gjeldande rett i dag.

Ser ein på statspraksis fram til 1958, hadde 16 land, m.a. Nederland og Noreg, restriksjonar for krigsskip i uskuldig gjennomfart knytt til t.d. kor lenge krigsskip kunne vere i sjøterritoriet, kor mange statar som kunne ha krigsskip der på same tid og krav til førehandsvarsel.¹⁴³ To land, Bulgaria og Romania, hadde interne reglar som innebar at dei kunne nekte krigsskip retten til uskuldig gjennomfart utan førehandsgodkjenning.¹⁴⁴ Heile 13 land, m.a. Kina og Filippinane, hadde reguleringar relatert til nærvær og navigering for utanlandske skip i deira sjøterritorium og indre farvatn, men utan å spesifisere kor vidt krigsskip hadde rett til uskuldig gjennomfart eller ei.¹⁴⁵ Dåverande Sovjetunionen hadde ingen slike restriksjonar i sjøterritoriet, men nekta krigsskip hamnetilgang utan førehandsgodkjenning.¹⁴⁶ Elles hadde 20 andre land, m.a. Storbritannia og Australia, ingen lover og reguleringar med innhald om utanlandske krigsskip i deira sjøterritorium, men ein reknar ikkje med at dei ytte motstand mot krigsskip sin rett til uskuldig gjennomfart.¹⁴⁷ Av dei landa som ikkje melde frå om lover og reguleringar på området, var 13 av landa utan kystline, medan ein ikkje veit kva praksis dei 22 resterande landa førte.¹⁴⁸ Ein kan på bakgrunn av det konkludere med at ein betydeleg del statar anerkjende retten til uskuldig gjennomfart for krigsskip, med eller utan restriksjonar, og det var berre eit mindretal av statane som nekta krigsskip retten til uskuldig gjennomfart direkte eller indirekte før 1958.

¹⁴¹ Sjø Windsor, Thomas, Innocent passage of warships in East Asian territorial seas, *Australian Journal of Maritime and Ocean Affairs* (2011), Vol. 3 (3), s. 73 flg.

¹⁴² Sjø Knight Gary og Hungdah Chiu, *The International Law of the Sea: cases, documents and readings*, Elsevier Applied Science, London (1991), s. 268 og Hitt, John C., *Oceans Law and Superpower Relations: The Bumping of the Yorktown and the Caron in the Black Sea*, 29 *Va. J. Int'l L.* (1989), s. 713, 714, 721.

¹⁴³ Sjø Reilingh (1971), s. 48 note 75. Sjø også *Laws and Regulations on the Regime of the Territorial Sea*, U.N. Legislative Series, ST/LEG/SER.B/6 (1957).

¹⁴⁴ *Ibid.* note 76.

¹⁴⁵ *Ibid.* note 75.

¹⁴⁶ *Ibid.* note 77.

¹⁴⁷ *Ibid.* note 80.

¹⁴⁸ *Ibid.* note 82.

I dag kan ein dele statspraksis inn i fire ulike tilnærmingar til spørsmålet: (1) ingen restriksjonar på krigsskip sin rett til uskuldig gjennomfart, (2) krav til førehandsvarsel frå krigsskip før dei går inn i sjøterritoriet, (3) krav til førehandsgodkjenning frå kyststaten før krigsskip går inn i sjøterritoriet og (4) forbod mot krigsskip sin rett til uskuldig gjennomfart i sjøterritoriet.¹⁴⁹

Førstnemnte standpunkt baserer seg på fråvær av positiv regulering i havretten, medan dei tre resterande baserer seg på at det er eit internrettsleg spørsmål.¹⁵⁰ Det er berre Nord-Korea som står for det fjerde standpunktet grunna deira krav frå 1977 om ei eksklusiv sone på 50nm med forbod mot gjennomfart for krigsskip.¹⁵¹ Det andre standpunktet er delt av m.a. Indonesia og Sør-Korea, medan Kina tek til ordet for det tredje standpunktet med krav til førehandsgodkjenning i intern rett.¹⁵²

Statar som tek til ordet for det første standpunktet er typisk USA, Australia, og Storbritannia. Dei hevdar spørsmålet ikkje er regulert i HRK og at kyststaten såleis ikkje kan krevje verken førehandsvarsel og eller førehandsgodkjenning av omsyn til ordlyden i art. 21 nr. 1, bokstav a-h, 22, 23, og 24 nr. 1. Grunngevinga deira er at verken krav til førehandsvarsel og eller førehandsgodkjenning er positivt regulert i den uttømmande lista over kva kyststaten kan regulere etter HRK art. 21, nr. 1, bokstav a-h. Ordlyden trekk såleis i retning av at kyststaten ikkje kan regulere det og at det same må gjelde for art. 22 og 23. Dersom kravet til førehandsvarsel og eller førehandsgodkjenning i praksis vil “denying or impairing” retten til uskuldig gjennomfart, vil det etter deira syn også vere i strid med kyststaten sine plikter etter HRK art. 24, nr. 1, bokstav a.

Til sistnemnte må ein skilje mellom kravet til førehandsvarsel og eller førehandsgodkjenning. Dersom ein opererer med eit krav til førehandsvarsel, vil ikkje det naudsynt “denying” retten til uskuldig gjennomfart etter ordlyden i art. 24 nr. 1, bokstav a. Eit krav om førehandsgodkjenning vil på den andre sida kunne gjere nettopp det. I så tilfelle vil det vere problematisk av omsyn til heilskapen i regelverket, både etter ordlyden og føremålet då art. 24 nr. 1, bokstav a, skal balansere kyststaten sine interesser opp mot retten til fri navigasjon.¹⁵³

¹⁴⁹ Sjø Windsor (2011), s. 76.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ *Ibid.* s. 77.

¹⁵² *Ibid.* s. 76. og Law on the Territorial Sea, Contiguous Zone of 25 February 1992 (Kina), art. 6.

¹⁵³ Sjø Kaye, Stuart, The Innocent Passage of Warships in Foreign Territorial Seas: A Threatened Freedom, 15 SanDiegoLRev (1978), s. 60.

Statspraksis er som vist delt, og ein har i juridisk teori teke til ordet for at ein i framtida bør søke eit kompromiss om at statar nyttar uformelle kanalar som t.d. kystvakta i staden for å gå gjennom formelle diplomatiske kanalar før flaggstaten går inn med krigsskip i kyststaten sitt sjøterritorium.¹⁵⁴ Gerard Mangone og William Burke støttar eit slikt syn og hevdar “uformelle” varsel ikkje vil innskrenke retten til uskuldig gjennomfart.¹⁵⁵ Bakgrunnen for ei slik tilnærming er ønskje om å oppnå stabilitet og kompromiss i debatten, men det er usikkert om dette kan takast til inntekt som argument for den eine eller andre sida av debatten då det er steile frontar.¹⁵⁶

Når det er sagt har HRK mekanismar som forsøker å balansere kyststaten sine interesser opp mot flaggstaten sin rett til navigasjon gjennom høve for suspensjon som gjort greie for tidlegare. Her bør nemnast at Kina hevdar dei kan tolke inn eit krav om førehandsgodkjenning i vilkåret “essential for the protection of its security”, jf. art. HRK 25 nr. 3.¹⁵⁷ Dei har som døme legitimert deira “Military Alert Zone” i sjøterritoriet på bakgrunn av dette.¹⁵⁸ Kina har samstundes vore kritisert for at nekting av uskuldig gjennomfart her er forsøkt innført permanent.¹⁵⁹ Ei slik tolking av art. 25 nr. 3 kan vere problematisk i lys av forholdet til art. 24 nr. 1 som nemnt over og det er såleis vanskeleg å argumentere for ei utvida tolking her. Forhandlingane i forkant av HRK er også eit argument mot ei utvidande tolking då fleirtalet ikkje ønskja ei positiv regulering.

Ei strengare regulering av krigsskip kan ha noko føre seg, men ein må skilje mellom kva trugsel eit krigsskip i realiteten utgjør i fredstid og kva mekanismar ein har dersom det skulle oppstå ein reell trugsel. Eit område ein kan vurdere førehandsvarsel og eller førehandsgodkjenning er over krigsskip som fraktar masseødeleggingsvåpen, jf. HRK art. 23. Det kan samstundes verta problematisk av omsyn til krigsskip då lasta kan vere hemmeleg.

¹⁵⁴ Sjå Lowe, Vaughan, National Security and the Law of the Sea, Thesaurus Acroasium XVII (1991), s. 129, 189.

¹⁵⁵ Sjå Mangone, Gerard og William Burke, “The Law of the Sea: Customary Norms and Conventional Rules”, frå American Society of International Law Proceedings, Vol 81 (1987), s. 80.

¹⁵⁶ Sjå Windsor (2011), s. 80.

¹⁵⁷ Sjå punkt 3.3.4.

¹⁵⁸ Sjå Windsor (2011), s. 80.

¹⁵⁹ *Ibid.*

Enn så lenge er det difor nærliggande å konkludere med at kyststaten ikkje kan krevje førehandsvarsel og eller førehandsgodkjenning på bakgrunn av at det ikkje er positivt regulert i HRK og splitta statspraksis.

3.3.5 Immunitet som avgrensing for tvangs- og domsjurisdiksjon

Krigsskip har som nemnt immunitet i sjøterritoriet etter HRK art. 32 som tilseier at:

“With such exceptions as are contained in subsection A and in articles 30 and 31, nothing in this Convention affects the immunities of warships and other government ships operated for non-commercial purposes.”

Rekkevidda til art. 32 har vore problematisert basert på ordlyden “in this Convention”. Det er uklårt om artikkelen gjev uttrykk for ein spesiell regel for krigsskip sin immunitet i sjøterritoriet eller refererer til ein allereie eksisterande regel i generell internasjonal rett. Artikkelen skil seg her frå art. 95 som eksplisitt tilseier at krigsskip har absolutt immunitet på ope hav:

“Warships on the high seas have complete immunity from the jurisdiction of any State other than the flag State.”

Spørsmålet om innhaldet i art. 32 vart reist i ARA Libertad-saka utan at ITLOS la eksplisitt til grunn innhaldet i regelen, men refererte til at det eksisterer ein generell regel i internasjonal rett om krigsskip sin immunitet.¹⁶⁰ Fleirtalet kom på bakgrunn av det fram til at art. 32 har ei utvida rekkevidde til også å gjelde for krigsskip i alle farvatn då krigsskipet er “an expression of the sovereignty of the state whose flag it flies”.¹⁶¹

Rettspraksis ser såleis ut til å trekke i retning av at det i art. 32 vert vist til ein generell regel om krigsskip sin immunitet i internasjonal rett, men med unntak for HRK art. 30 og 31. Når det er sagt, kan ikkje art. 32 takast til inntekt for å gjelde EØS og ope hav då det vil undergrave funksjonen til HRK art. 95. I praksis betyr det at kyststaten berre har lovgjevings- og handhevingsjurisdiksjon over krigsskip i sjøterritoriet basert på det som er positivt regulert i underavsnitt A og i art. 30 og 31.

¹⁶⁰ Sjø Argentina v. Ghana, ITLOS (2012), avsnitt 94.

¹⁶¹ Sjø Scovazzi, Tullio, ITLOS and Jurisdiction over Ships, chapter 15 i Ringbom, Henrik (2015), s. 402.

Konsekvensen av immuniteten inneber at kyststaten har avgrensa handhevingsmekanismar der ein i utgangspunktet berre har høve til å vise vekk skip etter HRK art. 30 ved brot på retten til uskuldig gjennomfart.¹⁶² Kyststaten er avgrensa frå tvangsjurisdiksjon som t.d. oppbringning, bording og høve til å ta arrest i krigsskip.

På den andre sida har kyststaten rett til å handle i tråd med HRK art. 25 og retten til sjølvforsvar, men berre ved alvorlege brot på retten til uskuldig gjennomfart der trugselen er av ein slik karakter at lempelegare middel ikkje fører fram. Bakgrunnen for at kyststaten har manglande tvangs- og domsjurisdiksjon over krigsskip er nettopp faren for å skape farlege situasjonar. Dersom kyststaten nyttar tvangsjurisdiksjon mot eit utanlandsk krigsskip, vil det innebere det same som eit forsøk på trugsel eller bruk av makt mot ein utanlandsk stat då krigsskipet gjev uttrykk for flaggstaten sin suverenitet.¹⁶³

Manglande domsjurisdiksjon inneber på si side at reglane om tvisteløysing etter HRK i del XV ikkje gjer seg gjeldande for krigsskip, krigsubåtar og andre undervassfartøy nytta til militære føremål. Den internasjonale havrettsdomstolen har samstundes høve til å komme med “provisional measures” i påvente av meir omfattande rettssaker frå t.d. den internasjonale straffedomstolen (ICC) dersom det har skjedd ei straffbar handling. Dette er likevel mest aktuelt dersom krigsskipet er på veg inn i indre farvatn der situasjonen har eskalert, som t.d. i ARA Libertad-saka.

3.3.6 Ubåtar og andre undervassfartøy

Dersom flaggstaten sin ubåt eller anna undervassfartøy ikkje navigerer på overflata slik dei er oppfordra til etter HRK art. 20, vert spørsmålet korleis kyststaten i så tilfelle kan handheve det. Her kan bruken av ordlyden “required to” framføre den vanlege terminologien ved påbod “shall” problematiserast.

I juridisk teori har ein teke til ordet for at ordlyden “required to” tilseier at kyststaten sjølv kan regulere kor vidt det er eit påbod eller ikkje for ubåtar og andre undervassfartøy å navigere på overflata og eventuelle rettsverknadar av potensielle brot.¹⁶⁴ Det samsvarar godt

¹⁶² Sjø punkt 3.3.1.

¹⁶³ Sjø Oxman (1984), s. 815.

¹⁶⁴ Sjø Nordquist, Myron, H./Sataya N. Nandan/Shabati Rosenne (1993), s. 183.

med kyststaten sitt privilegium til å fastsetje kva fartøy som ikkje er del av utrygg eller skadeleg oppførsel i deira sjøterritorium.¹⁶⁵

Havrettskonvensjonen er samstundes taus kva gjeld konsekvensar ved brot på art. 20. I den samanheng kan ein vurdere konsekvensane ut frå to synspunkt. Det eine synet går ut på at ein ved å ikkje følgje art. 20 også bryt art. 17 slik at gjennomfarten vert rekna å vere ikkje-uskuldig.¹⁶⁶ På den andre sida kan ein seie at det vil avhenge av omstenda kor vidt eit brot på art. 20 vil gjere gjennomfarten ikkje-uskuldig etter art. 17. Eitt argument for det andre synspunktet er at særregelen for ubåtar og andre undervassfartøy ikkje er inkludert i art. 19 som regulerer oppførsel som vert rekna å vere ikkje-uskuldig, altså koherensbetragtningar.¹⁶⁷

Verken forhandlingane i forkant av HRK, *travaux préparatoires*, eller statspraksis gjev svar på korleis ein skal løyse spørsmålet.¹⁶⁸ Gjeldande rett er såleis uklår kva gjeld konsekvensane av at ein ubåt ikkje siglar på overflata ved uskuldig gjennomfart i sjøterritoret.

Når det er sagt, har kyststaten høve til å vise vekk militærubåtar og andre undervassfartøy nytt til militær bruk etter HRK art. 30.¹⁶⁹ Det er vanskeleg å finne haldepunkt for sterkare maktbruk då desse farkostane har immunitet etter HRK art. 32.¹⁷⁰ Eit unntak vil vere dersom ubåten eller andre undervassfartøy er på veg inn i indre farvatn, men då har situasjonen eskalert slik at det kan vera aktuelt med retten til sjølvforsvar etter HRK art. 25.

Ein kan også problematisere korleis kyststaten skal handheve ubemanna ubåtar og andre undervassfartøy i ei tid der teknologisk utvikling har kome så langt at ein i større grad har farkostar utan mannskap. Havrettskonvensjonen svarar ikkje på kor vidt ein slik farkost kan reknast å vere krigsskip, ei heller kva som skjer med immunitetsbetragtningar og liknande i eit slikt tilfelle.

¹⁶⁵ Sjø Barnes i Proelss (2017), s. 198.

¹⁶⁶ Sjø Spania sitt syn i Second Committee UNCLOS III, 14th Meeting, UN Doc. A/CONF.62/C.2/SR.14 (1974), OR II, 135, 137 (avsnitt 24); Ngantcha, Francis, *The Right of Innocent Passage and the Evolution of the International Law of the Sea: The Current Regime of "Free" Navigation in Coastal Waters of Third States*, (1990), s. 154.

¹⁶⁷ Sjø Barnes i Proelss (2017), note 13 s. 199.

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ Sjø punkt 3.3.1.

¹⁷⁰ Sjø punkt 3.3.5.

3.4 Rettsverknadar for flaggstaten ved brot på retten til uskuldig gjennomfart

3.4.1 Skadebotansvar for krigsskip

Skadebotansvaret for krigsskip er regulert i HRK art. 31 og tilseier at:

“The flag State shall bear international responsibility for any loss or damage to the coastal State resulting from the non-compliance by a warship or other government ship operated for non-commercial purposes with the laws and regulations of the coastal State concerning passage through the territorial sea or with the provisions of this Convention or other rules of international law.”

Etter ordlyden skal flaggstaten i utgangspunktet bære “international responsibility” for “any loss or damage” påført kyststaten. Immunitet vernar såleis ikkje krigsskipet mot skadebotansvar. Føresegna er såleis eigna til å balansere omsynet til kyststaten i lys av avgrensa handhevingsjurisdiksjon over krigsskip.

Spørsmålet vert så kva som ligg i skadeomgrepet. Ordlyden “any loss or damage” er vid og trekk i retning av at den omfattar alle typar tap eller skade. Ei nærare presisering om å inkludere miljø, fasilitetar og eigedom kyststaten har i sjøterritoriet vart føreslått av Fiji til Sea-Bed Committee i 1973, men vart ikkje teke med i den reviderte teksten då fleirtalet meinte forslaget vart dekkja av ordlyden “any”.¹⁷¹

Kva som er meint med “international responsibility” er heller ikkje presisert i HRK, men ILC har uttala at ein her siktar til flaggstaten sitt generelle skadebotansvar.¹⁷²

Det er elles krav til årsakssamanheng då skaden må “resulting from the non-compliance by a warship (...) with the laws and regulations of the coastal State or the provisions of this Convention or other rules of international law”.

Ordlyden “with the laws and regulations of the coastal State” tilseier at årsakskravet må sjåast i samanheng med kva kyststaten kan regulere etter HRK art. 21.¹⁷³ Ein må også ta høgde for

¹⁷¹ Sjå Barnes i Proelss (2017), s. 248-249.

¹⁷² Sjå ILC, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, GA Res. 56/83 December 12 (2012), Annex.

¹⁷³ Sjå punkt 2.2.

kyststaten si varslingsplikt der det er aktivitet eller forhold som potensielt kan føre til skade ved navigasjon, jf. HRK art. 24.

Corfu kanal-saka kan vere illustrerande for krigsskip sitt folkerettslege skadebotansvar.¹⁷⁴ I saka vart ikkje Storbritannia idømt skadebotrettsleg ansvar trass i at dei braut Albania sin suverenitet ved minerydding utan å klarere det med den albanske regjeringa først.

Grunngjevinga var følgjande:

”In fact, nothing was attempted by the Albanian authorities to prevent the disaster. These grave omissions involve the international responsibility of Albania. The Court therefore reaches the conclusion that Albania is responsible under international law for the explosions which occurred on October 22nd, 1946, in Albanian waters, and for the damage and loss of human life which resulted from them, and that there is a duty upon Albania to pay compensation to the United Kingdom.”¹⁷⁵

Artikkel 31 skal tolkast i lys av HRK art. 304 i del XVI om alminnelege føresegner som tilseier at:

“The provisions of this Convention regarding responsibility and liability for damage are without prejudice to the application of existing rules and the development of further rules regarding responsibility and liability under international law.”

Ved tolking av “rules of international law” er ILC sine retningsliner relevante, men dei vert ikkje gjort nærare greie for her.¹⁷⁶

Ein problemstilling som kan oppstå er kor langt flaggstaten sitt skadebotansvar rekk ved deltaking i internasjonale operasjonar der eit krigsskip er under kontroll av ein annan stat eller ein forsvarsallianse som t.d. the North Atlantic Treaty Organization (NATO). I slike tilfelle er kvar stat i prinsippet ansvarlege for handlingane krigsskipet gjer i dei områda staten har effektiv kontroll over operasjonen.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Sjå United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania, ICJ (1949), s. 4.

¹⁷⁵ *Ibid.* andre og tredje avsnitt s. 23.

¹⁷⁶ Sjå ILC, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, GA Res. 56/83 December 12 (2012), Annex.

¹⁷⁷ Sjå Behrami and Behrami v. France og Saramati v. France, Germany and Norway, ECtHR (2007), avsnitt 132-141.

4 Avslutning

4.1 Konklusjon og rettspolitiske betraktningar

Havrettskonvensjonen har forsøkt å balansere omsynet til kyststaten sin kontroll over sjøterritoriet opp mot flaggstaten sin rett til uskuldig gjennomfart. Samla sett må det seiast at konvensjonen gjev uttrykk for ein rimeleg balanse.

I positiv forstand kan me merke oss at regelverket har vore framtidsretta ved at ein t.d. ikkje har stengt for at reglane skulle gjelde kommersielle ubåtar trass i at militære ubåtar var det mest relevante då konvensjonen vart vedteke på 80-talet.

Ein kan på den andre sida rette kritikk til traktatkonsipistane for at ein ikkje har regulert konsekvensar for kva kyststaten kan gjere dersom ein ubåt eller andre undervassfartøy ikkje siglar på overflata etter art. 20. Klargjering av regelverket vil vere viktig då ubåtregimet utgjer ein viktig del av den moderne marinen til mange land.

Ei anna problematisk side med regelverket er at ein ser ut til å ha “hoppa bukk” over viktige presiseringar, særleg i spørsmålet om kyststaten skal ha høve til å krevje førehandsvarsel eller førehandsgodkjenning frå krigsskip i uskuldig gjennomfart. Manglande presisering fører til ulik statspraksis, rettsuvisse og er eigna til å skape konflikt. Ved ein ny havrettskonferanse bør ein såleis prøve å få ei avklaring på spørsmålet trass i at det er vanskeleg å komme til eit kompromiss, men det ser ikkje ut for at det vil skje med det første.

Kjelder

Forkortingar

Art. – Artikkel

COLREG – Convention on the International Regulations for Preventing Collisions at Sea 1972

CTSCZ – Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone 1958

ECtHR – European Court of Human Rights

EU – Den Europeiske Union

EØS – Den eksklusive økonomiske sona

HRK – Havrettskonvensjonen 1982

ICC – International Court of Justice

ICJ – International Court of Justice

ILC – International Law Commission

IMO – International Maritime Organization

ITLOS – International Tribunal on the Law of the Sea

MARPOL – International Convention for the Prevention of Pollution from Ships 1973/1978

NATO – the North Atlantic Treaty Organization

nm – nautiske mil

SOLAS – International Convention for the Safety of Life at Sea 1914

UNCLOS – United Convention on the Law of the Sea 1982

UNTC – United Nations Convention on Jurisdictional Immunities and Their Property 2004

WK – Vienna Convention on the Law of Treaties 1969

Internasjonale kjelder

Convention on the International Regulations for Preventing Collisions at Sea, London, England, 15 July 1972.

Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, Geneva, Switzerland, 29 April 1958.

International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, 2 November 1973.

International Convention for the Safety of Life at Sea, London, England, 20 January 1914.

United Nations Convention on the Law of the Sea, Montego Bay, Jamaica, 10 December 1982.

United Nations Convention on Jurisdictional Immunities and Their Property, New York, USA, 2 December 2004.

Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna, Austria, 23 May 1969.

ILC, Decisions of National Courts Relating to the Most-Favoured-Nation Clause, UN Doc. A/CN.4/269 (1973), reproduced in: ILC Yearbook (1973), vol. II, s. 117, 134.

ILC, Report of the International Law Commission: Commentaries to the Articles Concerning the Law of the Sea, UN Doc. A/3159 (1956), GAOR 11th Sess. Suppl. 9, s. 12, 19.

ILC, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, GA Res. 56/83 December 12 (2012), Annex.

Second Committee UNCLOS III, 14th Meeting, UN Doc. A/CONF.62/C.2/SR.14 (1974), OR II, 135, 137.

Second Committee UNCLOS III, Informal Suggestion by Papua New Guinea, UN Doc. C.2/Informal Meeting/73 (1982, mimeo.), reproduced in: Renate Platzöder (ed.), *Third United Nations Conference on the Law of the Sea: Documents*, vol. V (1984), s. 77.

UNCLOS III, Informal Suggestion by Argentina et al., UN Doc. C.2/Informal Meeting/30 (1978), reproduced in: Renate Platzöder, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea: Documents*, vol. V (1984), s. 39.

Finland: Pilotage Act 2003 (940/2003), Section 5, uoffisiell omsetjing tilgjengeleg på <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2003/en20030940.pdf>. (sist innom 08.05.2018).

Kina: Law on the Territorial Sea, Contiguous Zone of 25 February 1992, Artikkel 6, uoffisiell omsetjing tilgjengeleg på http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383846.htm (sist innom 08.05.2018).

USA-USSR Joint Statement on the Uniform Interpretation of Rules of International Law Governing Innocent Passage, Wyoming, USA, 23 September 1989.

Rettspraksis

International Tribunal of the Law of the Sea

“ARA Libertad” (Argentina v. Ghana), Provisional Measures, Order of 15 December 2012, ITLOS Reports 2012, s. 332.

The M/V “Saiga” (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Judgement of 1 July 1999, ITLOS Reports 1999, s. 10.

International Court of Justice

Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgement of 27 June 1986, ICJ Reports 1986. s. 14.

”Corfu Channel case” (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), Judgement of 9 April 1949, Merits, ICJ Reports 1949, s. 4.

“Passage through the Great Belt” (Finland v. Denmark), Provisional Measures, Order of 29 July 1991, ICJ Reports 1991, p. 12

European Court of Justice

The Queen on the Application of: International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) and Others v. Secretary of State for Transport, Judgement of 3 June 2008, ECJ case C-308/06, ECR I-4057.

European Court of Human Rights

Behrami and Behrami v. France og Saramati v. France, Germany and Norway, Admissibility, Decision of 2 May 2007, tilgjengeleg på:

https://www.law.umich.edu/facultyhome/drwcasebook/Documents/Documents/14.4_Behrami.pdf (sist innom 08.05.2019).

Internett sider

FN, dei seks autentiske versjonane av Havrettskonvensjonen:

<http://legal.un.org/avl/ha/uncls/uncls.html> (sist innom 08.05.2019).

FN, varsel om suspensjon:

http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/innocent_passages_suspension.htm (sist innom 08.05.2019).

Helgesen, Jan E. og Abraham Hallenstvedt om “havrett” for Store norske leksikon:

<https://snl.no/havrett> (sist innom 08.05.2019).

International Maritime Organization, om Ships’ routeing:

<http://www.imo.org/en/OurWork/Safety/Navigation/Pages/ShipsRouteing.aspx> (sist innom 08.05.2019).

Wassenaar Arrangement On Export Controls for Conventional Arms and Dual-Use Goods and Technologies: <https://www.wassenaar.org/> (sist innom 08.05.2019).

Litteraturliste

Bederman, David J., *Congress Enacts Increased Protections for Sunken Military Craft*, American Journal of International Law Vol. 100, 2006.

Bederman, David J., *Rethinking the Legal Status of Sunken Warships*, Ocean Development and International Law Vol. 31, 2000.

Burke, Karin M. og Deborah A. DeLeo, *Innocent Passage and Transit Passage in the United Nations Convention on the Law of the Sea*, Yale Journal of International Law Vol. 9, 1983.

Butler, William E., *Innocent Passage and the 1982 Convention: The Influence of Soviet Law and Policy*, American Journal of International Law Vol. 81, 1987.

Chircop Aldo, og Olof Linden (red.), *Places of Refuge for Ships: Emerging Environmental Concerns of a Maritime Custom*, Dordrecht 2006.

Churchill, Robin og Vaughan Lowe, *The law of the sea*, 3. utgåve, Manchester University Press, Manchester 1999.

Clingan Jr., Thomas A., *The Law of the Sea: Ocean Law and Policy*, San Francisco: Austin and Winfield, 1994.

Delupis, Ingrid, *Foreign Warships and Immunity for Espionage*, American Journal of International Law Vol. 78, 1984.

Fleischer, Carl August, *Folkerett*, 8. utg., Oslo 2005.

Franklin, C.M., *The Law of the Sea: Some recent developments*, U.S. Naval War College, International Law Studies Vol. 53, 1959-1960, Washington 1961.

Froman, David, *Uncharted Waters: Non-innocent Passage of Warships in the Territorial Sea*, San Diego Law Review Vol. 21, 1983.

Hakapää, Kari og Erik J. Molenaar, *Innocent Passage: Past and Present*, Marine Policy Vol. 23, 1999.

Hamzah, Bin Ahmad, *Indonesia's Archipelagic Regime: Implications for Malaysia*, Marine Policy Vol. 8, 1984.

Hitt, John C., *Oceans Law and Superpower Relations: The Bumping of the Yorktown and the Caron in the Black Sea*, Virginia Journal of International Law Vol. 29, 1989.

Jennings, Robert Y., *The Caroline and McLeod Case*, American Journal of International Law Vol. 32, 1938.

Johnson, Lindy S., *Coastal State Regulation of International Shipping*, Oxford University Press 2004.

Joyner, Daniel H., *The Proliferation Security Initiative: Nonproliferation, Counter-Proliferation and International Law*, Yale Journal of International Law Vol. 30, 2005.

Kaye, Stuart, *The Innocent Passage of Warships in Foreign Territorial Seas: A Threatened Freedom*, San Diego Law Review Vol. 15, 1978.

Kearney, Michael G., *The Prohibition of Propaganda for War in International Law*, Oxford University Press 2007.

Klein Natalie, *Maritime Security and the Law of the Sea*, Oxford 2011.

Knight, Gary and Hungdah Chiu, *The International Law of the Sea: cases, documents and readings*, Elsevier Applied Science, London 1991.

Lowe, Vaughan, *National Security and the Law of the Sea*, Thesaurus Acroasium Vol. XVII, Thessaloniki: Institute of International Public Law and International Relations 1991.

Mangone, Gerard og William Burke, *The Law of the Sea: Customary Norms and Conventional Rules*, American Society of International Law Proceedings Vol. 81 1987.

McDougal, Myres S. og William T. Burke, *The Public Order of the Oceans*, 1. utgåve, Yale University Press 1962.

McLaughlin, Rob, *United Nations Mandated Naval Interdiction Operations in the Territorial Sea*, International & Comparative Law Quarterly Vol. 51, 2002.

Morrison, Anthony P., *Places of Refuge for Ships in Distress: Problems and Methods of Resolution*, Leiden 2012.

Ngantcha, Francis, *The Right of Innocent Passage and the Evolution of the International Law of the Sea: The Current Regime of "Free" Navigation in Coastal Waters of Third States*, University of Michigan 1990.

Nordquist, Myron H. (red) mfl., *United Nations Convention on the Law of the Sea 1892 – A Commentary*, Vol. IV, London 1991.

O'Connell, Daniel P., *The International Law of the Sea*, Vol. I, Oxford 1982.

Oxman, Bernard H., *The Regime of Warships Under the United Nations Convention on the Law of the Sea*, Virginia Journal of International Law Vol. 24, 1984.

Proelss, Alexander (red.), *United Nations Convention on the Law of the Sea A Commentary*, 1. utgåve, München 2017.

Reilingh, Vries, *Warships in territorial waters, their right of innocent passage*, Netherlands Yearbook of International Law Vol. 2 1971.

Ringbom, Henrik (red.), *Jurisdiction over ships*, Leiden/Boston 2015.

Roach, J. Ashley, *Sunken Warships*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, tilgjengelig på <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e444> (artikkel oppdatert i 2015).

Roach, J. Ashley og Robert W. Smith, *Excessive Maritime Claims*, 3. utgåve, Leiden/Boston 2012.

Rolph, John W., *Freedom of Navigation and the Black Sea Bumping Incident: How 'Innocent' Must Innocent Passage Be?*, *Military Law Review* Vol. 135, 1992.

Roscini, Marco, *The Navigation Rights of Nuclear Ships*, *Leiden Journal of International Law* Vol. 15, 2015.

Rothwell, Donald R., *Coastal State Sovereignty and Innocent Passage: The Voyage of the Lusitania Expresso*, *Marine Policy* Vol. 16, 1992.

Ruud, Morten og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 5. utg., Oslo 2018.

Smith, Brian, *Innocent Passage as a Rule of Decision: Navigation v Environmental Protection*, *Columbia Journal of Transatlantic Law* Vol. 21, 1982.

Wilson, Brian og James Kraska, *American Society and Law of the Sea*, *Ocean Development and International Law* Vol. 40, 2009.

Windsor, Thomas, *Innocent passage of warships in East Asian territorial seas*, *Australian Journal of Maritime and Ocean Affairs* Vol. 3, 2011.