

FORHOLDET MELLOM INTERNASJONAL STRAFFERETT OG STRAFFELOVEN 2005



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 518
Leveringsfrist: 25.11.2011

Til sammen 17614 ord

24.11.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av tema	1
1.2	Oppbygning og avgrensning av oppgaven	2
1.3	Metode og kildebruk	3
1.4	Aktualitet	5
<u>2</u>	<u>FORHOLDET MELLOM DEN INTERNASJONALE STRAFFEDOMSTOLEN (ICC) OG NORSKE DOMSTOLER – KOMPLEMENTARITETSPRINSIPPET</u>	<u>6</u>
2.1	Internasjonale straffedomstoler	6
2.1.1	Internasjonale straffedomstoler før ICC	6
2.1.2	Den internasjonale straffedomstolen (ICC)	7
2.2	Bakgrunn og formål	9
2.3	Komplementaritetsprinsippets innhold	9
2.3.1	Kravet om genuin strafforfølgelse	10
2.3.2	Manglende vilje	11
2.3.3	Manglende evne	12
2.4	Bagaragaza-saken	13
<u>3</u>	<u>FORHOLDET MELLOM ROMA-VEDTEKTENE OG STRAFFELOVENS ALMINNELIGE BESTEMMELSER</u>	<u>15</u>
3.1	Innledning	15
3.2	Straffbarhetsbetingelsene etter norsk og internasjonal strafferett	18
3.2.1	Den straffbare atferden	20

3.2.2	Subjektiv skyld	24
3.2.3	Straffrihetsgrunner etter Roma-vedtektene og forholdet til norsk rett	24
3.3	Foreldelse	28
3.4	Strafferammer	29
4	<u>FORBRYTELSESKATEGORIENE</u>	30
4.1	Folkemord	30
4.1.1	Innledning	30
4.1.2	De objektive vilkårene	31
4.1.3	Det subjektive vilkåret – kravet til hensikt	34
4.1.4	Medvirkning	35
4.2	Forbrytelse mot menneskeheten	36
4.2.1	Innledning	36
4.2.2	De objektive vilkår	37
4.2.3	Det subjektive vilkåret	40
4.2.4	En aktuell problemstilling: Spørsmålet om Breivik kan dømmes etter § 102	40
4.3	Krigsforbrytelse	41
4.3.1	Innledning	41
4.3.2	Objektive vilkår	42
4.3.3	Skyldkravet	48
4.3.4	En aktuell problemstilling: Norges engasjement i Afghanistan	48
5	<u>GENERELLE BETRAKTNINGER OM INTERNASJONAL STRAFFERETT SOM TOLKNINGSFAKTOR</u>	49
5.1	Innledning	49
5.2	Dualisme	50
5.3	Implementeringen av internasjonal strafferett i norsk rett	50
5.4	Presumsjonsprinsippet	52

5.5	Sektormonisme	52
5.6	Legalitetsprinsippet	54
5.7	Internasjonalisering av strafferetten	55
5.8	Rettsliggjøring	55
6	<u>KONKLUSJON</u>	<u>57</u>
7	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>A</u>

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema

Internasjonal rett regulerer tradisjonelt forholdet mellom statene. Strafferett hører primært hjemme i den nasjonale rett og regulerer atferd i strid med straffesanksjonerte påbud og forbud, og inngrep som følge av en begått lovovertrødelse. Det er statens oppgave å gi og håndheve straffebestemmelser, og det er brudd på nasjonale rettsregler som er tema for strafferettslige sanksjoner. Internasjonal rett stiller imidlertid i stadig større grad krav til den nasjonale straffelovgivningen.

Som følge av globaliseringen blir kriminalitet internasjonalisert. På den positive siden er sikring av menneskerettigheter blitt et globalt ansvar og informasjonsstrømmen over landegrensene gjør det vanskelig for enkeltstående nasjonale regimer å undertrykke egen befolkning.¹ Men det vil samtidig være behov for å kontrollere og styre denne utviklingen. Muligheten for en effektiv straffeforfølgning ville bli sterkt redusert dersom man utelukkende baserte seg på de enkelte nasjonale straffesystemer. Det er derfor et stadig større behov for forpliktende internasjonalt samarbeid på strafferettens område. For at dette samarbeidet skal være effektivt, må nasjonalstatene oppgi noe av sin suverenitet.

I takt med globaliseringen vokser internasjonal retts rolle for regulering og konfliktløsning. Stadig flere internasjonale organisasjoner og konfliktløsningsorganer kommer til. På strafferettens område er internasjonale instrumenter med på å bestemme innholdet i og utformingen av straffebestemmelsene i den spesielle delen i straffeloven samtidig som den stiller krav til den alminnelige delen. Internasjonale forpliktelser gjør seg også gjeldende ved tolkningen av straffebestemmelser som gjennomfører forpliktelsene.

¹ Ruud/Ulfstein (2011) s.49

Utviklingen de siste ti år har styrket ideen om at strafforfølgning må skje uten hensyn til statsgrenser.² Visse forbrytelser er så alvorlige at de angår hele verdenssamfunnet og det er av avgjørende betydning å straffeforfølge dem³, samtidig som de involverte statene ofte mangler vilje eller evne til å ta affære. Prinsippet om individuelt straffansvar er i ferd med å avløse straffrihetskulturen som har dominert. Denne erkjennelsen har skapt grobunn for to nye mekanismer i internasjonal rett: internasjonale straffedomstoler og universaljurisdiksjon. Poenget med begge mekanismene er å la et alternativt straffeapparat tre inn når statene som normalt skulle ha straffeforfulgt svikter.⁴

Internasjonal strafferett er et relativt nytt rettsområde som inneholder regler som det etter folkeretten er straffbart ikke å følge⁵, pålegger ansvar direkte på enkeltpersoner og straffer brudd gjennom internasjonale mekanismer. Internasjonal strafferett består altså av internasjonal rett og strafferett. Dets grunnlag er internasjonal rett, mens konsekvensene er strafferettslige.

Som følge av internasjonaliseringen av strafferetten kan ikke norske lovgivere bygge utelukkende på nasjonale rettspolitiske vurderinger av hvilke handlinger som er straffverdige ved vedtakelsen av en ny straffelov. På enkelte områder, blant annet forbrytelseskategorier som er regulert i internasjonal strafferett, gjør de internasjonale forpliktelsene nå seg så sterkt gjeldende at det kun er mindre valg som er overlatt til de nasjonale lovgiverne.⁶

1.2 Oppbygning og avgrensning av oppgaven

Temaet for oppgaven er forholdet mellom internasjonal strafferett og straffeloven 2005. De forbrytelser som reguleres av internasjonal strafferett er folkemord, forbrytelser mot menneskeheten og krigsforbrytelser. For det første avgrenses oppgaven mot prosessuelle spørsmål som reiser seg ved anvendelsen av bestemmelsene som regulerer

² Møse (2002) s.627

³ Jf. fortalen til Roma-vedtektene avsnittene 3 og 4

⁴ Stigen (2009) s. 2

⁵ Eskeland (2011) s. 24

⁶ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) pkt 3.1

disse forbrytelsene. For det andre avgrenses oppgaven mot andre kriminalitetsområder der internasjonale instrumenter er med på å bestemme innholdet i og utformingen av straffebestemmelser, for eksempel datakriminalitet, korrupsjon, hvitvasking, terror, osv. Grunnen til denne avgrensningen er at internasjonal rett i disse tilfellene pålegger ansvar på statene om å gjennomføre bestemmelser som forhindrer slik kriminalitet, mens internasjonal strafferett pålegger ansvar direkte på enkeltpersoner og straffer brudd gjennom internasjonale mekanismer.

I det følgende skal jeg først gi en oversikt over rettskildebildet som gjelder de aktuelle forbrytelsene og aktualiteten av temaet. Etter disse innledende temaene vil jeg analysere den internasjonale strafferettens innflytelse på det nasjonale rettssystemet mer konkret. Dette kan gjøres på flere måter. Jeg har valgt å ta utgangspunkt i komplementaritetsprinsippet som regulerer forholdet mellom Den internasjonale straffedomstolen og norske domstoler (del 2). Deretter skal jeg behandle forholdet mellom internasjonal alminnelig strafferett og den alminnelige delen i straffeloven 2005 (del 3). Til slutt kommenterer jeg forbrytelseskategoriene hver for seg (del 4). Forpliktelser etter internasjonal strafferett gjør seg også gjeldende ved tolkningen av straffebestemmelser som gjennomfører forpliktelsene. Det pekes derfor til slutt på generelle betraktninger om internasjonal strafferett som tolkningsfaktor (del 5).

1.3 Metode og kildebruk

Bestemmelsene om forbrytelsene som er tema for internasjonal strafferett altså folkemord, krigsforbrytelser og forbrytelser mot menneskeheten, er regulert i straffeloven kapittel 16. For å klarlegge innholdet i reglene anvendes vanlig norsk rettskildelære⁷. Resonnementene vil alltid ta utgangspunkt i relevante lovbestemmelers ordlyd, dvs. hvordan bestemmelsene kan forstås etter alminnelig språkbruk. Ordlyden må så sammenholdes med andre rettskilder som høyesterettspraksis, forarbeider og reelle hensyn.

⁷ Eskeland (2006) kap. 4 og 20

Det karakteristiske ved rettskildebildet som gjelder de tre forbrytelseskategoriene er for det første at det ikke finnes rettspraksis, og for det andre at internasjonale rettskilder har stor betydning.

Ved behandlingen av forholdet mellom internasjonal og nasjonal rett er det to prinsipielt ulike spørsmål som reiser seg.⁸ For å komme frem til den internasjonale regelen, må for det første det internasjonale rettsstoffet tolkes i samsvar med den rettslige metoden som gjelder for det rettssystemet regelen tilhører. For å komme frem til den nasjonale rettsregelen, må for det andre den internasjonale regelen konfronteres med de relevante rettskildene i vårt nasjonale rettssystem. Denne prosessen er underlagt nasjonale rettskildenormer. Problemstillinger som dukker opp i den forbindelse er blant annet internasjonal strafferetts betydning for tolking av rettsregler og løsning av rettsspørsmål i intern norsk rett og hvilken betydning internasjonale krav til norsk strafferett har når norske domstoler skal ta stilling til rettsspørsmål.

Roma-vedtektene regulerer de forbrytelser som faller inn under jurisdiksjonsgrunnlaget til Den internasjonale straffedomstolen (ICC). Artikkel 21 nr. 1-3 i vedtektene fastsetter hvilke rettskilder ICC skal eller kan anvende. Nr. 1 bokstav a, b og c oppstiller et rettskildemessig hierarki. Høyeste rang har vedtektene selv. Ifølge Roma-vedtektene artikkel 22 nr. 2 skal definisjonen av en forbrytelse «tolkes strengt, og skal ikke utvides ved analogisk tolkning.». Og «ved tvetydighet skal den tolkes til fordel for personen som er under etterforskning, straffeforfølgning eller som er domfelt.». Dette innebærer at det ved tolkning av straffebestemmelser i Roma-vedtektene gjelder et tvilsprinsipp til fordel for den personen saken gjelder. Sammenholdt med strl 2005 § 2 om at straffeloven skal tolkes med de begrensninger som følger av folkeretten, har artikkel 22 nr. 2 som konsekvens at tvilsprinsippet må gjelde også for norske domstoler ved anvendelsen av bestemmelser som regulerer de forbrytelser som er omfattet av Roma-vedtektene.

Det rettskildemessige hierarkiet er etablert slik at rettskildene i bokstav a, altså «vedtektene, forbrytelseselementene og dens prosessregler», går foran rettskildene i

⁸ Arnesen (2009) s.15

bokstav b som er sekundære rettskilder, altså «traktater som får anvendelse, og folkerettens prinsipper og regler», som igjen går foran rettskildene i bokstav c altså «alminnelige rettslige prinsipper utledet av domstolen fra nasjonale rettsregler». Bestemmelsen fastsetter med andre ord det som allerede følger av etablert rettskildelære i folkeretten⁹.

Ifølge artikkel 21 nr. 2 «kan» domstolen anvende prinsipper og rettsregler i domstolens tidligere avgjørelser. Roma-vedtektene er altså ikke basert på et prejudikatsprinsipp om at domstolen er forpliktet til å legge rettsoppfatningen i tidligere avgjørelser til grunn. Avgjørelser og uttalelser fra internasjonale domstoler har imidlertid ofte betydning for innholdet i bestemmelsene, bla fordi Domstolen vil mene at tidligere rettsoppfatning fremdeles har de beste grunner for seg, og fordi det ivaretar hensynet til forutberegnelighet.

1.4 Aktualitet

Utviklingen siden andre verdenskrig har vist at væpnede konflikter innenfor stater er blitt stadig vanligere i motsetning til klassiske mellomstatlige konflikter, og at sivilbefolkningen har blitt en stadig mer utsatt gruppe i alle væpnede konflikter. Det er antatt at 90 % av ofrene av dagens væpnede konflikter er sivile, mens andelen er blitt anslått til ca. 5 % i 1890, 15 % under den første verdenskrig, og 65 % under den annen verdenskrig.¹⁰

Som følge av økt globalisering er det i stadig større grad risiko for at personer som i andre land har gjort seg skyldig i internasjonale forbrytelser, oppholder seg i Norge.¹¹ Kripos har en liste med navn på ca. 70 personer i Norge som kan ha begått folkemord, forbrytelser mot menneskeheten eller krigsforbrytelser.¹² Det reelle tallet er trolig høyere.¹³ Norske soldater deltar også i større grad i væpnede konflikter i utlandet. Skulle noen av dem mistenkes for å ha gjort seg skyldig i krigsforbrytelser, bør de kunne

⁹ Wien-konvensjonen om traktatretten art 31. Se også Ruud (1997) Kap 1

¹⁰ St.prp.nr.24 (1999-2000) pkt.2.3

¹¹ Innst. O. nr. 29 (2007-2008) pkt 5.1.2

¹² Hoff (2007)

¹³ Stigen (2009) s. 1

straffeforfølges i Norge på grunnlag av bestemmelser rettet uttrykkelig mot slike forbrytelser.¹⁴ Det er på denne bakgrunn klart at straffebestemmelsene om folkemord, forbrytelser mot menneskeheten og krigsforbrytelser har stor aktualitet; også for Norge.

Som følge av utgangspunktet om dualisme i norsk rett og legalitetsprinsippet på strafferettens område er den norske lovteksten avgjørende for hva som er gjeldende rett. Det er særlig to forhold som øker betydningen av hvorvidt det er samsvar mellom internasjonal strafferett og norsk straffelov. For det første bygger forholdet mellom Den internasjonale straffedomstolen og nasjonale domstoler på komplementaritetsprinsippet, som innebærer at stater skal beholde hovedansvaret for strafforfølgning av enkeltindivider, og at det er bare når nasjonalstatene ikke kan eller vil forfølge saken at Domstolen skal behandle den. Virkningen av prinsippet er at nasjonale lovgivere tilstreber samsvar mellom nasjonale bestemmelser og bestemmelsene i Roma-vedtektene. For det andre fører prinsippet om universaljurisdiksjon til at en stat skal ha anledning til å strafforfølge utlendinger for handlinger som er utført i utlandet. Dette øker betydningen av og behovet for harmonisering av statenes straffelovgivning og et sammenfallende syn på hva som skal anses som straffbare handlinger innenfor de kriminalitetsområdene samarbeidet gjelder.

2 Forholdet mellom Den internasjonale straffedomstolen (ICC) og norske domstoler – Komplementaritetsprinsippet

2.1 Internasjonale straffedomstoler

2.1.1 Internasjonale straffedomstoler før ICC

Ad hoc-domstolene var opprettet for å behandle saker vedrørende konkrete overgrep, og avsluttet sine virksomheter når sakene var avsluttet. Nürnberg-domstolen¹⁵ og Tokyo-domstolen¹⁶ ble opprettet av de allierte etter andre verdenskrig for å tiltale de sentrale

¹⁴ Innst. O. nr. 29 (2007-2008) pkt 5.1.2

¹⁵ International Military Tribunal (IMT)

¹⁶ International Military Tribunal for the Far East (IMTFE)

tyske og japanske ledere som sto ansvarlig for de mest alvorlige overgrepene, mens Jugoslavia- domstolen¹⁷ og Rwanda-domstolen¹⁸ ble opprettet av FNs sikkerhetsråd henholdsvis 25. mai 1993 og 1. august 1994 som en direkte følge av omfattende overgrep mot sivilbefolkningen.

Domtolenes materielle grunnlag er betegnet som «en blanding av alminnelig folkerett, menneskerettigheter, humanitær rett, samt internasjonale og nasjonale strafferettslige prinsipper»¹⁹. Domstolene har kommet med viktige bidrag når det gjelder å fremme en utvikling fra straffefrihet til ansvarlighet, dokumentere overgrep, gi ofrene en stemme, fremme sentrale prinsipper i internasjonal rett, og fremme generell respekt for lovene og rettssystemet.²⁰

Når det gjelder forholdet til nasjonale domstoler hadde IMT og IMTFE eksklusiv jurisdiksjon. ICTY og ICTR både parallell jurisdiksjon i forhold til de nasjonale domstoler (såkalt «concurrent jurisdiction»), og forrang over disse («primacy over national courts»)²¹. Det innebærer at de kunne kreve at nasjonale domstoler avsto fra å ta en sak under behandling.

2.1.2 Den internasjonale straffedomstolen (ICC)

Parallelt med ad hoc-domstolene fortsatte arbeidet med å opprette en ny alminnelig, permanent straffedomstol. Konvensjonen (Statute of the International Criminal Court) ble vedtatt 17. juli 1998, og Den internasjonale straffedomstolen (International Criminal Court – ICC) ble dermed opprettet. Traktaten trådte i kraft 1. juli 2002 etter 60

¹⁷ International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY). Bakgrunnen var oppløsningen av det tidligere Jugoslavia på begynnelsen av 1990-tallet som førte til at det sommeren 1991 brøt ut flere væpnede konflikter som utviklet seg til en borgerkrig.

¹⁸ International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR). Bakgrunnen var massedrap i Rwanda, hvor først og fremst medlemmer av den ene folkegruppen, hutuer, gikk til massedrap av den andre gruppen, tutsiene.

¹⁹ Møse (2002) s.620

²⁰ Haugen (2008) s. 289

²¹ Mer om dette i Zahar (2008) s.445flg. og Cassese (2008) s.336

ratifikasjoner. Nå har 118 stater ratifisert traktaten.²² Stater som ikke har ratifisert, er blant annet USA, Kina, India, Russland og Israel.

Ifølge Roma vedtektene artikkel 5 nr.1 har domstolen kompetanse til å pådømme tre hovedkategorier forbrytelser: forbrytelse mot menneskeheten krigsforbrytelser og folkemord. Roma-vedtektenes artikkel 6,7 og 8 er bestemmelser om hva som er innholdet i de tre forbrytelseskategoriene.

Artikkel 5 nr.1 omfatter også aggresjonsforbrytelsen (bokstav d). Men ifølge nr. 2 kan ikke domstolen pådømme aggresjonsforbrytelsen før det er «vedtatt bestemmelse som definerer bestemmelsen og fastlegger vilkårene for Domstolens utøvelse av jurisdiksjon med hensyn til denne forbrytelsen». 31. mai – 11. juni 2010 ble den første Review Conference og the Rome Statute holdt i Kampala, Uganda. På konferansen ble det vedtatt en definisjon av aggresjonsforbrytelsen. Dette betyr at innholdet i aggresjonsforbrytelsen er nå traktatfestet. For at ICC skal få jurisdiksjon i forhold til aggresjonsforbrytelsen må 30 statsparter ratifisere bestemmelsen, og statspartene må ha truffet vedtak om det. Dette kan ikke skje før etter 1. januar 2017.²³

De tidligere internasjonale straffedomstolene hadde forrang overfor nasjonal jurisdiksjon, og kunne kreve en sak som allerede var igangsatt for nasjonale domstoler overført til seg. For ICC har man valgt den motsatte løsningen. Domstolen skal være komplementær i forhold til nasjonal strafferettspleie. I tillegg til å være jurisdiksjonsregel for ICC, er prinsippet også av særlig betydning for nasjonale domstoler. Med komplementaritetsprinsippet legges det til rette for påvirkning fra internasjonal strafferett til norsk strafferett. I det følgende behandler jeg først bakgrunnen for og formålet med komplementaritetsprinsippet, for så å behandle prinsippets innhold.

²² <http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/states+parties/>

²³ Resolution RC/Res.6. Se <http://treaties.un.org/>

2.2 Bakgrunn og formål

Komplementaritetsprinsippet har flere formål.²⁴ For det første skal prinsippet bidra til respekt av statenes suverenitet ved kun å gripe inn når nasjonale domstoler ikke straffeforfølger saker på en tilfredsstillende måte²⁵, erkjennelse av at stater er i en bedre posisjon til å etterforske og straffeforfølge, og redusere tvil om politisk motivert tiltale og minimalisere den faktiske politiske rollen. For det andre skal prinsippet oppmuntre til lovfesting av relevant lovgivning på nasjonalt nivå for å tilfredsstille kravene, og oppfordrer statene derfor til å oppfylle sine implisitte forpliktelser under Roma-vedtektene til å straffeforfølge genuint. For det siste understreker prinsippet betydningen av ICC som «watchdog» over nasjonal rettergang i forhold til overholdelse av bestemmelser fastsatt i Roma-vedtektene.

Komplementaritetsprinsippet er regnet for å være den avgjørende faktoren for om domstolen vil lykkes,²⁶ og det er en nær sammenheng mellom komplementaritetsprinsippet og Romastatuttens formål.²⁷ ICCs hovedformål er effektivt å motarbeide straffrihet for de alvorligste internasjonale forbrytelser, blant annet ved å sikre at stater forfølger disse. Komplementaritetsprinsippet er derfor med på å bestemme hvordan disse formålene kan oppnås, og det må derfor tolkes i lys av dem.²⁸ Komplementaritetsprinsippet skal bidra til at stater faktisk motarbeider straffrihet for de alvorligste forbrytelser, og om nødvendig sikre at ICC kan tre inn som et sikkerhetsnett når nasjonale systemer ikke er i stand til dette eller av andre grunner skulle svikte.²⁹

2.3 Komplementaritetsprinsippets innhold

Det følger både av avsnitt ti i fortalen, og av artikkel 1 og artikkel 17, at Roma-vedtektene bygger på komplementaritetsprinsippet. Domstolens komplementære rolle

²⁴ Razesberg (2006) s.28 og Stgen (2005) s.29

²⁵ Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court (2008) s.606

²⁶ Razesberger (2006) s.18

²⁷ Statuttens formål kan leses ut av fortalen

²⁸ Stigen (2005) s.28

²⁹ St.prp.nr.24 (1999-2000) pkt.5.2

trer i kraft når en stat mangler evne eller vilje til å gjennomføre en genuin straffeforfølgelse av forbrytelser innenfor domstolens jurisdiksjonsområde.

Komplementaritetsprinsippet innebærer at stater skal beholde hovedansvaret for strafforfølgning av enkeltindivider, og at det er bare når nasjonalstatene ikke kan eller vil forfølge saken at Domstolen skal behandle den. Domstolen er tiltenkt å supplere, ikke fortrenge nasjonal jurisdiksjon. I praksis påvirker komplementaritetsprinsippet norsk rett ved at bestemmelsene i norsk rett legger seg tett opp til Roma-vedtektene for å unngå at det blir stilt spørsmål ved om Norge har vilje og evne til å straffefølge.

En virkning av komplementaritetsprinsippet er at det ikke vil inntre litispendensvirkninger i Norge ved at Domstolen setter i gang etterforskning av en sak.³⁰ ICCs virksomhet i en sak vil altså ikke hindre den enkelte stat i å ta opp strafforfølgning. Hovedanklageren skal normalt overlate etterforskningen til nasjonalstaten når den meddeler at den etterforsker eller har etterforsket personer for handlingene. Statene vil også kunne rette en avvisningsbegjæring til ICC når den har tatt opp etterforskning av en sak, jf artikkel 19.

Komplementaritetsprinsippet har kommet til uttrykk i artikkel 17(1), som behandler "[i]ssues of admissibility". Domstolen kan utøve jurisdiksjon over saker hvor en stat er (a) "unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution", eller (b) hvor en stat har etterforsket en sak, men valgt å ikke straffefølge den, og "the decision resulted from the unwillingness or inability of the State genuinely to prosecute". For å forstå innholdet i prinsippet, må det redegjøres for begrepene "genuine", "unwilling" og "unable". Det vil jeg gjøre nedenfor.

2.3.1 Kravet om genuin strafforfølgelse

Bestemmelsen krever at en stat etterforsker og straffefølger en sak på genuint vis. På den ene siden kan bare genuin nasjonal strafforfølgning forebygge at ICC griper inn, og på den andre siden har domstolen kompetanse til å sette til side nasjonal

³⁰ Ot.prp.nr.95 (2000-2001) pkt.5.1

strafforfølgning kun hvis det ikke er genuint. Begrepet innebærer altså både et krav for utøvelse av nasjonal jurisdiksjon og en grense for utøvelse av ICCs jurisdiksjon.³¹

Ordet ”genuin” har både et objektivt og et subjektivt aspekt. Strafforfølgelsen må være det den utgis for å være, og den må ha de rette intensjonene. Begge elementene må være oppfylt for at en straffeforfølgelse skal være genuin.

Vurderingstemaet er prosessen, og ikke utfallet. Det er rom for at stater har ulike straffeprosessuelle regler, og at straffeforfølgelse skjer på ulike måter. Visse forventninger til en genuin straffeforfølgelse må likevel legges til grunn, for eksempel at den siktede får en upartisk rettssak, og at rettsikkerheten ivaretas og offeret får prøvd sin sak på en rettferdig og effektiv måte.³² Det kan hevdes at ICCs egen prosessuelle fremgangsmåte og strafforfølgning kan sette standard for hva som er genuin straffeforfølgelse.³³

2.3.2 Manglende vilje

I kravet om at statene må vise tilstrekkelig vilje, ligger en forventning om straffeforfølgelse i god tro. Artikkel 17(2) lister opp tre kriterier for å bedømme hvorvidt en stat mangler vilje til å gjennomføre en genuin etterforskning og domstolsbehandling. Ved vurderingen av kravet til vilje, skal ICC ta stilling til om etterforskning eller påtale ble iverksatt med sikte på å unndra vedkommende person fra straffansvar³⁴, om straffeforfølgelsen har tatt urimelig lang tid og det ikke samsvarer med intensjonen om å holde den siktede til ansvar³⁵, og om straffeforfølgelsen ikke er upartisk eller uavhengig og som er uforenlig med en intensjon om å stille vedkommende til rette³⁶. For at en stat skal ha slik manglende vilje, må en eller flere av disse kriteriene kunne anvendes på det foreliggende tilfellet.

³¹Stigen (2008) s.215

³²Se mer om disse kravene i Stigen (2005) s.108-112 og Stigen (2008) s.215-250

³³Stigen (2008) s.229

³⁴Bokstav a

³⁵Bokstav b

³⁶Bokstav c

Bestemmelsens nr. 2 viser videre til prinsipper om tilbørlig rettsforfølgning anerkjent i folkeretten. Her vil det blant annet måtte baseres på FN konvensjonen om sivile og politiske rettigheter. Dette innebærer man må veie de enkelte staters praksis og regler opp mot folkerettslig anerkjente prinsipper i vurderingen av om det foreligger manglende «vilje» til å straffeforfølge.³⁷

Etter ordlyden i bestemmelsen er det uklart om listen er ment å være uttømmende eller ikke. I følge Stigen³⁸ må listen anses uttømmende fordi kriteriene ble innført som et middel til å begrense skjønn og gjøre vurderingen mer objektiv.

2.3.3 Manglende evne

Uttrykket ”inability” tilsier en objektiv vurdering av de faktiske omstendighetene omkring en stats vanskeligheter til å gjennomføre en rettssak. Artikkel 17(3) gir anvisning på kriteriene for bedømmelsen av en stats manglende evne. Spørsmålet for ICC er om staten på grunn av et helt eller delvis sammenbrudd eller manglende tilgjengelighet til dets nasjonale strafferettspleie, er ute av stand til å få tilgang til den tiltalte eller de nødvendige bevis- og vitneforklaringer, eller for øvrig er avskåret fra å gjennomføre straffeforfølgningen.

Når ICC skal avgjøre en stats evne til etterforskning og straffeforfølgning, skal den vurdere om det er ”a total or substantial collapse or unavailability of its judicial system”. Begrepet «collapse» gir en klar forståelse av at det må dreie seg om et reelt sammenbrudd i statens domsstolssystem. Forståelse av ”substantial” tar utgangspunkt i at det dreier seg om en omfattende og grunnleggende del av rettssystemet, og den må gjelde en essensiell del av en stats juridiske system. Sammenbruddet er vesentlig når det påvirker rettssystemets alminnelige virke. Begrepet ”unavailability” omfatter situasjoner der rettssystemet er intakt, men likevel ikke er tilgjengelig. Fire faktorer kan føre til at rettssystemet klassifiseres som utilgjengelig: utilstrekkelige lovbestemmelser,

³⁷ St.prp.nr.24 (1999-2000) pkt.7

³⁸ Stigen (2008) s.258

juridiske hindringer for bruk av systemet, faktiske hindringer for bruk av systemet og systemets manglende evne til å produsere det ønskede resultat.³⁹

2.4 Bagaragaza-saken

Det hadde tidligere fra ulikt hold vært anført at det ikke var nødvendig med egne bestemmelser om folkemord, forbrytelser mot menneskeheten og krigsforbrytelser. Lenge var dette også lovgivers holdning. For eksempel ble det ikke ansett nødvendig med nye straffebestemmelser da Norge ratifiserte Folkemordkonvensjonen av 1949. Det ble pekt på at de underliggende handlinger det var tale om ville dekkes av straffelovens ordinære straffebud som drap, voldtekt, frihetsberøvelser m.v.

Behovet hadde vært der i en årrekke, men ble i særlig grad aktualisert etter ikrafttreddelsen av Roma-vedtektene. Behovet for en egen norsk straffebestemmelse om folkemord ble fremhevet i Rwandadomstolens avgjørelse i 2006 om at saken mot Michel Bagaragaza, som var tiltalt for folkemord, ikke kunne overføres til Norge. Michel Bagaragaza regnes som en av de viktigste aktørene bak folkemordet på om lag 800.000 tutsier og moderate hutuer i 1994.

FNs sikkerhetsråd påla FNs krigsforbryterdomstol for Rwanda (ICTR) å avvikle virksomheten i løpet av 2008, og oppfordret alle FNs medlemsland om å bistå domstolen i prosessen. I 2006 ble det besluttet at saker kunne overføres til enkelte andre land, deriblant Norge. Det var i denne forbindelse at Norge tok på seg å overta rettsprosessen mot Bagaragaza. Til tross for at både norske myndigheter, aktor og forsvarer ønsket slik overføring, kom Rwandadomstolen til at saken ikke kunne overføres siden Norge ikke hadde en egen straffebestemmelse om folkemord.

Begrunnelsen for avgjørelsen av 30. august 2006 var at Norge ikke hadde straffebud rettet særskilt mot folkemord. I henhold til norsk lov ville Bagaragaza blitt tiltalt for drap mm. med en straff på maksimalt 21 år. Domstolen la avgjørende vekt på at de rettslige kjennetegn for folkemord ikke var de samme som for drap.

Folkemordbestemmelsen skal beskytte spesifikke grupper, ikke individuelle liv.

³⁹ Stigen (2008) s.318

Ankekammeret fant derfor at det ville være uforenlig med vedtektene for Rwandadomstolen om saken ble overført til Norge. Det sentrale i folkemordbestemmelsen er nettopp kravet om at gjerningspersonen hadde til hensikt å ødelegge helt eller delvis en nasjonal, etnisk, rasemessig eller religiøs gruppe. Domstolen uttalte blant annet at "... the Tribunal may still try a person who has been tried before a national court for 'acts constituting serious violations of international humanitarian law' if the acts for which he or she was tried were 'categorized as an ordinary crime'. Furthermore, the protected legal values are different. The penalization of genocide protects specifically defined groups, whereas the penalization of homicide protects individual lives."

Selv om Bagaragaza-saken gjaldt folkemord, er ankekammerets formuleringer generelle, og viser at også de andre to forbrytelseskategoriene er vesentlig mer stigmatiserende enn vanlige forbrytelser i nasjonal lovgivning. Det er grunn til å fremheve at ankekammeret ikke fant det tilstrekkelig at handlingenes grovhet ville bli reflektert i domspremisser og straffutmåling.

Den norske regjeringen hadde uavhengig av avgjørelsen fra Rwanda-domstolen allerede påbegynt arbeidet med å ta inn bestemmelser om folkemord, forbrytelse mot menneskeheten og krigsforbrytelser i straffeloven. På bakgrunn av disse erfaringene, satte regjeringen fortgang i arbeidet med nye norske straffebestemmelser om folkemord, forbrytelser mot menneskeheten og krigsforbrytelser.⁴⁰ Stortinget vedtok bestemmelsene 28. februar 2008, og de trådte i kraft 7. mars 2008. Samtidig trådte den alminnelige delen av den nye straffeloven fra 2005 i kraft for så vidt gjelder disse bestemmelsene.

Egne straffebestemmelser om slike lovbrudd understreker det særlige alvorret som er forbundet med disse handlingene. Til tross for at vedtektene til ICC ikke krever inkorporering av de konkrete straffebudene i norsk lovgivning, ønsker man nå eksplisitt å innføre de tre internasjonale kjerneforbrytelsene i den nye straffeloven for å unngå at liknende avgjørelser i fremtiden blir til hinder for overføring av en straffesak til norske

⁴⁰ Aas-Hansen (2008)

domstoler når dette ellers er ønskelig. En av begrunnelsene er at verken «Den internasjonale straffedomstolen eller verdenssamfunnet for øvrig skal være i tvil om at Norge har evne og vilje til å strafforfølge slike forbrytelser på en måte som deres egenart og alvor tilsier». Frykten for at ICC kunne legge samme tolkningsforhold til grunn, altså å ikke anse norsk strafferett som tilfredsstillende nok, er tydelig i høringsnotatets begrunnelse for de nye straffebudene. Som nevnt ovenfor bryter bare ICC inn i saker hvor nasjonale domstoler ikke kan eller vil føre saken for egne domstoler. De nye bestemmelsene i norsk lov legger seg derfor tett opp til Roma-vedtektene, og dette gjelder ikke minst i forhold til en merkbar hevelse av strafferammen. Videre spesifiseres det i høringsnotatet at ”etter hvert som Den internasjonale straffedomstolen utvikler rettspraksis, vil denne være av sentral betydning” i forhold til tolkningen av straffebudene.

3 Forholdet mellom Roma-vedtektene og straffelovens alminnelige bestemmelser

3.1 Innledning

Kapittel 16 ble tilføyd straffeloven 2005 ved lov 7. mars 2008 nr. 4. I motsetning til de øvrige delene av straffeloven 2005, har kapittel 16 allerede trådt i kraft⁴¹. Ved anvendelsen av straffebudene i kapittel 16 skal man benytte de alminnelige bestemmelsene i lovens første del, og ikke bestemmelsene i straffeloven 1902 som ellers fastsetter de alminnelige vilkårene for straff.⁴² Første del av straffeloven 2005 er dermed allerede i kraft når det gjelder forbrytelser som faller inn under kapittel 16.

Straffeloven 1902 inneholdt ikke forbrytelseskategoriene folkemord, forbrytelser mot menneskeheten eller krigsforbrytelser. Handlingene som er definert i Roma-vedtektene ville likevel være straffbare. Skulle det være aktuelt å straffeforfølge noen for slike forbrytelser i Norge, måtte tiltalen gjelde drap, legemskrenkelse, voldtekt, tvang e.l.

⁴¹ jf. kgl. res. av 7. mars 2008 fastsatt i medhold av § 401.

⁴² Jf. § 401

Det ville derfor ikke fremgå av domsslutningen, men eventuelt av domspremissene, at det var tale om et folkemord, en forbrytelse mot menneskeheten eller en krigsforbrytelse.

Bakgrunnen for bestemmelsene er i første rekke opprettelsen av ICC.⁴³ Domstolens virksomhet er forankret i Roma-vedtektene 17. juli 1998. Norge ratifiserte Roma-vedtektene 16. februar 2000. Ved lov 15. juni 2001 nr 65 ble Roma-vedtektene gjennomført i norsk rett. Roma-vedtektene bygger på Nürnbergprinsippene og erfaringer fra Jugoslavia- og Rwanda-domstolene, og representerer den første internasjonale regulering av disse spørsmål på grunnlag av multilaterale forhandlinger med universell deltakelse. På en rekke felter gir vedtektene anvisning på oppdaterte og mer detaljerte regler enn de som gjaldt for tidligere internasjonale straffedomstoler. Deler av Roma-vedtektene kan betegnes som en internasjonal straffelov, med en spesiell del som definerer hvilke straffbare handlinger vedtektene gjelder for, jf. artikkel 6, 7 og 8, og en alminnelig del, jf. særlig vedtektenes del 3 om alminnelige strafferettslige prinsipper.

Ved utformingen av bestemmelsene er det tatt utgangspunkt i forbrytelseskategoriene i Roma-vedtektene. Etter Roma-vedtektene er det ikke et krav at det blir gitt nasjonale straffebestemmelser svarende til Roma-vedtektenes artikkel 6, 7 og 8.⁴⁴ Av forarbeidene fremgår det at begrunnelsen for at det likevel ble gjort var «for det første at det vil være et signal om at Norge anser slike forbrytelser som særlig alvorlige, for det andre at det vil være i tråd med intensjonene i vedtektenes fortale om at hver enkelt stat har hovedansvaret for å erkjenne den trussel slike forbrytelser representerer og for å straffeforfølge personer som begår slike forbrytelser, og endelig at man vil unngå at det stilles spørsmål ved om norsk strafferett er egnet til å straffe forbryterne på en tilfredsstillende måte.»⁴⁵

⁴³ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) pkt.5.1

⁴⁴ Ot.prp. nr. 95 (2000 – 2001) pkt.3

⁴⁵ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) pkt.5.4.1

Norge hadde imidlertid også tidligere sluttet seg til flere internasjonale traktater om de ovennevnte forbrytelsene. Særlig viktige er folkemordskonvensjonen fra 1948 og de fire Genèvekonvensjonene fra 1949 samt de to tilleggsprotokollene til disse fra 1977. Det har inntil nylig ikke vært ansett som nødvendig at straffeloven inneholdt særskilte bestemmelser om de forbrytelsene som omfattes av disse konvensjonene, idet man har lagt til grunn at handlinger i strid med konvensjonene vil dekkes av eksisterende straffebud. Det må derfor antas at det avgjørende for innføringen av egne straffebud som dekker artikkel 6, 7 og 8 i Roma-vedtektene har vært komplementaritetsprinsippet. Dermed unngår man at det blir stilt spørsmål ved norske myndigheters vilje eller evne til strafforfølgning på dette området. Behovet for en bestemmelse om folkemord ble fremhevet i Rwandadomstolens avgjørelse i 2006 om at saken mot Michel Bagaragaza ikke kunne overføres til Norge.

Roma-vedtektene, statuttene til og avgjørelsene fra ICTY og ICTR, samt spesialkonvensjoner og folkerettslig sedvanerett vil på bakgrunn av dette ha betydning for fastleggelsen av norsk rett. Bestemmelsene om krigsforbrytelser inkluderer også handlinger som anses som krigsforbrytelser etter folkerettslig sedvanerett eller etter traktater som Norge er bundet av, samt handlinger som sterke reelle hensyn taler for å karakterisere som krigsforbrytelser.⁴⁶

Bestemmelsene i kapittel 16 var fra lovgivers side ment å skulle anvendes på handlinger begått før straffebudene trådte i kraft. Vilkåret skulle være at handlingene på gjerningstidspunktet var straffbare etter norsk rett, og ble ansett som folkemord, forbrytelser mot menneskeheten eller krigsforbrytelser etter folkeretten, jf. § 3. Straffen skulle ikke overstige den straff som ville ha blitt idømt ut fra de straffebud som gjaldt på gjerningstidspunktet. Høyesterett kom imidlertid i Rt. 2010 s.1445 til at det ville stride mot tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 å gi kapittel 16 anvendelse på handlinger begått før ikrafttredelsen, ettersom det ville medføre at handlingene ble gitt en mer belastende karakteristikk. Saken gjaldt hvorvidt bestemmelsene om forbrytelse mot menneskeheten og krigsforbrytelse i kapittel 16 kunne anvendes på handlinger begått i Bosnia-Hercegovina i 1992. Et flertall på 11 dommere kom til at det ville stride

⁴⁶ Norsk lovkommentar (2008). Strl 2005. Note 719

mot tilbakevirkningsforbudet å anvende de nye reglene i straffeloven 2005 § 102 og § 103. Det ville utgjøre en tilbakevirkning til ugunst for tiltalte om han ble dømt etter den nye straffeloven 2005 kapittel 16, selv om straffen ble holdt innenfor strafferammen i straffeloven 1902 § 223. Et mindretall på 6 dommere kom frem til at tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 ikke var til hinder for at forholdene ble subsumert under straffeloven 2005 § 102 og § 103. Dissensen var særlig begrunnet i at dette fulgte både av internasjonal strafferett og av nasjonal rett i Bosnia-Hercegovina på gjerningstidspunktet. Etter denne plenumsdommen er det nå utvilsomt at handlinger begått før 7. mars 2008 bare kan rammes av de alminnelige bestemmelsene om drap, voldtekt, osv. i straffeloven 1902.

3.2 Straffbarhetsbetingelsene etter norsk og internasjonal strafferett

Etter norsk og internasjonal strafferett må fire straffbarhetsbetingelser være oppfylt på handlingstidspunktet for at straff kan ilegges.⁴⁷ For det første må det foreligge en straffbar atferd. For det andre må gjerningspersonen ha utvist skyld. For det tredje må det ikke foreligge noen straffrihetsgrunn. Og for det siste må gjerningspersonen være tilregnelig.

I norsk rett fremgår de alminnelige straffbarhetsvilkårene i straffelovens første del. Bestemmelsene i første del er alminnelige i den forstand at de får anvendelse «på alle straffbare handlinger», hvis ikke annet er bestemt, se § 1.

I motsetning til vedtektene til tidligere internasjonale straffedomstoler, inneholder Roma-vedtektene en detaljert regulering av alminnelige strafferettslige prinsipper og straffbarhetsbetingelser som ICC skal anvende.⁴⁸ Bestemmelsene i Roma-vedtektenes del 3 gjelder bare for Domstolen, og statene er ikke forpliktet til å innta bestemmelsene i sin nasjonale straffelovgivning.⁴⁹ En konsekvens av komplementaritetsprinsippet er imidlertid at dersom det er betydelige forskjeller, vil en stat kunne risikere at ICC finner

⁴⁷ Andenæs (2004) s.101flg. og Eskeland (2006) s.181flg.

⁴⁸ St.prp.nr.24 (1999-2000) pkt.5.5

⁴⁹ Ot.prp.nr.95 (2000-2001) pkt.5.2.1

at den mangler evne eller vilje til genuin strafforfølgning og dermed overta saken selv. Her har også hensynet til harmoni en viss betydning. Behovet ble videre som nevnt ovenfor fremhevet i Bagaragaza-saken. I forbindelse med ratifikasjonen av vedtektene ble det på bakgrunn av dette foretatt en sammenligning av forholdet mellom vedtektene og norsk straffelovgivning. Denne sammenligningen viste at det foreligger enkelte forskjeller både når det gjelder utforming av straffebudene og de alminnelige strafferettslige bestemmelser.⁵⁰ Det ble lagt til grunn at muligheten til å strafforfølge personer er minst like stor etter norsk rett som etter Roma-vedtektene, og at det derfor ikke er nødvendig å endre de alminnelige bestemmelsene i straffeloven 2005 alminnelig del eller gi egne bestemmelser for disse forbrytelsene.⁵¹

Det er naturlig at vedtektenes bestemmelser ikke helt ut svarer til de enkelte nasjonale rettssystemenes tilsvarende bestemmelse både fordi vedtektenes bestemmelser er fremkommet som et resultat av forhandlinger mellom representanter for de ulike rettssystemer i verden, og fordi de norske alminnelige strafferettslige bestemmelsene er resultatet av en sammenhengende og langvarig rettstradisjon.⁵² På den andre siden vil imidlertid resultatet kunne bli at spørsmålet om straffbarhet ikke er helt sammenfallende.

Norsk strafferett og internasjonal strafferett har til dels ulike terminologiske klassifikasjoner av straffbarhetsbetingelsene. Sinnssykdom som er klassifisert under tilregnelighet i norsk rett, er for eksempel en straffrihetsgrunn etter Roma-vedtektene. Et annet eksempel er at vilkåret om en viss minstealder er klassifisert under tilregnelighet i norsk rett, mens det i Roma-vedtektene er et spørsmål om ICCs jurisdiksjon. Slike terminologiske forskjeller har ingen betydning for når straffansvar foreligger.⁵³ I det følgende gjøres det rede for forholdet mellom de alminnelige vilkårene for straff i Roma-vedtektene og i straffeloven 2005.

⁵⁰ Ot.prp.nr.95 (2000-2001) pkt.5.2.1

⁵¹ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) pkt. 5.7.1

⁵² Ot.prp.nr.95 (2000-2001) s.15

⁵³ Eskeland (2011) s.68

3.2.1 Den straffbare atferden

Både norsk og internasjonal strafferett omfatter fire hovedtyper av straffbar atferd: atferd som er beskrevet i et straffebed og som tradisjonelt kalles gjerningsbeskrivelsen i straffebedet, medvirkning til oppfyllelse av gjerningsbeskrivelsen, forsøk på oppfyllelse av gjerningsbeskrivelsen og forberedelse til oppfyllelse av gjerningsbeskrivelsen.⁵⁴

Straffbarhetsbetingelsen straffbar atferd kalles lovkravet i norsk rett og legalitetsprinsippet i folkeretten.⁵⁵ Lovkravet innebærer at det på handlingstidspunktet må foreligge en rettsregel som gjør handlingen straffbar. Etter norsk rett går regelen ut på at den straffbare atferden er fastsatt i formell lov eller i forskrift gitt med hjemmel i formell lov, jf. grl § 96 og strl § 14. Det internasjonale samfunn har ingen lovgivende myndighet som svarer til Stortinget. Hjemler for folkerettslige regler om straff er internasjonal sedvanerett, traktater og vedtak i FNs sikkerhetsråd. I Roma-vedtektene er dette kommet til uttrykk i artikkel 21 som bla bestemmer at ICC kan anvende «folkerettens prinsipper og regler». Etter norsk rett kan straff ikke ilegges med hjemmel i sedvanerett eller basert på en ren interesseavveining. I hjemmelsgrunlaget for de internasjonale domstolene er det imidlertid gitt bestemmelser som beskriver hvilke handlinger som faller inn under domstolens kompetanse, jf art 22 nr.1: «En person skal ikke være strafferettslig ansvarlig etter disse vedtekter med mindre den aktuelle atferd, på det tidspunkt den finner sted, utgjør en forbrytelse som faller inn under Domstolens jurisdiksjon». Den «aktuelle atferd» må altså falle inn under artikkel 6, artikkel 7 eller artikkel 8. Denne prinsipielle forskjellen er derfor ikke så stor i praksis.

3.2.1.1 Medvirkning

Etter straffeloven 2005 § 15 er medvirkning straffbart når ikke annet er bestemt i et straffebed, i motsetning til straffeloven 1902 der medvirkning er straffbart bare når det er særskilt bestemt. Ved strl 2005 er det ikke tilsiktet noen endring i hva som kreves for at straffbar medvirkning skal foreligge. Det innebærer at både etter strl 1902 og strl 2005 beror rekkevidden av medvirkningsansvaret på en tolkning av det enkelte straffebed. Medvirkning er også straffbart i internasjonal strafferett. Roma-vedtektene

⁵⁴ Eskeland (2011) s.68

⁵⁵ Eskeland (2011) s. 69

artikkel 25 nr. 3 bokstav a til e fastsetter at både selve utførelsen av den straffbare handling og ulike former for medvirkning kan gi grunnlag for individuelt straffansvar. Medvirkningsansvarets rekkevidde etter norsk rett er i hovedsak sammenfallende med medvirkningsansvaret i Roma-vedtektene og i hvert fall ikke er mindre vidtrekkende.

I norsk rett kan medvirkningshandlingen være av en hvilken som helst art. Den kan være fysisk eller psykisk. Den kan være av aktiv karakter eller bestå i unnlatelse. I det følgende tar jeg stilling til de forskjellige medvirkningsbestemmelsene i Roma-vedtektene og vurderer dem i forhold til medvirkningsansvaret etter straffeloven 2005 § 15.

Roma-vedtektene artikkel 25 nr 3 bokstav a fastsetter at en person skal være strafferettslig ansvarlig dersom vedkommende begår en forbrytelse «as an individual, jointly with another, through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible». Også etter norsk rett kan en forbrytelse begås av flere i fellesskap slik at alle regnes som gjerningsperson og ikke bare som medvirker. I norsk rett har det dessuten ikke noe å si for straffansvaret eller strafferammen om en handling blir regnet som hovedgjerning eller som medvirkning.

Roma-vedtektene artikkel 25 nr 3 bokstav b fastsetter straffansvar for den som «orders, solicits or induces a crime which in fact occurs or is attempted». I norsk rett er en ordre om å utføre en forbrytelse psykisk medvirkning som klart er omfattet av medvirkningsansvaret. På samme måte som forståelsen av «order» i praksis fra ICTR⁵⁶ og ICTY⁵⁷ viser også norsk rettspraksis at det ikke er nødvendig å påvise noe formelt over- og underordningsforhold, så lenge medvirkeren har autoritet til å gi ordre om å utføre en forbrytelse. Dessuten vil all tilskynding, blant annet oppfordringer og oppmuntringer, til å begå en straffbar handling være omfattet, så lenge medvirkeren i det minste har påvirket hovedmannen ytterligere i retning av forbrytelsen.

⁵⁶ Akayesu-saken (avsnitt 483), Mpambara-saken(avsnitt 19), Semanza-saken (avsnitt 361), Kordic and Cerkez (avsnitt 28)

⁵⁷ Brdanin-saken (avsnitt 270)

Når det gjelder kravet om årsakssammenheng som kreves mellom tilskyndelsehandlingen og utførelsen av forbrytelsen, etablerer praksis fra ICTR og ICTY⁵⁸ et krav om «substantial contribution», mens det i norsk rett bare er et krav om medvirkende årsaksforhold, ikke at medvirkningen har vært nødvendig for resultatet.

Roma-vedtektene artikkel 25 nr. 3 bokstav c omfatter den som «aids, abets or otherwise assists». Medvirkeren må etter dette alternativet i Roma-vedtektene ha til hensikt å legge forholdene til rette for forbrytelsen. Slik medvirkningsbegrepet er fortolket i norsk rett, vil dette være omfattet. Dette kravet snevrer inn ansvaret sammenlignet med det alminnelige forsettskravet som gjelder i norsk rett.

Etter Roma-vedtektene art 25 nr 3 bokstav d gjelder det individuelle straffansvaret også «in any other way contributes to the commission or attempted commission of such a crime by a group of persons acting with a common purpose». Dette innebærer den laveste objective terskelen for medvirkning etter artikkel 25, ved at bidrag til forbrytelsen “in any other way” er gjort straffbare. På den subjektive siden kreves at deltakeren enten må handle med en spesiell hensikt om å fremme gruppens kriminelle virksomhet eller hensikt, eller kunnskap om at gruppen hadde til hensikt å begå forbrytelsen. Det kreves etter dette alternativet at deltakeren må være klar over den spesifikke forbrytelsen gruppen har til hensikt å begå.

I internasjonal strafferett er det utviklet en doktrine om såkalt «joint criminal enterprise» (JCE) som er utviklet i rettspraksis, særlig av ICTY.⁵⁹ Ansvaret omfatter handlinger som ligger utenfor den felles plan eller hensikt, men som er en påregnelig («foresight/foreseeability»⁶⁰) konsekvens av å realisere den felles plan eller hensikt.⁶¹

Doktrinen er lagt til grunn av ICTY og ICTR. I Ot.prp.nr. 8 er det lagt til grunn at Roma-vedtektenes art 25 nr 3 bokstav d gjelder for gjerningspersoner som omfattes av

⁵⁸ Kordic og Verkez-dommen (avsnitt 27)

⁵⁹ I Tadic-dommen (avsnitt 185 flg.) gir ICTY en fremstilling av doktrinen.

⁶⁰ Cassese (2008) s.200

⁶¹ En grundig gjennomgang av doktrinen er gitt i Zahar (2008) s. 221-256 og Cassese (2008) s.189-214

JCE-doktrinen.⁶² Spørsmålet blir om JCE-doktrinen omfatter forhold som ikke dekkes av det norske medvirkningsansvaret. I norsk rett anses avtaler om å begå forbrytelser som en form for psykisk medvirkning. Planlagte aksjoner er klart omfattet av avtalt medvirkning, men også situasjoner der selve aksjonen eller deltakelsen ikke har et like klart avtalepreg kan være omfattet. Rt. 1995 side 1228 (Andrawes-saken) viser at Høyesterett har pålagt medvirkningsansvar også for handlinger som normalt kan forventes som ledd i en kriminell virksomhet av den aktuelle typen. Saken gjaldt spørsmålet om Andrawes kunne utleveres til Tyskland for å bli tiltalt for deltakelsen i kapringen av et tysk fly i 1977. Høyesterett uttalte at «de som deltar i en flykapring – eller iallfall en flykapring av den karakter som det her dreier seg om – må ha et medvirkeransvar for drap som skjer under kapringen med mindre det foreligger spesielle omstendigheter som peker i motsatt retning.» På denne bakgrunn ble det konkludert med at det ikke er behov for noen særskilt regulering av medvirkningsansvaret på bakgrunn av Roma-vedtektene artikkel 25 nr. 3 a til d.⁶³

3.2.1.2 Forsøk og forberedelse

Det følger av strl § 16 at forsettlige forsøk på handlinger som kan medføre fengsel i ett år eller mer, er straffbart. Ifølge Roma-vedtektenes art 25 nr 3 bokstav f er forsøk på handlinger som ICC har kompetanse til å pådømme, straffbart. Straffbarheten bortfaller dersom gjerningspersonen frivillig avstår fra handlingene eller forhindrer at den blir gjennomført. Den språklige utformingen trekker i retning av at det skal mer til for at forsøkets straffbarhet bortfaller enn etter strl § 16. Men ifølge st.prp.nr. 24 «synes... det nærmere innhold i forsøksbestemmelsen... i hovedsak å svare til straffelovs §§ 49 og 50».

Forsøkshandlingens nedre grense er straffri forberedelse. Forberedende handlinger er straffrie med mindre det er hjemmel gir straff av en forberedelseshandling. I norsk straffelovgivning brukes tradisjonelt ordet «forbund» som synonym for avtale. En avtale eom å begå folkemord, forbrytelse mot menneskeheten og en rekke krigsforbrytelser et straffbar etter §108. I internasjonal strafferett er avtale om å begå

⁶² Ot.prp.nr. 8 (2007-2008) s.70

⁶³ Ot.prp.nr. 8 (2007-2008) pkt.5.7.2

straffbare handlinger ikke en egen forbrytelseskategori, men vil ofte være en straffbar medvirkningshandling, jf artikkel 25 nr 3 boksvat c om «å legge forholdene til rette» i den hensikt å begå disse forbrytelsene.

3.2.2 Subjektiv skyld

Roma-vedtektene fastsetter at skyldkravet er hensikt og kunnskap («intent and knowledge»), når ikke annet er bestemt, jf. artikkel 30. Kravet dekkes av det norske forsettsbegrepet, jf. straffeloven 2005 § 22. Dette innebærer at når skyldkravet er oppfylt etter artikkel 30, vil også forsettskravet etter norsk rett være oppfylt.⁶⁴ Det kan dessuten foreligge forsett etter norsk rett uten at det er forsett etter Roma-vedtektene. Når det kreves at gjerningspersonen har kunnskap etter Roma-vedtektene, skal vedkommende positivt vite at en omstendighet foreligger, jf. artikkel 30 nr. 3. Det skal mindre til å konstatere at det foreligger sannsynlighetsforsett, jf. straffeloven 2005 § 22 (1)(b). Endelig har forsettsformen eventuelt forsett (*dolus eventualis*), jf. straffeloven 2005 § 22 (1)(c), ingen motstykke i Roma-vedtektene artikkel 30

3.2.3 Straffrihetsgrunner etter Roma-vedtektene og forholdet til norsk rett

I Roma-vedtektene fremgår straffrihetsgrunnene av artikkel 31, 32 og 33.

Roma-vedtektene artikkel 31 nr. 1 bokstav a slår fast at man ikke er strafferettslig ansvarlig hvis man på handlingstidspunktet lider av sinnssykdom eller mental funksjonsnedsettelse. Det kreves at sinnssykdommen «ødelegger denne personens evne til å bedømme atferdens lovstridighet eller karakter, eller evne til å kontrollere sin atferd slik at den er i overensstemmelse med rettsordenens krav». Norsk strafferett bygger her på det såkalte medisinske prinsipp. Det avgjørende er om gjerningspersonen var sinnssyk på handlingstidspunktet, jf. straffeloven 2005 § 20. Det er derfor en teoretisk mulighet for at personer som er psykotiske, psykisk utviklingshemmede i høy grad eller bevisstløse i gjerningsøyeblikket, og derfor ikke vil bli holdt strafferettslig ansvarlig etter norsk rett kan bli stilt til ansvar av ICC dersom den ikke finner årsakssammenheng mellom disse tilstandene og forbrytelsene.⁶⁵ Dette førte imidlertid ikke til en tilsvarende bestemmelse i den norske bestemmelsen. Som begrunnelse for at det ikke var behov for noen særlig regulering av disse straffrihetsgrunnene, fremgår det i forarbeidene at det i

⁶⁴ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) pkt.5.7.3

⁶⁵ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) pkt.5.7.4.2

praksis er «meget vanskelig å se for seg at det vil skje». Selv om det etter norsk rett ikke et særskilt vilkår om at vedkommende mangler evnen til å vurdere handlingens rettmessighet, vil det ofte være et resultat av sinnslidelsen, slik at bestemmelsene i praksis nesten alltid vil lede til det samme resultatet.⁶⁶

Etter artikkel 31 fører også rus som har de nevnte virkningene på dømmekraften eller selvkontrollen til straffrihet. Det er en forutsetning at vedkommende ikke har beruset seg frivillig under slike omstendigheter at han visste eller så bort fra risikoen om at han som følge av beruselsen sannsynligvis ville begå handlingen, jf. bokstav b. Regelen i norsk strafferett er at selvforskyldt beruselse ikke fritar fra straffansvar.⁶⁷ Norsk rett er strengere enn Roma-vedtektene når det gjelder å holde folk ansvarlig for det de gjør i beruset tilstand.⁶⁸ Det ble ikke nødvendig eller ønskelig med unntak fra de alminnelige bestemmelsene i straffeloven på disse punktene fordi det er norsk straffelovgivning som strekker ansvaret lengst.⁶⁹

Videre fastsetter artikkel 31 nr. 1 bokstav c straffrihet der handlingen er begått i nødverge. Roma-vedtektene inneholder enkelte absolutte krav, mens straffeloven 2005 § 18 gir anvisning på en vurdering av om handlingen er nødvendig og ikke åpenbart går lenger enn forsvarlig vurdert ut fra «hvor farlig angrepet er, hva slags interesser som angrepet krenker og angriperens skyld». For det første utelukker Roma-vedtektene straffrihet for folkemord eller forbrytelser mot menneskeheten der angrepet har vært rettet mot en gjenstand. Nødvendighetsvurderingen og forsvarlighetsvurderingen som norsk rett gir anvisning på, vil imidlertid ikke lede til straffrihet for folkemord og forbrytelser mot menneskeheten dersom det kun er tale om å redde materielle verdier.⁷⁰ Når det gjelder krigsforbrytelser, kan handlingen bli straffri bare når det gjelder «eiendom som er vesentlige for at vedkommende eller en annen person skal kunne overleve» eller «vesentlige for å kunne fullføre et militært oppdrag». Dette er utvilsomt

⁶⁶ NOU 2002:4 pkt.9.2.1

⁶⁷ Andenæs (2004) s.313flg., Eskeland (2006) s.331flg.

⁶⁸ Jf. straffeloven 2005 § 20 (2)

⁶⁹ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) pkt.5.7.4.2

⁷⁰ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) pkt.5.7.4.2

også regelen i norsk rett, selv om det ikke fremgår uttrykkelig av bestemmelsen.⁷¹ For det andre krever Roma-vedtektene uttrykkelig at den maktbruken man har forsvart seg mot, var umiddelbart forestående. Norsk rett setter ikke noe slikt uttrykkelig krav, men det må antas at det følger av vurderingene som skal foretas. I forarbeidene er det dessuten gitt en generell anvisning på at «norske domstoler må ta praksis fra ICC i betraktning ved anvendelsen av nødvendighets- og forsvarlighetsstandarden i straffeloven 2005 § 18 i saker om folkemord, forbrytelser mot menneskeheten og krigsforbrytelser»⁷².

Endelig slår artikkel 31 nr. 1 bokstav d fast at man er straffri der man har vært i en tvangssituasjon som følge av en trussel om umiddelbar død eller vedvarende alvorlig fysisk skade på en selv eller en annen. I norsk rett er dette regulert i straffeloven 2005 § 17 om nødrett. Begge bestemmelsene krever at handlingen må være nødvendig og rimelig («ikke kan avverges på annen rimelig måte», og «acts necessarily and reasonably»), og at den interessen man ofrer, er mindre enn den man søker å avverge. Etter norsk rett kreves det at skaderisikoen man avverger er langt større enn skaderisikoen ved handlingen, mens Roma- vedtektene krever at den som har begått den ellers straffbare avvergingshandlingen, ikke har til hensikt å forårsake større skade enn den som blir avverget. Strl § 17 (b) er strengest formulert. Til gjengjeld krever Roma-vedtektene at man handler for å avverge en overhengende fare for død eller alvorlig legemsskade, mens avvergingshandlingen i prinsippet også kan skje for å redde eiendom eller en annen interesse etter straffeloven § 17 (a). En handling som er omfattet av bestemmelsene i straffeloven om folkemord eller forbrytelse mot menneskeheten vil imidlertid aldri vil bli ansett som lovlig på grunn av nødrett der det ikke er tale om å avverge dødsfall eller alvorlig legemsskade, og det strenge kravet til interesseovervekt i norsk rett gjør at dette også vanskelig kan tenkes for krigsforbrytelsenes del.⁷³ I Erdemovic-saken bygde ICTY på at drap på uskyldige personer utført under en reell trussel om selv å bli drept dersom tiltalte ikke gjennomførte drapene, ikke var straffrihetsgrunn.

⁷¹ Eskeland (2011) s. 270

⁷² Ot.prp.nr.8 (2007-2008) pkt. 5.7.4.2

⁷³ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) pkt.5.7.4.2

Faktisk og rettslig uvitenhet er regulert i Roma-vedtektene artikkel 32 og straffeloven 2005 § 25 og § 26. Hvis en gjerningsperson oppfatter situasjonen på en måte som avviker fra den faktiske situasjonen, er han i faktisk villfarelse. Etter Roma-vedtektene utelukker faktisk rettsvillfarelse straffeskyld dersom den innebærer at gjerningspersonen ikke utviste den nødvendige subjektive skyld. Straffeloven 2005 fastsetter i § 25 at «enhver skal bedømmes etter sin oppfatning av den faktiske situasjonen på handlingstiden». Innholdet i artikkel 32 nr. 1 og straffeloven 2005 § 25 er det samme, selv om bestemmelsene er formulert ulikt.⁷⁴ Den samme regelen ble også lagt til grunn av Rwanda-domstolen.⁷⁵ En gjerningsperson kan også ha feil oppfatning av den rettslige bedømmelsen av sin handling. Både i norsk og internasjonal strafferett fritar rettsvillfarelse som hovedregel ikke for straffansvar. I norsk rett følger dette av en sikker antitetisk tolkning av § 26 som fastsetter at en gjerningsperson som har vært i aktsom god tro med hensyn til handlingens «lovlighet», ikke kan straffes. Roma-vedtektene har ikke bestemmelser om betydningen av rettsuvitenhet om handlingens lovlighet. Dette har ingen praktisk betydning. Folkemord, forbrytelser mot menneskeheten og krigsforbrytelser er så åpenbare brudd på moralnormene at det er vanskelig å se for seg at noen skulle være uvitende om at overtredelse av bestemmelsene om dette er straffbare, og langt mindre at en slik uvitenhet kan anses som aktsom.⁷⁶ Etter artikkel 23 nr. 2 kan rettsvillfarelse medføre straffrihet i to tilfeller. For det første der feiltakelsen innebærer at skyldkravet i straffebudet ikke er oppfylt. Det omfatter tilfeller som man i norsk rett tradisjonelt kaller uegentlig rettsvillfarelse. For det andre kan rettsuvitenhet om forpliktelse til ikke å følge ordre fra overordnet føre til straffrihet i de tilfellene som omfattes av artikkel 33, jf nr. 2. Etter § 26 skal det også i disse tilfellene vurderes om villfarelsen var uaktsom. I forarbeidene er det lagt til grunn at det ikke er grunnlag for å frykte at norsk rett vil føre til flere frifinnelser for rettsvillfarelse enn Roma-vedtektene, og noen særbestemmelse ble derfor ikke ansett nødvendig.⁷⁷

⁷⁴ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) pkt.5.7.4.2

⁷⁵ Rutaganda-saken (1999)

⁷⁶ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) pkt.5.7.4.2

⁷⁷ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) pkt.5.7.5

Etter internasjonal strafferett er det en grunnleggende regel at gjennomføring av straffbar handling utført etter ordre ikke fritar for straff.⁷⁸ Etter Roma-vedtektene artikkel 33 kan ordre fra overordnet medføre straffrihet. Forutsetning er at gjerningspersonen var rettslig forpliktet til å adlyde ordren, ikke visste at ordren var rettsstridig og ordren ikke var åpenbart rettsstridig. Det siste vilkåret vil aldri være oppfylt når det gjelder ordre om å begå folkemord eller forbrytelser mot menneskeheten, jf. artikkel 33 nr. 2. I Erdemovic-saken begikk tiltalte drap etter ordre og under trussel om selv å bli drept hvis han ikke fulgte ordre, men ICTY godtok ikke at ordren var en straffrihetsgrunn. Straffeloven 2005 har ingen bestemmelse om dette. Ordre fra overordnet kan imidlertid innebære at gjerningspersonen ikke har utvist den nødvendige skyld, eller at en ordre fra overordnet i enkelte tilfeller kan tilsi at gjerningspersonen anses å ha vært i unnskyldelig rettsuvitenhet.⁷⁹ Artikkel 33 i vedtektene gir en videre adgang til bortfall av straffansvar enn det som følger av norsk strafferett⁸⁰. Det er altså norsk straffelovgivning som strekker ansvaret lengst.⁸¹ På denne bakgrunn ble det antatt at det ikke var nødvendig med noen særregulering av spørsmålet i straffeloven.⁸² Det er videre fremhevet at «praksis knyttet til Roma-vedtektene artikkel 33 vil være av betydning i vurderingen av om det er aktuelt å frita for straffansvar på grunn av rettsuvitenhet eller manglende skyld forårsaket av en ordre fra en overordnet, på samme måte som ved anvendelsen av andre regler som har paralleller i de internasjonale reglene»⁸³.

3.3 Foreldelse

Foreldelse er en straffopphørsgrunn. Strl 2005 § 91 om ikke-foreldelse ble tatt inn i straffeloven som følge av bestemmelsene i kapittel 16, og den gjør at norsk rett samsvarer med Roma-vedtektene artikkel 29. Prinsippet om ikke-anvendelse av

⁷⁸ Nürnberg-charteret artikkel 8, ICTY-satutter artikkel 7 nr.4, ICTR-statutter artikkel 6 nr.4 og Roma-vedtektene artikkel 33

⁷⁹ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) pkt.5.7.6

⁸⁰ Andenæs (2004) s.190

⁸¹ NOU 2002:4 pkt. 9.2.1

⁸² Ot.prp.nr. 8 (2007-2008) pkt.5.7.6.2

⁸³ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) pkt.5.7.6.2

foreldelsesregler for de alvorligste internasjonale forbrytelser antas også å være internasjonal sedvanerett.⁸⁴

Bakgrunnen for strl § 91 var at det var Roma-vedtektene som gikk lengst i å pålegge et strafferettslig ansvar, jf Roma-vedtektene art 29 som fastslår at forbrytelser som faller inn under Domstolens jurisdiksjon ikke skal være gjenstand for foreldelse.

Etter Roma-vedtektene faller både mindre alvorlige krigsforbrytelser og mindre alvorlige forsøks- og medvirkningshandlinger til alle de tre forbrytelsene utenfor Domstolens jurisdiksjon og således utenfor anvendelsesområdet for den særskilte foreldelsesregelen i artikkel 29.⁸⁵ Tilsvarende begrensninger eksisterer ikke i straffeloven. Den mest hensiktsmessige måten å skille ut de mindre alvorlige krigsforbrytelser ble antatt å være begrensning til krigsforbrytelser med en strafferamme på 15 år eller mer.⁸⁶ Begrunnelsen var at det er bare ved de mest alvorlige forbrytelsene det er grunn til å la de hensyn som begrunner foreldelsesreglene, vike. Bestemmelsen i § 91 er derfor utformet slik at handlinger som anses som folkemord, forbrytelser mot menneskeheten og krigsforbrytelser ikke foreldes dersom de har en strafferamme på 15 år eller mer.

3.4 Strafferammer

Straffeloven 2005 alminnelig del setter ikke absolutte rammer for straffutmålingen, slik straffeloven 1902 § 17 gjør. Når det gjelder strafferammene for forbrytelsene i straffeloven 2005 kapittel 1, ble det imidlertid lagt visse føringer.

Når det gjelder den øvre strafferammen er det fastsatt maksimumsstraff på fengsel i inntil 30 år for folkemord, forbrytelser mot menneskeheten og krigsforbrytelser. Avgjørende for at maksimumstraffen i straffeloven økte fra 21 års fengsel til 30 års fengsel var særlig Roma-vedtektene artikkel 77 nr. 1 bokstav a. Rettsenhet på dette område vil blant annet forebygge krav om at norske borgere må utleveres til ICC for strafforfølgninger. Det ble også lagt vekt på at en kombinasjon av lavere strafferammer,

⁸⁴ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s.387 Innst. O nr. 72 (2004-2005) pkt.27.1

⁸⁵ Artikkel 5, artikkel 8 nr.1 og artikkel 18 nr 1 bokstav d

⁸⁶ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) pkt.5.5.5.1.3

gunstige regler om prøveløslatelse og humant fengselsregime kunne gjøre at personer som hadde gjort seg skyldig i krigsforbrytelser m.v., kunne komme til å se på Norge som et tilfluktssted.⁸⁷

Spørsmålet om det burde innføres minstestraft for folkemord, forbrytelse mot menneskeheten og krigsforbrytelser ble avvist i Ot.prp.nr.90 (2003-2004)⁸⁸. Det ble særlig lagt vekt på at «forskjellen i straffverdighet mellom handlingene til de reelle hovedgjerningspersoner og de mest perifere medvirkere kan være stor, og innebærer at en minimumsstraff kan bli urimelig streng for medvirkerne»⁸⁹. Det finnes flere eksempler på bestemmelser om minstestraffer i andre lands lovgivning blant annet i Finland, Sverige, Tyskland, Spania og Portugal. Ulike stater har imidlertid ulike tradisjoner når det gjelder bruk av minstestraffer. De internasjonale domstolene har for øvrig ingen minstestraffer. Standpunktet om ikke å bruke minstestraft ble endret i Ot.prp.nr.8. Resultatet ble bruk av minstestraft etter engelsk og skotsk mønster. Etter strl § 110 kan straffen «ikke settes under minstestrafen som er bestemt i straffebud som i mangel av kapittel 16 ville ha rammet handlingen det domfelles for»

4 Forbrytelseskategoriene

4.1 Folkemord

4.1.1 Innledning

I norsk rett er folkemord straffbart etter strl 2005 § 101. Bestemmelsen er utformet etter samme mønster som artikkel 6 i Roma-vedtektene og skal forstås på samme måte.⁹⁰ Definisjonen i artikkel 6 er identisk med artikkel 2 i Folkemordkonvensjonen⁹¹, samt

⁸⁷ Innst. O nr.72 (2004 – 2005) s.32-33

⁸⁸ Pkt.11.6.5.1

⁸⁹ I Innst. O. nr. 72 (2004 – 2005) slutter justiskomiteen seg til dette, s.29.

⁹⁰ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) s.278

⁹¹ FNs folkemordskonvensjon

definisjonene i vedtektene til de to midlertidige domstolene for det tidligere Jugoslavia⁹² og Rwanda⁹³.

I folkemordskonvensjonen er folkemord definert som nærmere bestemte handlinger «som er begått i den hensikt å ødelegge helt, eller delvis, en nasjonal, etnisk, rasemessig eller religiøs gruppe som sådan». Da Norge ratifiserte konvensjonen 22. juli 1949, ble det antatt at den ikke foranlediget noen endring i norsk lov⁹⁴, selv om norsk lov ikke inneholdt en egen bestemmelse om folkemord og det ikke fantes en straffebestemmelse som rammet påtvingelse av tiltak for å hindre fødsler innen en gruppe, med mindre det dreide seg om tvang mot enkeltindivider. Begrunnelsen var at straffebestemmelser rettet mot «den alminnelige befolkningspolitikk ville gjøre et eiendommelig inntrykk, og ha liten praktisk betydning»⁹⁵. Folkemordskonvensjonen gir ikke hjemmel for straff for folkemord, men forplikter statene til å sørge for å vedta de nødvendige lovbestemmelser slik at konvensjonens bestemmelser kan settes i verk, og til å fastsette effektive straffer for personer som er skyldige i folkemord. Den er likevel relevant for tolkningen av den norske bestemmelsen om folkemord fordi den har tilnærmet universell oppslutning og anses i det vesentlige som uttrykk for internasjonal sedvanerett.

4.1.2 De objektive vilkårene

4.1.2.1 Gruppebeskyttelse

Bestemmelsen om folkemord tar sikte på å beskytte bestemte grupper av individer mot ødeleggelse, ikke det enkelte individ som tilhører gruppen.

Etter strl § 101 må en gruppe være «nasjonal, etnisk, rasemessig eller religiøs» for at den skal være beskyttet. Rekkevidden av den norske bestemmelsen om folkemord er i samsvar med ordlyden i Roma-vedtektene artikkel 6 og ordlyden i folkemordskonvensjonen artikkel 2.

⁹² Statuttene for Jugoslavia-domstolen art.4

⁹³ Statuttene for Rwanda-domstolen art.2

⁹⁴ St.prp. nr. 56 (1949) s.6

⁹⁵ St.prp. nr. 56 (1949) vedlegg 2

Et særskilt spørsmål er om oppregningen av de fire gruppene er uttømmende. Ordlyden må ut fra en naturlig forståelse tolkes slik at andre grupper ikke omfattes av bestemmelsen. ICTR uttalte imidlertid i Akayesu-saken⁹⁶ at beskyttelsen bør gjelde «enhver stabil gruppe», ikke bare de som er oppregnet. Dette følger også av forarbeidene til Folkemordskonvensjonen, hvor formålet var å beskytte «enhver stabil og permanent gruppe». Etter en slik tilnærming ville utryddelse av grupper hvor medlemmene har et felles sosialt kjennetegn karakteriseres som folkemord.

Etter straffeloven § 101 gjelder beskyttelsen de gruppene som er uttrykkelig nevnt.⁹⁷ Det vil si at § 101er uttømmende når det gjelder hvilke grupper som er beskyttet. Begrunnelsen er at synspunktet om at «enhver stabil og permanent gruppe» omfattes, ikke har fått stor internasjonal utbredelse. Det er kun den franske loven som fastsetter at beskyttelsen gjelder enhver gruppe definert ut fra «vilkårlige kriterier». Det ble videre vist til at begrepet folkemord eller «genocide» indikerer at det er «folk» man tar sikte på å beskyttes ved bestemmelsen, ikke andre stabile grupper med felles kjennetegn. Ut fra ordlyden er det utvilsomt at denne løsningen er gjeldende rett på grunn av at det både på strafferettens område i norsk rett og etter Roma-vedtektene gjelder et legalitetsprinsipp. Ordlyden kan ikke tolkes utvidende til å omfatte andre grupper enn de som uttrykkelig er nevnt.

4.1.2.2 Handlingstyper

For å gjennomføre folkemord kan de ansvarlige bruke ulike former for voldsutøvelse. I strl § 101 bokstav a-e nevnes de fem typer handlingene som regnes som folkemord og som er forbudt både i freds- og krigstid. Det er et vilkår at gjerningspersonen har utført en av de handlingene som omfattes av bestemmelsen. Nedenfor følger noen merknader til handlingstyper der det er forskjeller i utformingen av § 101 og art 6.

Folkemord kan begås ved at man forårsaker betydelig skade på kropp eller helse på et medlem av gruppen, jf. bokstav b. Uttrykket «betydelig skade på kropp eller helse» er definert i straffeloven 2005 § 11. I Roma-vedtektene artikkel 6 brukes «serious bodily

⁹⁶ Akayesu-saken avsn.516

⁹⁷ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) pkt. 5.8.5 s. 79.

or mental harm». Det kan ikke utelukkes at grensen for hva som etter norsk rett er å anse som «betydelig» kan vise seg å være en annen enn ICC vil anse som «alvorlig». Lovgiver har imidlertid ikke tilsiktet å gi den norske bestemmelsen et avvikende anvendelsesområde.⁹⁸ Begrunnelsen for forskjellen var at man valgte en formulering «som ellers brukes i straffeloven» som ikke skal innebære noen realitetsforskjell.

Etter bokstav c kan folkemord gjennomføres ved å påføre et eller flere medlemmer av gruppen levekår som tar sikte på å fysisk ødelegge gruppen helt eller delvis. «Fysisk ødeleggelse» innebærer at gruppen dør ut. Dette alternativet inneholder i Roma-vedtektene et krav om at overtrederen handler «deliberately», altså bevisst. Dette kravet er ikke tatt med i den norske bestemmelsen. Begrunnelsen var at det ikke ligger noen realitet i det uttrykkelige subjektive kravet i denne bestemmelsen i tillegg til det generelle forsettskravet. Et uttrykkelig subjektivt element utover kravet om ødeleggelseshensikt ble ansett unødvendig. Videre ble det vist til det forhold at handlingen må være tilsiktet også følger av ordene «tar sikte på».

Et spørsmål som er omtvistet i internasjonal juridisk teori er om det er tilstrekkelig til å kunne dømmes for fullbyrdet folkemord at én person er drept eller det er foretatt en av de andre handlingene overfor én person, og om det bør stilles krav om at handlingen inngår i et tydelig mønster av liknende handlinger.

Roma-vedtektene benytter flertallsformen. I forbrytelselementene presiseres det imidlertid at man kan dømmes for folkemord hvis gjerningspersonen har drept eller alvorlig skadet «en eller flere personer» såfremt de øvrige krav er oppfylt. Det er i så fall et vilkår at handlingen har funnet sted i forbindelse med et tydelig mønster av lignende handlinger rettet mot gruppen, eller at handlingen i seg selv kunne ført til utryddelse av hele eller deler av gruppen.

Også etter det sedvanerettslige forbudet mot folkemord er det usikkert om det er tilstrekkelig at én person er blitt drept siden også Folkemordkonvensjonen benytter flertallsformen. I Akayesu-saken uttaler Rwandadomstolen at de materielle vilkårene

⁹⁸ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) pkt. 12.2.1.3 s. 280.

for at det skal foreligge folkemord, innebærer at en av de forbudte handlingene må være begått mot ett eller flere individer som tilhører gruppen.⁹⁹ Rettspraksis fra Rwanda-domstolen og Jugoslavia-domstolen har imidlertid ikke et krav om at handlingen har funnet sted i forbindelse med et tydelig mønster av lignende handlinger rettet mot gruppen, eller at handlingen i seg selv kunne ført til utryddelse av hele eller deler av gruppen.¹⁰⁰

I den norske bestemmelsen om folkemord er løsningen den at det er tilstrekkelig at en person er drept eller at det er foretatt en av de andre handlingene overfor én person. Det stilles krav om at handlingen inngår i et tydelig mønster av liknende handlinger. Dette kravet er imidlertid ikke tatt i loven på grunn av at lovgiver fant at det ikke var grunnlag for det. Begrunnelsen er at «definisjonen bør legges så tett opptil Roma-vedtektene og folkemordkonvensjonen som mulig, og at det prinsipielt er uheldig dersom den norske bestemmelsen stiller strengere krav til å bli dømt for folkemord enn det som følger av folkemordkonvensjonen og internasjonal sedvane». I internasjonal juridisk teori har det vært anført at formålet med forbrytelselementene på dette punktet kun var å innføre en avgrensning av ICCs jurisdiksjon, og ikke å innskrenke rekkevidden av folkemordbestemmelsen. Selv om rettstilstanden er noe uavklart, er det en tendens til å anse det som tilstrekkelig at én person er rammet av de forbudte handlingene. Etter dette må det antas at det er samsvar mellom norsk rett og Roma-vedtektene også på dette punktet.

4.1.3 Det subjektive vilkåret – kravet til hensikt

Skyldkravet i bestemmelsen om folkemord er at en gjerningsmann må ha i hensikt å ødelegge, helt eller delvis, en nasjonal, etnisk, rasemessig eller religiøs gruppe. Kravet er altså hensiktsforsett. Internasjonalt finnes det rettslige grunnlaget for de subjektive straffbarhetsvilkår i folkemordkonvensjonens artikkel 2, ICTY-statuttene artikkel 3, ICTR-statuttene artikkel 2 og i ICC-statuttene artikkel 6 og 30.

⁹⁹ avsnitt 521

¹⁰⁰ ICTR saken mot Kayishema og Ruzindana avsnitt 163. ICTY Krstic-saken

Den spesielle hensikten har flere komponenter. For det første må gjerningsmannens ødeleggelseshensikt være rettet mot en av de fire beskyttede gruppene. Det andre elementet er av en mer kvantitativ karakter. Det kreves at gjerningsmannens hensikt er å ødelegge gruppen helt eller delvis. I tillegg til hensiktskravet, knytter det seg et alminnelig forsettskrav til hver av de underliggende handlingene. Det spesielle når det gjelder folkemord er altså at det er to nivåer av skyld som må bevises for å kunne si at gjerningspersonen er skyldig; et alminnelig forsettskrav for handlingene som er begått og et spesielt hensiktskrav – kravet til the genocidal intent – til å ødelegge gruppen helt eller delvis.

Rettspraksis fra ICTY og ICTR har i stor grad bidratt til å klargjøre innholdet i hensiktskravet. I Akayesu-saken (ICTR 1998) ble det presisert at det dreier seg om såkalt «*dolus specialis*», dvs. kvalifisert forsett. Som ellers må forekomsten av slik hensikt, i fravær av tilståelse, kunne utledes av ytre omstendigheter ved handlingen.¹⁰¹

Vilkåret i artikkel 6 om at en beskyttet gruppe må bli ødelagt «som sådan», er ikke tatt med i den norske bestemmelsen fordi det ble ansett som unødvendig.¹⁰² I internasjonal juridisk teori er det antatt at «som sådan» henviser til et diskriminerende motiv for ødeleggelsen. Motiv og hensikt er ikke alltid sammenfallende. Ordene ble inntatt i bestemmelsen som et kompromiss mellom de delegasjonene som mente at det burde kreves et eksplisitt motiv og de som mente at dette var unødvendig. Det gjør imidlertid bestemmelsen uklar i forhold til om bevis om et folkemorderisk motiv er et vesentlig element i forbrytelsen eller ikke. Forarbeidene sier ingenting om dette. Rettspraksis er like stille. Betydningen av uttrykket ”som sådan” er derfor ikke avklart.

4.1.4 Medvirkning

Kravet om ødeleggelseshensikt gjelder bare for hovedmannen. Det er imidlertid antatt i norsk rett at der det stilles krav om en spesiell hensikt i et straffebud, kan man ikke straffes for medvirkning dersom man ikke har en slik hensikt. Strl § 101 andre ledd

¹⁰¹ Jelusic-saken

¹⁰² Ot.prp.nr.8(2007-2008) pkt.12.2.1.3

inneholder derfor en særregel om medvirkning. For medvirkere er det tilstrekkelig med et forsett som omfatter at hovedmannen handler med ødeleggelseshensikt.

I ICTRs uttalelse i Akayesu-dommen¹⁰³ understrekes det at medvirkeren ikke trenger å ha til hensikt å ødelegge en folkegruppe, så lenge vedkommende er klar over at det er hovedforøverens hensikt. I Akayesu-dommen er formuleringen «knew or had reason to know that the principal was acting with genocidal intent». Direkte oversatt betyr det «visste eller måtte vite». Formuleringen formuleringen «had reason to know» er forlatt. I Mpambara-saken¹⁰⁴ uttalte rettergangskammeret at »[t]he aider and abettor need not (although he or she may) share the principal's intent, but must at least know that his or her acts are assisting the principal to commit the crime». Dette er også spesifikt uttalt i flere dommer i ankekammeret

Ved å bruke forsettbegrepet i den norske bestemmelsen får man med de tilfellene hvor medvirkeren visste eller holdt det som overveiende sannsynlig at hovedmannen hadde til å hensikt å begå folkemord, og også de tilfellene hvor medvirkeren ikke holdt dette for overveiende sannsynlig, men ville utført handlingen uansett, jf. straffeloven 2005 § 22 første ledd bokstav b og c.

4.2 Forbrytelse mot menneskeheten

4.2.1 Innledning

Individuelt straffansvar for forbrytelser mot menneskeheten ble først nedfelt i Nürnberg-domstolens vedtekter.¹⁰⁵ Kategorien «forbrytelser mot menneskeheten» regnes i dag som en del av internasjonal sedvanerett og er straffbart i henhold til Roma-vedtektene art. 7. Internasjonal sedvanerett går på noen punkter lenger enn Roma-vedtektene.

¹⁰³ avsnitt 540 – 545

¹⁰⁴ avsnitt 16

¹⁰⁵ Nürnberg-charteret artikkel 6 bokstav c

Roma-vedtektene artikkel 7 angir handlingstyper som regnes som forbrytelser mot menneskeheten i nr. 1, og definerer handlingene og begrepene nærmere i nr. 2 og 3. Strl § 102 forutsettes å ha samme innhold som forbrytelsen har i internasjonal sedvanerett. Forbrytelser mot menneskeheten er umenneskelige handlinger som inngår som ledd i et utbredt eller systematisk angrep mot en sivilbefolkning. Det karakteristiske er at det dreier seg om grove integritetskrekkende handlinger som har et visst omfang eller planmessig tilnærming.¹⁰⁶ De kan være begått så vel i fredstid som i krigstid. Forbrytelse mot menneskeheten skiller seg fra folkemord ved at den angrepne befolkningen ikke behøver å ha en særskilt nasjonal, etnisk, rasemessig eller religiøs karakter, og angrepet behøver ikke skje i den hensikt å ødelegge gruppen som sådan.

4.2.2 De objektive vilkår

4.2.2.1 Handlinger

Forbrytelser mot menneskeheten kan foregå på de måter som er angitt i bokstav a til k i strl § 102 første ledd og Roma-vedtektene art 7 nr. 1. Roma-vedtektene artikkel 7 er bygd opp slik at det i nr. 1 er elleve typer handlinger karakterisert som forbrytelser mot menneskeheten, og i nr. 2 defineres flere av disse enkelte forbrytelsene. Det var et spørsmål om definisjonene i art nr 2 skulle tas inn i strl § 102, og om systematikken i artikkel 7 skulle følges. Dette ble ansett unødvendig og det ble uttrykt at «det er ønskelig at loven ikke svulmer opp mer enn nødvendig, og at norsk lovgivningstradisjon iakttas så langt det lar seg gjøre».¹⁰⁷

Av bestemmelsen følger det en rekke handlinger av ulik karakter rettet mot personer; drap, utryddelse, gjøre noen til slave, deportasjon, tortur, grov seksuell vold, forfølgelse, tvungen forsvinning, apartheidforbrytelsen og andre umenneskelige handlinger av lignende art. Fellestrekket er at det dreier seg om grove krenkelser av den menneskelige fysiske og/eller psykiske integritet.¹⁰⁸ Både under forhandlingene til Roma-vedtektene og ved vedtakelsen av den norske bestemmelsen i strl § 102 var det uenigheter angående bokstav k som er en sekkebestemmelse. Argumentet mot en slik

¹⁰⁶ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) pkt.5.9.1

¹⁰⁷ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) pkt.5.9.4

¹⁰⁸ Eskeland (2011) s.158

bestemmelse er legalitetsprinsippet, altså om den straffbare handlingen er tilstrekkelig klart angitt til å tilfredsstille lovkravet i Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7 samt FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 15, jf. også straffeloven 2005 § 14.

Flere stater, herunder Norge, støttet det imidlertid og viste til at en lignende bestemmelse fantes i vedtektene til IMT, ICTY og ICTR. Det ble videre vist til at meget sterke reelle hensyn taler «for å forhindre smutthull som følge av en uttømmende oppregning av handlinger uten en slik sekkebestemmelse til slutt»¹⁰⁹. I bestemmelsen er det videre presisert at handlingene må være så alvorlige at de kan sammenlignes med de handlinger som er listet i bokstav a – j, og at den resultere i store lidelser eller alvorlig skade, og det må foreligge forsett i forhold til disse konsekvensene. Dette samsvarer med rettspraksis fra de midlertidige domstolene.¹¹⁰

4.2.2.2 «angrep rettet mot sivilbefolkning»

For at en handling som nevnt i bokstav a-k skal være en forbrytelse mot menneskeheten, er det et vilkår at den utgjør «et angrep mot en sivilbefolkning».

Under væpnede konflikter omfatter begrepet sivilbefolkning alle personer som ikke aktivt deltar i stridighetene, se fellesartikkel 3 til de fire Genève-konvensjonen. Artikkel 7 nr. 1 skal forstås på samme måte. I fredstid er også personer innenfor det militære omfattet.¹¹¹

Begrepet «angrep» er ikke begrenset til militære angrep eller handlinger der bruk av fysisk makt er involvert.¹¹² Roma-statuttene art. 7 nr. 2 bokstav a krever at angrepet er foretatt i samsvar med en stats eller organisasjons målsetting om å foreta et slikt angrep. Det kreves at staten eller organisasjonen aktivt må ha fremmet eller oppmuntret til at

¹⁰⁹ St.prp.nr.24 (1999-200) pkt.7

¹¹⁰ eksempelvis Tadic-saken (ICTY-1997) og Akayesu-saken (ICTR-1998).

¹¹¹ Det er gjort nærmere rede for begrepet «civil population» i Tadic-saken og i Kunarac, Kovac-, Vucovik-saken (2001) fra ICTY

¹¹² Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court (2008) s.175

handlingen ble begått, selv om staten selv eller organisasjonen ikke står bak.¹¹³ Etter internasjonal sedvanerett kreves det antakelig ikke mer enn at angrepet er tålt av staten eller organisasjonen. Ansvar etter den internasjonale sedvaneretten er altså videre enn etter Roma-vedtektene. Vilåret om at angrepet må være i tråd med en stats eller organisasjons målsetting er ikke tatt med i den norske bestemmelsen.¹¹⁴ Begrunnelsen er at dette kravet ikke er i samsvar med internasjonal sedvanerett og at det ble tatt inn i Roma-vedtektene som resultat av kompromiss mellom statene.¹¹⁵ Det er videre vist til at i de tilfellene der Roma-vedtektene snevrer inn definisjonen av forbrytelsene i forhold til den folkerettslige sedvanen, bør de norske straffebestemmelsene ikke bygge på Roma-vedtektene.¹¹⁶

4.2.2.3 «systematisk eller utbredt»

For å bli karakterisert som forbrytelse mot menneskeheten må handlingen være av kvalifisert art ved at den må være begått som ledd i et utbredt eller systematisk angrep. Disse vilkårene er alternative.

De internasjonale domstolene har allerede kommet med uttalelser som bidrar til å klargjøre det nærmere innholdet i kravet. Uttrykket «utbredt» sikter til antallet ofre. Det kreves altså skade av stort omfang. Begrepet omfatter «massive, hyppige, omfattende handlinger utført kollektivt med betydelig alvor».¹¹⁷ Med uttrykket «systematisk» siktes det til om angrepene inngår i «et mønster eller en metodisk plan».¹¹⁸ Poenget er å avgrense definisjonen mot enkeltstående eller tilfeldige handlinger. Hver handling trenger ikke å være et «utbredt eller systematisk» angrep i seg selv, men den må være var del av et slikt angrep og gjerningsmannen må være klar over at hans eller hennes handling falt inn i et slikt mønster.¹¹⁹

¹¹³ Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court (2008) s.236

¹¹⁴ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) pkt. 12.2.1.3 s. 281.

¹¹⁵ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) pkt. 5.9.4.3

¹¹⁶ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) pkt 5.9.4.3

¹¹⁷ Akayesu-dommen

¹¹⁸ Tadic-dommen

¹¹⁹ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) pkt. 5.9.4.3

Kravet om «gjentatt utøvelse» i artikkel 6 nr. 2 er ikke tatt med i den norske bestemmelsen. Det må imidlertid antas at det ikke har selvstendig betydning siden det kreves at handlingen skal være ledd i et utbredt eller systematisk angrep.

4.2.3 Det subjektive vilkåret

Skyldkravet i § 102 er forsett jf. §§ 21 og 22. Kravet i Roma-vedtektene artikkel 7 om at gjerningspersonen må ha «kunnskap om angrepet» er ikke tatt med i den norske bestemmelsen. Etter norsk rett er det altså tilstrekkelig med sannsynlighetsforsett, og til og med *dolus eventualis*.

4.2.4 En aktuell problemstilling: Spørsmålet om Breivik kan dømmes etter § 102

Anders Behring Breivik er en høyreekstrem nordmann som er siktet for gjennomføring av terroraksjonen i Norge 22. juli 2011, et bombeangrep på regjeringskvartalet som førte til åtte dødsfall og en massakre på Utøya, AUFs sommerleir på Utøya der 69 mennesker ble drept, de fleste tenåringer.

Spørsmålet jeg tar for meg er om Breivik kan dømmes for forbrytelse mot menneskeheten. Når det gjelder de objektive vilkårene er det klart at handlingen omfattes av bokstav a om drap, og også eventuelt av bokstav k om «annen umenneskelig handling av liknende art som forårsaker store lidelser». Videre er det heller ikke tvilsomt det er et systematisk angrep rettet mot en sivilbefolkning.

Det kan imidlertid stilles spørsmålstegn ved vilkåret om at angrepet må være i tråd med en stats eller organisasjons målsetting som ikke er tatt med i den norske bestemmelsen. Begrunnelsen var som nevnt at dette kravet ikke er i samsvar med internasjonal sedvanerett og at det ble tatt inn i Roma-vedtektene som resultat av kompromiss mellom statene. Etter internasjonal sedvanerett kreves det imidlertid at angrepet er tålt av staten eller organisasjonen. Det er påstått at Breivik hadde forbindelser med English Defence League og Norwegian Defence League. Viser det seg at Breivik handlet på vegne av et internasjonalt nettverk, kan straffebudet få anvendelse. Dette er imidlertid fortsatt under etterforskning, og det er foreløpig antatt at han var alene om både planleggingen og utførelsen av handlingen. Derfor forutsetter jeg dette i min drøftelse.

Spørsmålet blir etter dette hvordan den norske § 102 skal tolkes. Ordlyden i § 102 er ikke i samsvar med internasjonal sedvanerett på dette punktet. Presumsjonsprinsippet kan bare anvendes ved tolkning av bestemmelsen. Siden det er motstrid, kan presumsjonsprinsippet ikke anvendes. Det kan stilles spørsmål ved om begrunnelsen i forarbeidene for at vilkåret ikke ble tatt med i § 102, tilsier at § 102 bør innskrenkes til å være i samsvar med internasjonal sedvanerett siden det ikke ble tatt med nettopp fordi Roma-vedtektene ikke var i samsvar med internasjonal sedvanerett. Selv om man skulle legge til grunn at dette kan sluttes fra forarbeidene, kan den ikke ha så mye vekt på grunn av at den er uklar. Situasjonen er at internasjonal sedvanerett inneholder et slikt vilkår, mens ordlyden i den norske lovteksten ikke gjør det, forarbeidene er upresise og det finnes ingen rettspraksis. Vilkaeret er imidlertid utelatt bevisst. Lovgiverviljen er i samsvar med ordlyden. De lege ferenda kan det imidlertid diskuteres om det er heldig at forbrytelsen utvides på denne måten.

4.3 Krigsforbrytelse

4.3.1 Innledning

Krigsforbrytelser er alvorlige brudd på den internasjonale humanitærretten, dvs. de folkerettslige regler som gjelder i væpnede konflikter, og har sin historiske bakgrunn i hevdvunnede regler i krigens folkerett. Roma-vedtektene er siste skritt på veien mot en folkerettslig strafferettslig regulering av krigens folkerett. Artikkel 8 nr. 1 fastslår at Domstolen skal ha jurisdiksjon over femti handlinger som er kategorisert som krigsforbrytelser slik de er definert i artikkel 8 nr. 2. Etter norsk rett er brudd på reglene i krigens folkerett straffbart som krigsforbrytelser etter bestemmelsene i strl 2005 §§ 103-108. bestemmelsene dekker hovedsaklig de samme handlinger som er straffbare i følge Roma-vedtektenes art 8.

Ved vedtakelsen av bestemmelsene i straffeloven om krigsforbrytelser ble det vurdert om bestemmelsene burde følge systematikken i Roma-vedtektene art 8. Det ble uttalt

at¹²⁰ «det vil være hensiktsmessig å dele bestemmelsen i flere paragrafer hvor man ... systematiserer forbrytelsene etter hva slags rettsgoder som beskyttes eller hva slags type handlinger som forbys». Begrunnelsen var at en bestemmelse utformet etter mønster av artikkel 8 ville være «vanskelig tilgjengelig».

4.3.2 Objektive vilkår

4.3.2.1 Vilkåret om væpnet konflikt

For at en handling skal være en krigsforbrytelse, må den skje i forbindelse med en væpnet konflikt, jf ordlyden i §§103-107. I internasjonal rett fremgår vilkåret om væpnet konflikt direkte av teksten i Roma-vedtektene art 8 nr 2 bokstav b, c, d, e og f. Bokstav a gjelder «alvorlige brudd på Genève-konvensjonene» som etter sitt eget innhold bare gjelder i væpnede konflikter.

En væpnet konflikt foreligger når stater bruker våpen mot hverandre eller når det foreligger langvarig væpnet vold mellom en stat og organiserte væpnede grupper.¹²¹ Det kan derfor være tale om en «væpnet konflikt» både ved internasjonale konflikter og ved konflikter internt i den enkelte stat.¹²²

Hvor den nedre grensen går for når en væpnet konflikt foreligger er uklart i internasjonal rett. I Tadic-saken¹²³ definerte ankeammeret væpnet konflikt på følgende måte: «an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State». Både ICTY og ICTR har lagt samme definisjon til grunn i sine senere saker. Etter Roma-vedtektene artikkel 8 nr. 2 bokstav d og f omfatter uttrykket ikke indre uroligheter eller enkeltstående voldelige handlinger som for eksempel terrorisme. Det samme er lagt til grunn etter bestemmelsene i

¹²⁰ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) pkt.5.10.4

¹²¹ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) pkt. 12.2.1.3 s. 284

¹²² Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) pkt. 5.10.3 s. 87-88.

¹²³ avsnitt 70

straffeloven.¹²⁴ I norsk rett er det forutsatt at definisjonen av begrepet væpnet konflikt er i samsvar med rettspraksis fra Jugoslavia- og Rwandadomstolene.

4.3.2.2 Vilkår om at forbrytelsen er begått som ledd i en plan eller målsetting eller som ledd i en omfattende utøvelse av slike forbrytelser for at den skal regnes som krigsforbrytelse?

Roma-vedtektenes artikkel 8 nr. 1 fastslår at Domstolen skal ha jurisdiksjon for krigsforbrytelser, særlig når de er begått som ledd i en plan eller målsetting («policy») eller som et ledd i en omfattende utøvelse av slike forbrytelser. Vilåret hadde blitt foreslått for å unngå domstolsbehandling av isolerte og mindre alvorlige handlinger.¹²⁵ I likhet med flere stater, ønsket ikke Norge å avskjære ICC helt fra å straffeforfølge og dømme også isolerte handlinger. Den norske motstanden til en unntaksfri terskel var begrunnet i de bevismessige tilleggskrav som måtte oppfylles, og at komplementaritetsprinsippet normalt ville verne mot internasjonal straffeforfølgning av isolerte lovbrudd. Videre kunne en terskel som innebar at ICC ikke kunne forfølge isolerte lovbrudd, få den virkning at de nasjonale domstolene ikke ble oppfordret til å følge opp disse sakene.

Vilåret utelukker i utgangspunktet ikke at ICC har jurisdiksjon over enkeltstående handlinger. Uttrykket «særlig» angir imidlertid en rettesnor for hvilken type krigsforbrytelser ICC bør beskjeftige seg med.¹²⁶

I de norske bestemmelsene om krigsforbrytelse er det ikke oppstilt et vilkår om at forbrytelsen må være utøvd som ledd i en plan eller målsetting eller være av et visst omfang for å regnes som krigsforbrytelse. Dette er begrunnet med at «uttrykket «særlig» angir bare en rettesnor for hvilken type krigsforbrytelser Domstolen bør beskjeftige seg med. Innføringen av en slik terskel i norsk rett vil derfor medføre at adgangen til å straffeforfølge kan bli større for ICC enn for norske domstoler, noe som i tilfelle kan resultere i uakseptable frifinnelser og reise spørsmål i forhold til

¹²⁴ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) pkt 5.10.6.3

¹²⁵ St.prp.nr.24 (1999-2000) pkt.5.3.3

¹²⁶ St.prp.nr.24 (1999-2000) pkt.5.3.3

komplementaritetsprinsippet i Roma-vedtektenes artikkel 17. Etter gjeldende folkerett er det heller ikke gjort til vilkår at krigsforbrytelser må være utøvd som ledd i plan eller målsetting eller i stort omfang. En innføring av en slik terskel i norsk rett ville harmonere dårlig med ønsket om å signalisere at Norge anser krigsforbrytelser som særlig alvorlige.»¹²⁷

4.3.2.3 Betydningen av skillet mellom internasjonale væpnede konflikter og interne væpnede konflikter

Roma-vedtektene artikkel 8 nr. 1 fastslår at ICC skal ha jurisdiksjon over krigsforbrytelser slik de er definert i artikkel 8 nr. 2 som er inndelt etter forbrytelser foretatt i internasjonale væpnede konflikter, jf bokstav a og b, og i interne væpnede konflikter, jf. bokstav c til f

I norsk rett trekkes et skille mellom de to typer væpnede konflikter i utgangspunktet bare der det er relevante forskjeller som begrunner ulike bestemmelser for de ulike typene konflikter, altså der forbrytelsene ut fra sin natur bare kan begås i internasjonale konflikter.¹²⁸ Norsk rett går her lenger enn Roma-vedtektene, og antagelig også lenger enn hva som kan regnes som folkerettslig sedvanerett. Det pågår imidlertid en utvikling internasjonalt der skillet mellom hva som regnes som krigsforbrytelser i henholdsvis internasjonale og ikke-internasjonale konflikter blir mindre. Tadic-saken¹²⁹: «What is inhumane and consequently proscribed, in international wars, cannot but be inhumane and inadmissible in civil strife».

Virkningen av dette er at når det i §§ 103 til 107 henvises til handlinger som er i strid med folkeretten, skal dette forstås slik at handlinger som er forbudt i internasjonale konflikter etter disse straffebestemmelsene, også er forbudt i interne konflikter, med mindre relevante forskjeller mellom de to konfliktypene gjør at reglene ikke er anvendelige.¹³⁰

¹²⁷ Ot.prp.nr.8(2007-2008) pkt.5.10.5

¹²⁸ Ot.prp.nr.8(2007-2008) pkt.5.10.3

¹²⁹ Jurisdiksjonsavgjørelsen avsnitt 119

¹³⁰ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) pkt.12.2.1.3

Interne væpnede konflikter er en type konflikt som i dag er langt mer fremtredende enn internasjonale væpnede konflikter. De nasjonale domstolene vil ofte være ute av stand til å gjennomføre straffeforfølgning av lovbrudd på tilfredsstillende vis i slike tilfeller. Dette ble påvist gjennom hendelsene i det tidligere Jugoslavia og Rwanda. Dessuten innebærer et slikt skille at identiske eller svært like straffbare handlinger i mange tilfeller behandles forskjellig, selv om forbrytelsen ikke vil være mindre straffverdig i disse tilfellene.¹³¹

4.3.2.4 Handlingene

Etter norsk rett er brudd på reglene i krigens folkerett straffbart som krigsforbrytelser etter bestemmelsene i strl 2005 §§ 103-108. Bestemmelsene dekker hovedsakelig de samme handlingene som er straffbare i følge Roma-vedtektenes art 8.

Straffeloven opererer med fem kategorier krigsforbrytelser. De tre første er avhengig av hvilket objekt som vernes, jf. § 103 om personer, § 104 om eiendom og sivile rettigheter og § 105 om humanitære innsatser eller kjennemerker. De to siste beror på de virkemidler som er anvendt, jf. § 106 om anvendelse av forbudte stridsmetoder og § 107 om anvendelse av forbudte stridsmidler.¹³²

Roma-vedtektene artikkel 8 nr. 2 fastslår som nevnt de handlinger som etter vedtektene regnes som krigsforbrytelser.

De norske straffebestemmelsene om krigsforbrytelser tar utgangspunkt i Roma-vedtektene. I tillegg til at bestemmelsene ikke skiller mellom internasjonale og interne konflikter bortsett fra der forbrytelsene ut fra sin natur bare kan begås i internasjonale konflikter, går den norske loven i visse tilfeller lenger i å regne en handling som en krigsforbrytelse enn Roma-vedtektene gjør. Nedenfor følger noen merknader til handlinger som omfattes av de norske bestemmelsene, men ikke av Roma-vedtektene.

¹³¹ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) pkt.5.10.3

¹³² Norsk Lovkommentarene. Strl 2005. Note 744

De handlinger som er ansett som krigsforbrytelse i straffeloven, men ikke i Roma-vedtektene gjelder for det første handlinger som er ansett som krigsforbrytelser etter folkerettslig sedvanerett. Krigsforbrytelser etter internasjonal sedvanerett er klassifisert som alvorlige brudd på Genèvekonvensjonene eller tilleggsprotokollene fra 1977. Videre omfattes andre alvorlige overtredelser av humanitærretten. Alle brudd på internasjonal humanitærrett er imidlertid ikke å anse som krigsforbrytelser. Vilkårene er for det første at det er et alvorlig brudd på en folkerettslig regel som beskytter viktige verdier, og for det andre at overtredelsen etter sedvaneretten eller konvensjonsbasert rett medfører individuelt straffansvar.¹³³ For å kaste lys over den internasjonale sedvaneretten er det i forarbeidene også sett hen til vedtektene for internasjonale eller internasjonaliserte domstoler, og til nasjonale lover som er blitt vedtatt i den senere tid, herunder den tyske loven, samt forslaget til lover som foreligger i Sverige og Finland. Det er videre gjort bruk av den listen over krigsforbrytelser som følger av Den Internasjonale Røde Kors Komité's (ICRC) sedvanerettsstudie¹³⁴.

Det gjelder for det første slaveri. Etter første ledd bokstav c straffes det som krigsforbrytelse å gjøre en beskyttet person til slave. Uttrykket beskyttet person er definert i paragrafens tredje ledd: «En beskyttet person er en person som ikke, eller ikke lenger, tar aktiv del i fiendtlighetene, eller som for øvrig er beskyttet etter folkeretten». Det sentrale elementet er om vedkommende ikke lenger representerer noen fare for motstanderen.¹³⁵ Slaveri som krigsforbrytelse er ikke uttrykkelig regulert i Roma-vedtektene. Det vil imidlertid kunne omfattes av forbudet mot grovt å krenke en beskyttet persons verdighet ved ydmykende eller nedverdiggende behandling.¹³⁶ Å gjøre en person til slave er en krigsforbrytelse etter internasjonal sedvanerett når de andre vilkårene er oppfylt.¹³⁷

¹³³ Tadic-saken avsnitt 94

¹³⁴ Sedvanerettsstudien kan ikke ses som noen autoritativ liste, og både metoden og resultatet har vært kritisert

¹³⁵ Ot.prp.nr.8. (2007-2008) pkt.12.2.1.3

¹³⁶ jf. artikkel 8 nr. 2 bokstav b (xxi) og nr. 2 bokstav c (ii)

¹³⁷ Se Krnojelac-saken.

For det andre fastsetter § 103 (1)(f) at krigsforbrytelse kan begås ved å utskrive eller verve barn under 18 år til væpnede styrker eller bruke dem aktivt til å delta i fiendtlighetene. Roma-vedtektene¹³⁸ og folkerettslig sedvane fastsetter en 15-årsgrense. Bakgrunnen for utvidelsen er at Norge har ratifisert barnekonvensjonens valgfrie protokoll 25. mai 2000 om barn i væpnet konflikt.¹³⁹ En annen forskjell er at Roma-vedtektene bare rammer utskrivning og verving til nasjonale væpnede styrker, mens § 103 (1)(f) vil også ramme utskrivning og verving til opprørsgrupper og andre organiserte væpnede grupper, herunder private sikkerhetsstyrker. De høringsinstansene som gikk mot forslaget var først og fremst motstandere av at bestemmelsen skulle undergis universell jurisdiksjon.¹⁴⁰ Det er imidlertid bare krigsforbrytelser som er anerkjent etter folkeretten som er gjenstand for universell jurisdiksjon etter straffeloven 2005 § 5 (3). Et annet argument var at man bevegde seg relativt langt utenfor det som etter folkerettslig sedvane er ansett for å være en krigsforbrytelse, og at dette kunne bidra til å uthule begrepet. Til dette ble det bemerket at det ville gi «et viktig signal om at Norge anser rekruttering av barn som et alvorlig brudd på grunnleggende humanitære prinsipper, og Norge vil således kunne bidra til utviklingen av folkeretten på dette området, uten å risikere å komme i konflikt med andre folkerettslige forpliktelser»¹⁴¹.

For det siste fastsetter § 103 (1)(h) at krigsforbrytelse kan begås ved å deportere eller på en annen måte i strid med folkeretten flytte en beskyttet person fra et område hvor personen lovlig oppholder seg, eller ved å ulovlig sperre en beskyttet person inne. Dette er omhandlet i Roma-vedtektene artikkel 8 nr. 2 bokstav a (vii), og bokstav e (viii). § 103 går imidlertid videre i å kriminalisere slike handlinger på flere punkter. Etter Roma-vedtektene er ulovlig innesperring eller internering bare omfattet når det gjelder internasjonale konflikter. Dessuten er det bare sivile som er beskyttet siden ulovlig innesperring bare er omfattet når den utgjør et alvorlig brudd på Genèvekonvensjonene og ulovlig internering etter første, andre og tredje Genèvekonvensjon ikke er regnet opp

¹³⁸ artikkel 8 nr. 2 bokstav b (xxvi) og bokstav e (vii)

¹³⁹ St.prp. nr. 61 (2002 – 2003)

¹⁴⁰ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) pkt. 5.10.8

¹⁴¹ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) pkt. 5.10.8

blant de alvorlige bruddene på disse konvensjonene. Bestemmelsen i § 103 (1)(h) går utover Roma-vedtektene på begge disse punktene.¹⁴²

4.3.3 Skyldkravet

Skyldkravet i bestemmelsene om krigsforbrytelser er forsett både etter norsk rett og internasjonal strafferett. Etter norsk rett er alle forsettsformene i § 22 omfattet, også dolus eventualis. Dolus eventualis kan være aktuelt i forhold til krigsforbrytelser. En soldat kan for eksempel drepe en person som han ikke vet, men holder for mulig, er stridende, og som han har tatt beslutning om å drepe selv om det skulle vise seg at vedkommende ikke er stridende.¹⁴³ Eksempelet viser at forsettsformene i norsk rett fører til at det kan foreligge straffansvar etter norsk rett og ikke etter Roma-vedtektene i noen tilfeller.

4.3.4 En aktuell problemstilling: Norges engasjement i Afghanistan

Norge har for tiden ca 500 militære mannskaper i Afghanistan. De utgjør en del av den NATO-ledede ISAF-styrken som samarbeider nært med den amerikanske Enduring Freedom-styrken. ISAF operer med mandat fra FNs sikkerhetsråd i resolusjon 1386 (2001).

Som følge av at norske soldater deltar i krigen i Afghanistan, kan det stilles spørsmålstegn ved om noen av dem begår krigsforbrytelser. Det har fremkommet opplysninger både av hjemvendte norske soldater¹⁴⁴ og rapporter¹⁴⁵ at det har foregått handlinger som er krigsforbrytelser i objektiv forstand, bla drap på barn og sivile. Videre er det gjort bruk av multipurpose-ammunisjon som eksploderer i kroppen. Det må defineres som «våpen og metode som skaper unødig skade og lidelse», og dermed krigsforbrytelse. Et annet forhold som kan gi grunnlag for det samme er at norske styrker i Afghanistan tar fanger som delvis blir sendt til Guantanamo og delvis utleveres

¹⁴² Ot.prp.nr.8. (2007-2008) pkt.12.2.1.3

¹⁴³ Eskeland (2011) s.180

¹⁴⁴ Se boken «Med mandat til å drepe: norske skarpskyttere i Afghanistan forteller» Adresseavisen 5. september 2009. Dagsavisens leder: Sannheten om krigen, 29. juli 2010.

¹⁴⁵ <http://wardiary.wikileaks.org/> som kan finnes på Aftenpostens nettside.

til afghanske myndigheter. Forutsetningen om at fanger som overleveres til Guantanamo og afghanske myndigheter ikke blir torturert, er urealistisk. Dermed kan dette gi grunnlag for at norske politiske ledere som har godtatt overlevering og personer som har deltatt i selve overleveringer, kan bli strafferettslig ansvarlig for medvirkning til krigsforbrytelsen i strl 2005 § 103 bokstav j, jf § 15.

Vilkåret i Roma-vedtektene om at forbrytelsen er begått som ledd i en plan eller målsetting eller som ledd i en omfattende utøvelse av slike forbrytelser for at den skal regnes som krigsforbrytelse, er som nevnt ikke inntatt i den norske bestemmelsen. Dette reiser imidlertid ikke den problemstillingen Breivik-saken reiser. Som nevnt ble dette vilkåret tatt med i Roma-vedtektene for å gi veiledning om hvilke saker ICC bør ta, jf. ordlyden «særlig». Når saken først er oppe har dette ikke nors å si for det materielle innholdet i bestemmelsen. Etter norsk rett må det antas at dette ikke er et moment for å tolke bestemmelsen innskrenkende.

Det har blitt igangsatt kun tre etterforskningssaker om påståtte krigsforbrytelser som har blitt henlagt, da det ble funnet ”intet kritikkverdige”¹⁴⁶. Begrunnelsen var basert på de faktiske omstendighetene i de konkrete tilfellene. Det er altså god grunn til å etterforske flere tilfeller og sette spørsmålstegn ved metoder og midler som brukes.

5 Generelle betraktninger om internasjonal strafferett som tolkningsfaktor

5.1 Innledning

Spørsmålet om internasjonal retts virkninger i intern rett er også et spørsmål om internasjonal retts betydning for individene.

Internasjonal strafferett hentet sine forbilder fra det som var felles i nasjonale rettsystemer. I dag skjer den store utviklingen i internasjonal rett. Jeg avgrensner

¹⁴⁶ <http://mobil.tv2.no/nyheter/innenriks/ingen-norske-krigsforbrytelser-i-afghanistan-3429869.html>

drøftelsen mot påvirkning fra nasjonal til internasjonal rett. Problemstillingen er hvorvidt internasjonal strafferett er en tolkningsfaktor i norsk rett. For å belyse dette tar jeg standpunkt til det dualistiske prinsippet som er utgangspunktet for forholdet mellom internasjonal rett og norsk rett, implementeringen av Roma-vedtektene i norsk rett, sektormonisme på strafferettens område, presumsjonsprinsippet og legalitetsprinsippet. Til slutt drøfter jeg internasjonaliseringen av straffelovgivningen og rettsliggjøring.

5.2 Dualisme

Prinsippene for hvilken virkning eller gjennomslagskraft internasjonal rett har i en stats interne rett, varierer fra stat til stat. Tradisjonelt har man brukt begrepene monisme og dualisme for å beskrive en stats rettssystem i denne forbindelse. Dualisme innebærer at internasjonal rett er et eget selvstendig rettssystem som er atskilt fra de enkelte lands interne rettssystemer. Monisme anser folkeretten og de enkelte lands interne rett som deler av et større, universelt rettssystem. Konsekvensen av hvilket prinsipp et internt rettssystem bygger på er at internasjonal rett i dualistisk system må tas inn i nasjonal rett for å skape direkte internrettslige forpliktelser, mens folkerettslige forpliktelser i et monistisk system får umiddelbar nasjonalrettslig virkning og regnes som en del av det nasjonale lovverket, "the law of the land" som eksemplifisert i USA.

Norsk rett bygger på et dualistisk system i sitt forhold til folkeretten, dvs. at norsk rett og internasjonal rett er i utgangspunktet to atskilte systemer og at folkerettens regler ikke anses som gjeldende norsk rett uten at de er inntatt i norsk rett ved lov eller vedtak av kompetente myndigheter. Stortinget er Norges lovgivende myndighet og er ansvarlig for bestemmelser som skal være bindende for alle borgere. Den viktigste rettskildemessige konsekvensen av dette er at norske domstoler skal anvende norsk rett, og at folkeretten i tilfelle konflikt må vike. Dette innebærer at enhver folkerettslig forpliktelse, det være seg sedvane eller traktat, må gjøres del av norsk rett for å gis virkning.

5.3 Implementeringen av internasjonal strafferett i norsk rett

En norsk rettsanvender kan ikke legge en folkerettslig norm til grunn uten at den uttrykkelig er gjort til del av norsk rett ved en intern rettsakt. Dette er en konsekvens av

dualismen og den tradisjonelle lære om at internasjonal rett må gjøres til del av norsk rett for at den skal kunne få direkte anvendelse for norske domstoler. Unntaket fra denne hovedregelen er at domstolene kan bruke folkeretten til å fylle tomrom i norsk rett uten at regelen er implementert.¹⁴⁷ På strafferettens område legger imidlertid legalitetsprinsippet grenser for dette.

Implementeringen kan skje på tre innarbeidingsmetoder: inkorporasjon (henvisningsmetoden), aktiv transformasjon (gjengivelsesmetoden) og passiv transformasjon (konstatering av rettsharmoni).

Reglene om forbrytelseskategoriene i Roma-vedtektene er gjort til norsk lov ved aktiv transformasjon. For å oppnå størst mulig sikkerhet for rettsenhet i de ulike land, har man valgt å gjengi konvensjonens materielle bestemmelser i norsk lov, men i norsk oversettelse. Men helt sikker på rettslikhet kan man heller ikke være i disse tilfellene. Konvensjonen må oversettes til norsk, og ved oversettelsen kan det oppstå nyansforskjeller. Dessuten garanterer selv ikke identiske lovtekster for at rettspraksis blir helt den samme i alle land.

Fordelen ved å velge transformasjonsmetoden er at reglene blir lettere å forstå, både fordi norske myndigheter kan oversette den utenlandske teksten, og fordi man samtidig kan benytte anledningen til å presisere uklare punkter i traktatteksten. Dermed vil det også faktisk være muligheter for å foreta mindre justeringer av normene. Gjengivelsesmetoden har imidlertid den ulempe at den er særlig arbeidskrevende. Dessuten øker oversettelsen og omskrivingen faren for bevisste eller ubevisste uoverensstemmelser mellom internasjonale regelen og norsk rett.

Fordelen med å gjøre en mer utstrakt bruk av spesialiserte straffebud for å gjennomføre folkerettslige forpliktelser er at metoden får bedre frem at bestemmelsene må tolkes på bakgrunn av og i samsvar med de internasjonale forpliktelsene. Det letter dessuten internasjonalt rettslig samarbeid i straffesaker f.eks. i form av utlevering og annen gjensidig bistand til og fra Norge. Videre blir de internasjonale forpliktelsene mer

¹⁴⁷ Ruud/Ulfstein (2011) s.56

synlige og det blir lettere å beholde oversikten over hvilke internasjonale forpliktelser som en generell straffebestemmelse gjennomfører i norsk rett

5.4 Presumsjonsprinsippet

En viktig modifikasjon i forhold til hovedregelen om det dualistiske prinsippet er presumsjonsprinsippet. Dette prinsippet går ut på at norsk rett formodes/presumeres å være i overensstemmelse med folkeretten. Prinsippet innebærer at norsk rett så langt som mulig skal tolkes på en slik måte at det ikke oppstår motstrid mellom norske rettsregler og folkeretten. Hvis norsk rett ikke direkte kolliderer, antas det at intern rett stemmer med folkeretten, i alle fall den folkerettslige sedvanerett.

Når det gjelder rekkevidden, er det noen momenter man må ta stilling til. Er det snakk om rettsregler som regulerer forholdet mellom private parter vil den nasjonale regel yte mye motstand og det skal mye til før man vil presumere i fordel folkeretten. Ser man derimot på regler som omhandler de privates rettigheter i forhold til det offentlige, yter den nasjonale regel langt mindre motstand.

Et annet moment som er sentralt når det gjelder presumsjonsprinsippets rekkevidde, er hvorvidt det kan anvendes på både sedvanerettslig folkerett og traktater. Det er akademisk uenighet rundt dette hvor to motstridende synspunkter har vært frontet av henholdsvis Ulfstein/Ruud¹⁴⁸ og Fleischer¹⁴⁹. Fleischer argumenterer med at å anvende presumsjonsprinsippet på traktater blir å gi regjeringen for stor makt. Ulfstein/Ruud mener derimot at den sikringsmekanismen vi har i Grunnloven § 26 vil begrense et eventuelt misbruk av traktatmyndigheten. I praksis vil forskjellen bli mindre, fordi Fleischer anser tolkning i tråd med traktatbestemmelser som et reelt hensyn og at de dermed vil spille en rolle, men likevel vil tyngden av presumsjonsprinsippet være relativt mye større enn av reelle hensyn, så et skille er det fortsatt.

5.5 Sektormonisme

Straffeloven 2005 § 2 fastsetter at «straffelovgivningen gjelder med de begrensninger som følger av overenskomster med fremmede stater eller av folkeretten for øvrig».

¹⁴⁸ Ruud/Ulfstein (2011) s.64

¹⁴⁹ Fleischer (2005) s.360flg.

Bortsett fra noen ubetydelige språklige endringer viderefører strl. 2005 § 2 den tidligere lovs § 1 andre ledd, som ble tilføyd ved lov 19. juli 1996 nr. 57. Tilføyelsen var begrunnet i norsk ratifikasjon av FNs havrettskonvensjon som stilte krav til konvensjonsstatenes straffelovgivning.

Selv om den direkte foranledningen for vedtakelsen av § 1 annet ledd var ratifikasjonen av FNs havrettskonvensjon, er bestemmelsen generell slik at norsk straffelovgivning alltid må stå tilbake for hva som følger av traktat «eller av folkeretten for øvrig». Virkningen av bestemmelsen er at det på strafferettens område er gjennomført en begrenset «sektormonisme» mellom norsk strafferett og all folkerett. Bestemmelsen omfatter altså mer enn den inkorporeringen som følger av menneskerettsloven, som etter lovendring i 2003 omfatter fire konvensjoner.

Sektormonisme er en prinsipielt annerledes variant av inkorporasjonsmetoden. Med begrepet sektormonisme sikter man til tilfeller hvor man på et større, saklig begrenset område har en generell reservasjon overfor folkeretten. Dette er gjort hos oss også i straffeprosessloven § 4, tvisteloven § og tvangfullbyrdelsesloven § 1-4.

Bestemmelsen er først og fremst en sikkerhetsventil. I forarbeidene for både strl 1902 § 1(2) og strl 2005 § 2 er det forutsatt at konvensjonsforpliktelser som innebærer praktiske begrensninger i anvendelser av norsk straffelovgivning, skal innarbeides i de aktuelle straffebestemmelser. Men det er behov for en sikkerhetsventil, som løser motstridsspørsmål utenfor menneskerettslovens område når man ved ratifiseringen har oversett at norsk straffelovgivning inneholder bestemmelser som ikke er forenlige med konvensjonen.

Strl § 2 kan bare gjøre begrensninger i allerede gjeldende straffebestemmelser, dvs. innskrenkninger i lovbryterens favør, jf formuleringen « med de begrensninger ». Bestemmelsen kan ikke danne grunnlag for straff eller på annen måte føre til strengere regler enn norsk straffelovgivning gir anvisning på. Slike endringer må eventuelt gjennomføres i norsk lov før de får direkte virkning her. Den omfatter altså bare bestemmelser som er til den siktedes fordel. I den grad konvensjonsforpliktelser eller

folkeretten for øvrig forplikter Norge til nykriminalisering eller oppkriminalisering, krever Grunnloven § 96 at dette gjennomføres ved endring av straffelovgivningen.

5.6 Legalitetsprinsippet

Legalitetsprinsippet i strafferetten er fastsatt i Grunnloven § 96. Prinsippet går ut på at ingen kan dømmes til straff uten at det er hjemmel for det i formell lov, dvs lov gitt av Stortinget, eller i provisorisk anordning. Prinsippet er en rettssikkerhetsgaranti som har utviklet seg til å være av fundamental betydning for individets rettsstilling under strafforfølgelsen av forbrytelser i de demokratiske statenes interne rettssystemer. Legalitetsprinsippet hindrer ikke inngrep til gunst for borgerne eller inngrep på «statens eget rettsområde». En folkerettsregel som beskytter borgeren mot staten, er altså etter dette relevant uten transformasjon.

Begrunnelsen for prinsippet er at man i en rettsstat skal ha muligheten til å kunne forutberegne sin rettsstilling. Verdier som legalitetsprinsippet tar sikte på å beskytte er bl.a. sikkerhet for loven, rettferdighet for den siktede i en straffesak og å hindre myndighetsmisbruk. På denne måten blir legalitetsprinsippet en skranke for offentlig styring.

På strafferettens område er legalitetsprinsippet først og fremst en rettslig skranke for den lovgivende og den dømmende makt. For lovgiver har legalitetsprinsippet den skranke at lovgiver må gå frem på en bestemt måte for å kunne pålegge individet plikter i form av påbud og forbud for at de skal være gyldige. For domsmyndighetene har legalitetsprinsippet den virkning innenfor strafferetten at domstolen ikke kan straffedømme individet uten at det er foreskrevet i lov som var gyldig på det tidspunkt den straffbare handling ble foretatt. Legalitetsprinsippet har på denne måten også direkte betydning i forhold til folkesuverenitetsprinsippet og maktfordelingsprinsippet i den enkelte stat.

Formålet med lovprinsippet krever også at det straffbare forholdet ikke må være for løst beskrevet. Men det kan ikke stilles særlig strenge krav til klarhet og presisjon.

5.7 Internasjonalisering av strafferetten

Globaliseringen har ført til et stadig mer omfattende samarbeid mellom statene også på strafferettens område. Samarbeidet har bestått i utviklingen og vedtakelsen av rettsregler både i den form at det vedtas konkrete forpliktelser statene imellom, og i den form at det gis beslutningsmyndighet til felles organer eller eventuelt til et flertall av medlemsstatene i en traktat.

Et effektivt samarbeid i straffesaker forutsetter en viss harmonisering av statenes straffelovgivning. Samarbeidet skaper behov for et sammenfallende syn på hva som skal anses som straffbare handlinger innenfor de kriminalitetsområdene samarbeidet gjelder. I enkelte tilfeller er det også behov for et mer ensartet syn på om et straffbart forhold skal anses som en nærmere bestemt form for alvorlig kriminalitet. Dette betegnes som kriminalitetens globale karakter.

Internasjonale forpliktelser setter i stadig større grad premisser for vurderingene av hvilke handlinger som skal kunne straffes, og for hvor streng straff som skal kunne anvendes. Mer enn før synes det som om de internasjonale forpliktelsene forutsetter eller i hvert fall gjør det hensiktsmessig at straffebestemmelsene som gjennomfører dem i nasjonal rett, utformes slik at ordlyden i loven i stor grad gjengir teksten i konvensjonen mv. Folkerettslige forpliktelser gjør seg også gjeldende ved tolkningen av straffebestemmelser som gjennomfører forpliktelsene. En rekke internasjonale konvensjoner som gjelder internasjonale forbrytelser har bestemmelser om plikt til å straffeforfølge nasjonalt hvis man ikke utleverer en person som er mistenkt for den aktuelle typen handling. Internasjonal rett har etter dette på flere måter betydning for det norske strafferettsapparatets rett og plikt til å straffeforfølge lovbrudd.

5.8 Rettsliggjøring

Den internasjonale utviklingen gjør at de norske lovgiverne ved vedtakelsen av en ny straffelov ikke utelukkende kan bygge på nasjonale rettspolitiske vurderinger av hvilke handlinger som er straffverdige. Som følge av internasjonaliseringen av lovgivningen har det oppstått debatt om rettsliggjøring.¹⁵⁰ Rettsliggjøring er definert som «situasjoner

¹⁵⁰ En grundig gjennomgåelse av debatten er gitt i Makt og rett (2005) og Østerud (2003)

der utforming og anvendelse av rettsregler kan resultere i en maktforskyvning mellom lovgiver og domstolene»¹⁵¹. Den viktigste formen for rettsliggjøring som maktforskyvning, ligger i internasjonaliseringen av retten og rettsmaterialet. Hovedpoenget med debatten er at beslutningsmyndighet på viktige områder er overført til domstoler og andre rettslige organer, og at mer av rettsutviklingen skjer gjennom dynamisk lovfortolkning i internasjonale domstoler. Det er særlig vist til Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD). Det er videre hevdet at viktige deler av det som tidligere var gjenstand for politiske forhandlinger, er blitt juridiske spørsmål, med et mer utvisket skille mellom de folkevalgtes lovgivning og domstolenes rettsskapende fortolkninger.

Utfordringer med rettsregler som har sitt grunnlag i internasjonale avtaler er at muligheten for å endre allerede inngåtte internasjonale avtaler er i realiteten svært liten.¹⁵² Dessuten er konvensjonsbestemmelsene ofte vage, og blir gjort til gjenstand for en dynamisk rettsutvikling som gir de folkevalgte liten mulighet til i forkant å forutse konsekvensene av avtaleinngåelsen. På strafferettens område er det utfordringer også knyttet til legalitetsprinsippet, og ikke bare suverenitetsprinsippet og maktfordelingsprinsippet.

Utviklingen i retning av større innflytelse fra internasjonal rett og begrensninger for å endre forpliktelsene er imidlertid en utvikling som er tilsiktet. På internasjonale menneskerettigheters område er det viktig at visse grunnleggende rettigheter for enkeltindividet ligger fast under skiftende politiske flertall.¹⁵³ Det samme gjelder når det gjelder internasjonal strafferett der formålet er å hindre straffrihet for de alvorligste forbrytelser.

¹⁵¹ St.meld.nr.17 (2004-2005) pkt.3.4.2

¹⁵² St.meld.nr.17 (2004-2005) pkt.3.7.4

¹⁵³ Ruud/Ulfstein (2006) s.66

6 Konklusjon

I denne oppgaven har jeg behandlet forholdet mellom internasjonal strafferett og straffeloven av 2005. Hvorvidt det er samsvar mellom internasjonal strafferett og norsk straffelov er særlig viktig fordi forholdet mellom Den internasjonale straffedomstolen og nasjonale domstoler bygger på komplementaritetsprinsippet, som innebærer at stater skal beholde hovedansvaret for strafforfølgning av enkeltindivider. Som en følge av komplementaritetsprinsippet, må statspartenes nasjonale lovgivning sette dem i stand til å følge opp ICCs vedtekter på nasjonalt nivå. Virkningen av prinsippet er at norske lovgivere tilstreber samsvar mellom nasjonale bestemmelser og bestemmelsene i Roma-vedtektene for at det ikke skal bli stilt spørsmål ved om norsk strafferett er egnet til å straffe forbryterne på en tilfredsstillende måte.

Når det gjelder forbrytelseskategoriene er de norske bestemmelsene utformet etter samme mønster som i Roma-vedtektene og skal forstås på samme måte. Når det gjelder forholdet mellom vedtektene og norsk straffelovgivning har sammenligningen jeg har foretatt vist at muligheten til å strafforfølge personer for folkemord, forbrytelser mot menneskeheten og krigsforbrytelser er minst like stor etter norsk rett som etter Roma-vedtektene, selv om det foreligger enkelte forskjeller, både når det gjelder utforming av straffebudene og de alminnelige strafferettslige bestemmelser. Der det var Roma-vedtektene som gikk lengst i å pålegge et straffansvar, ble det foretatt endringer. Bestemmelsen om ikke-foreldelse av straffansvaret og en økning av strafferammen fra 21 til 30 år når det gjelder de aktuelle forbrytelsene illustrerer dette.

Jeg har vist at det er stor faktisk påvirkning fra internasjonal strafferett både fra et lovgiverperspektiv og et rettsandvenderperspektiv. Opprettelsen av en internasjonal straffedomstol og utviklingen i internasjonal strafferett ellers har ført til at norske lovgivere ved vedtakelsen av norske straffebud ikke utelukkende kan bygge på nasjonale rettspolitiske vurderinger av hvilke handlinger som er straffverdige. Fra et rettsanvenderperspektiv har utviklingen ført til at internasjonal strafferett er en tolkningsfaktor ved fastsettelsen av innholdet i de aktuelle bestemmelsene, så lenge legalitetsprinsippet eller menneskerettigheter ikke er til hinder for det.

I et fremtidig perspektiv vil Romavedtektene føre til at statenes nasjonale lovgivning faktisk utvikles i takt med verdenssamfunnets oppfatning. En praktisk følge vil være en parallell utvikling på nasjonalt nivå som stimulerer statene til å drive genuin nasjonal straffeforfølging. ICCs komplementaritetsprinsipp vil fungere som et sikkerhetsnett som skal sikre effektive nasjonale rettsoppgjør med gjerningspersonene bak folkemord, krigsforbrytelser og forbrytelser mot menneskeheten. Prinsippet vil også kunne ha en preventiv virkning, og dermed kunne føre til større respekt for menneskerettighetene.

Et annet spørsmål er om denne utviklingen er bare heldig. Debatten om internasjonalisering og rettsliggjøring gir perspektiver på dette både når det gjelder nasjonal suverenitet og maktfordeling. Det imidlertid ikke grunn til å regne med at ICC kommer til å ha en like dramatisk effekt på nasjonal lovgivning som EMD har hatt. Jeg begrunner dette med tre forhold. For det første bygger EMD i dag på et dynamisk tolkingsprinsipp, mens ICC bygger på legalitetsprinsippet. For det andre kan EMD avsi bindende dom mot Norge, mens ICC avsier dom mot enkeltpersoner som har gjort seg skyldig i de aktuelle forbrytelsene. ICC forplikter altså ikke staten. For det tredje vil legalitetsprinsippet i norsk strafferett bremse utviklingen. Uansett hvordan den internasjonale strafferetten skulle utvikle seg, får ikke dette automatisk virkning i norsk lovgivning før det er gitt egne straffebud. Utviklingen i retning av større innflytelse fra internasjonal er dessuten en utvikling som er tilsiktet. Den internasjonale strafferettens formål er å hindre straffrihet for de alvorligste forbrytelser, og det er viktig at dette ligger fast under skiftende politiske flertall.

7 Litteraturliste

Bøker:

Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn. Oslo, 2004.

Arnesen, Finn og Stenvik, Are. *Internasjonalisering og juridisk metode: særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*. Oslo, 2009

Cassese, Antonio. *International criminal law*. Oxford University Press, New York, 2008.
Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Redigert av Triffterer, Otto. 2. utg. Munchen, 2008.

Eskeland, Ståle. *Strafferett*. 2. utg. Oslo, 2006.

Eskeland, Ståle. *De mest alvorlige forbrytelser*. Oslo, 2011.

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

Haugen, Hans Morten. *Makt, rett og livsvilkår. Innføring i internasjonale og globale studier*. Bergen, 2008.

Makt og Rett. Om Makt- og Demokratiutredningens konklusjoner om rettsliggjøring av politikken og demokratiets forvitring. Redigert av Kinander, Morten. Oslo, 2005.

Norsk Lovkommentar. Hovedredaktører: Peter Lødrup, Knut Kaasen, Steinar Tjomsland. 2008. Straffeloven 2005. I www.rettsdata.no

Razesberger, Florian. *The International criminal court: the principle of complementarity*. Frankfurt am Main, 2006.

Ruud, Morten, Ulfstein, Geir og Fauchald, Ole Kristian. *Utvalgte emner i folkerett. Metode-miljø-havrett-handel*. Oslo, 1997

Ruud, Morten og Ulfstein, Geir. *Innføring i folkerett*. 3. utg. Oslo, 2006

Ruud, Morten og Ulfstein, Geir. *Innføring i folkerett*. 4. utg. Oslo, 2011

Stigen, Jo. *The Principle of Complementarity. The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions*. Oslo, 2005.

Stigen, Jo. *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions. The Principle of Complementarity*. Oslo, 2008.

Zahar Alexander og Sluiter, Gøran. *International criminal law*. 2008

Østerud, Øyvind, Engelstad, Fredrik og Selle, Per. Makten og demokratiet : en sluttbok fra Makt- og demokratiutredningen. Oslo, 2003.

Artikler:

Hoff, Lars Ilmari. *Norge er friske for krigsforbrytere*. I: Apollon nr.1 2007 s. 10. Oslo, 2007. www.apollon.uio.no/vis/art/2007_1/Artikler/krigsforbrytere.

Møse, Erik. *Internasjonale straffedomstoler*. I: Rettsteori og rettsliv: festskrift til Carsten Smith til 70-årsdagen. 2002, s.627

Stigen, Jo. *Universaljurisdiksjon – en kritisk analyse*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol. 122, 1 2009, s. 1–46.

Aas-Hansen, Astri. *Strafforfølgning av folkemordssiktede i Norge*. Innlegg på seminar om folkemord 10. mars 2008.

I:http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/aktuelt/taler_og_artikler/politisk_ledelse/statssekretar-aas-hansen/2008/strafforfolging-av-folkemordssiktede-i-n.html?id=503145

Forarbeider:

St.meld. nr. 17 (2004-2005) Makt og demokrati

Innst. O nr. 72 (2004 – 2005) Innstilling fra justiskomiteen om lov om straff (straffeloven)

Innst. O. nr. 29 (2007-2008) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (skjerpene og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet)

Ot.prp.nr.95 (2000-2001) Om lov om gjennomføring i norsk rett av Den internasjonale straffedomstols vedtekter 17. juli 1998 (Roma-vedtektene)

Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven)

Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (skjerpende og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet)

St.prp. nr. 56 (1949) vedlegg 2

St.prp. nr. 24 (1999-2000) Om samtykke til ratifikasjon av vedtektene av 17. juli 1998 for Den internasjonale straffedomstol ("Roma-vedtektene")

St.prp. nr. 61 (2002 – 2003) Om samtykke til ratifikasjon av valfri protokoll av 25. mai 2000 om barn i væpna konflikt til FNs konvensjon av 20. november 1989 om rettane til barnet

NOU 2002:4 Ny straffelov. Straffelovkommisjonens delutredning VII

Konvensjoner:

Charter of the International Military Tribunal (statuttene for Nürnberg-domstolen) av 8. august 1945

Charter of the International Military Tribunal for the Far East (statuttene for Tokyo-domstolen) av 19. Januar 1946

Overenskomst om forhindring og avstareffelse av forbrytelsen folkemord (Fns folkemordkonvensjon) av 9. desember 1948

Geneve-konvensjonen om forbedring av sårede og sykes kår i de væpnede styrker i felten (1) av 12. august 1949

Geneve-konvensjonen om forbedring av sårede, syke og skibsbrudnes kår i de væpnede styrker til sjøs(2) av 12. august 1949

Geneve-konvensjonen om behandling av krigsfanger (3) av 12. august 1949

Geneve-konvensjonen om beskyttelse av sivile i krigstid (4) av 12. august 1949

Geneve-konvensjonens 1. tilleggsprotokoll av 1977

Geneve-konvensjonens 2. tilleggsprotokoll av 1977

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) av 16. desember 1966

Wien-konvensjonen om traktatretten (Wien-konvensjonen) av 23. mai 1969

Statuttene for Jugoslavia-domstolen av 25. mai 1993

Statuttene fir Rwanda-domstolen av 8. november 1994

Vedtektene for Den internasjonale straffedomstolen (Roma-vedtektene. ICC) av 17. juli 1998

Rettsavgjørelser av internasjonale domstoler

Jugoslavia-domstolen:

Prosecutor v. Dusko Tadic. Decision 2. October 1995. Appeals Chamber. Case No. IT-94-1-T

Prosecutor v. Drazen Erdemovic. Sentencing Judgement 29. November 1996. Trial Chamber. Case No. IT-96-22-T

Prosecutor v. Kordic and Cerkez. Judgement 4. February 1999. Trial Chamber. Case No. IT-95-14-T

Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic. Judgement 22. February 2001. Trial Chamber. Case No. IT-96-23-T

Prosecutor v. Goran Jelusic. Judgement 5. July 2001. Appeals Chamber. Case No. IT-95-10-A

Prosecutor v. Radislav Krstic. Judgement 2. August 2001. Trial Chamber. Case No. IT-98-33-T

Prosecutor v. Milorad Krnojelac. Judgement 17. September 2003. Appeals Chamber. Case No. IT-97-25-A

Prosecutor v. Radoslav Brdanin. Judgement 1. September 2004. Trial Chamber. Case No. IT-99-36-T

Rwanda-domstolen:

Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Judgement 2. September 1998. Trial Chamber 1. Case No. ICTR-96-4-T

Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda, Judgement 6. December 1999. Trial Chamber I. Case No. ICTR-96-3

Prosecutor v. Mpambara, Jean, Judgement 12. September 2006. Trial Chamber 1. Case No. ICTR-01-65-T

Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana. Judgement 21 May 1999. Trial Chamber 2 Case No. ICTR-95-1

Prosecutor v. Semanza. Judgement 15. May 2003. Trial Chamber Case No. ICTR-97-20-T