

Legalitetsprinsippet i internasjonal strafferett.

En fremstilling av legalitetsprinsippets stilling under
internasjonale ad hoc straffedomstoler og
Den internasjonale straffedomstol.

Kandidatnr: 352

Veileder: Cecilie Schjatvet

Leveringsfrist: 26. april 2004

Til sammen 17.443 ord

26. april 2004

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	3
1.1	PRESENTASJON AV TEMA	3
1.1.1	AVGRENSNING	6
1.2	RETTLIG PLASSERING, STRAFFANSVAR OG RETTSKILDER	6
1.2.1	RETTLIG PLASSERING	6
1.2.2	STRAFFANSVAR	8
1.2.3	RETTSKILDEBILDET I INTERNASJONAL STRAFFERETT	10
2	<u>LEGALITETSPRINSIPPET</u>	13
2.1	LEGALITETSPRINSIPPET	13
2.1.1	LEGALITETSPRINSIPPETS INNHOLD	13
2.1.2	LEGALITETSPRINSIPPET I DEN INTERNASJONALE STRAFFERETT	19
3	<u>JUGOSLAVIA-DOMSTOLEN OG RWANDA-DOMSTOLEN</u>	22
3.1	BAKGRUNN	22
3.1.1	NOEN UTGANGSPUNKTER OG PROBLEMSTILLINGER	22
3.1.2	RETTSKILDER OG TOLKNINGSPRINSIPPER	24
3.2	RETTLIGE GRUNNLAG	25
3.3	ULOVLIGE HANDLINGER	30
3.3.1	HJEMMEL I LOV	30
3.3.1.1	Ulike komponenter av de ulovlige handlinger	33
3.3.1.2	Øvrige straffbarhetsvilkår	39
3.3.2	STRAFF	39
3.4	INDIVIDUELT STRAFFANSVAR	42
3.5	LOVENS SYNBARHET OG TILGJENGELIGHET	45

4	DEN INTERNASJONALE STRAFFEDOMSTOL	47
4.1	BAKGRUNN	47
4.1.1	NOEN UTGANGSPUNKTER OG PROBLEMSTILLINGER	47
4.1.2	RETTSKILDER OG TOLKNINGSPRINSIPPER	48
4.2	ICCS RETTSLIGE GRUNNLAG OG JURISDIKSJON	49
4.3	LEGALITETSPRINSIPPETS UTFORMING. TOLKNING AV REKKEVIDDE	50
4.4	VURDERINGER	54
	LITTERATURLISTE	56

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema

Legalitetsprinsippet¹ er ett av de prinsippene i strafferetten, og øvrige fagområder, som har utviklet seg til å være av fundamental betydning for individets rettsstilling under strafforfølgelsen av forbrytelser i de demokratiske statenes interne rettssystemer. Som vi skal se under kapittel 2, har prinsippet sine røtter i nasjonalstatene, og det har blitt videreført til også å gjelde som et generelt prinsipp i folkeretten.

Strafforfølgelse av forbrytelser har tradisjonelt hørt under statenes territoriale jurisdiksjon. Det er først etter andre verdenskrig det har blitt opprettet internasjonale straffedomstoler for strafforfølgelse av de mest alvorlige internasjonale forbrytelser. Utviklingen av den internasjonale strafferetten har foregått i foreskjellige faser som startet med rettsoppgjøret etter andre verdenskrig.² Her ble det opprettet to såkalte *International Military Tribunals*, en plassert i Nürnberg og en plassert i Tokyo. I tillegg ble forbrytelser under krigen strafforfulgt under statenes egne militære domstoler. Strafforfølgelsen av forbrytelser under Nürnberg-domstolen og Tokyo-domstolen ble i ettertiden sterkt kritisert av rettstenkere, bl.a. fordi de tiltaltes rettssikkerhet var sterkt krenket.³ Fram til 1990-tallet var det lite snakk om eksistensen av internasjonal

¹ Dette er prinsippet om at for at et individ skal kunne straffes for en handling eller en unnløstelse, skal handlingen ha vært foreskrevet ulovlig og straffbar i lov på handlingstidspunktet. Det vil bli redegjort nærmere for legalitetsprinsippets innhold i kapittel 2.

² Internasjonal strafferett er retten som styrer over de internasjonale forbrytelser, Kittichaisaree (2001) side 3.

³ Slik kritikk er oppsummert i Cassese, Gaeta and Jones (2002) side 735, flg. Blant annet ble det hevdet at opprettelsen av domstolene i seg selv innebar en krenkelse av legalitetsprinsippet, retten som ga grunnlag for bedømmelsen av tyske og japanske krigsforbrytere bygget bl.a. på de alliertes nasjonale lovgivning og prinsipper som ikke var gjennomført i folkeretten, prosessen som ble anvendt var i det vesentlige dokumentbasert, de tiltaltes muligheter til å føre bevis var svært lav og bedømmelsen av enkelte

strafferett som en rettsdisiplin. I etterkrigstiden ble det inngått ytterligere konvensjoner mellom statene som karakteriserte visse handlinger som internasjonale forbrytelser, men man kom ikke til enighet om opprettelse av en permanent internasjonal straffedomstol.

1990-tallet skulle vise seg å være et banebrytende tiår for internasjonal strafferett. For det første ble det i 1993 og 1994 for første gang opprettet to internasjonale ad hoc straffedomstoler for det tidligere Jugoslavia og for Rwanda. De to domstolene ble opprettet på grunnlag av Sikkerhetsråd Resolusjon 808 og 955. Og i 1998 ble endelig Den internasjonale straffedomstol (ICC)⁴ opprettet gjennom en multilateral avtale, Rome Statute of the International Criminal Court (Roma-vedtektene). Denne avtalen er resultatet av nærmere et halvt århundres forsøk på opprettelse av en permanent internasjonal straffedomstol under FN, bl.a. med forberedende arbeid av the International Law Commission (ILC), men hvor forsøket stadig møtte flere hindringer og stagnerte på flere forskjellige nivåer.⁵ I tillegg til dette har det i den seneste tid blitt opprettet ytterligere to typer ordninger for situasjonene i Øst-Timor og Sierra Leone. Løsningen for Øst-Timor er en såkalt transnasjonal administrasjon som bygger på en avtale mellom FN og myndighetene i Øst-Timor. Det er herunder opprettet spesialpaneler for alvorlige forbrytelser. Ordningen i Sierra Leone bygger på en samme type avtale mellom FN og Regjeringen i Sierra Leone, og herunder er det opprettet en spesialdomstol for de mest alvorlige forbrytelser begått på Sierra Leones territorium fra 30.11.1996.⁶ Domstolene regnes imidlertid ikke i dag som fullt ut internasjonale. De skiller seg fra ad hoc domstolene på grunn av det rettslige fundament, komposisjon og på grunn av at forbrytelsene som faller under domstolenes jurisdiksjon delvis følger av nasjonallovgivningen. En tredje type avtale er forsøkt fremforhandlet med myndighetene i Kambodsja, men uten å ha lykkes. Straffedomstolene som hittil karakteriseres som internasjonale er først og fremst de som er opprettet gjennom en

krigsforbrytere ble foretatt *in absentia*. Imidlertid ble prinsippene i statuttene for Nürnberg-domstolen tilsluttet enstemmig *ex post facto* gjennom General Assembly Resolution 95 i desember 1946.

⁴ International Criminal Court

⁵ For en nærmere innføring av arbeidet mot en permanent internasjonal straffedomstol, se Sadat (2002) side 31, flg.

⁶ Disse domstolene er av FN og i litteraturen omtalt som spesialdomstoler, se bl.a. Bassiouni (1999) side 562, Dixon and Khan (2003, heretter omtalt som *Archbold*) side 30, flg.

overenskomst mellom statene og de som følger av en resolusjon av Sikkerhetsrådet eller en avtale mellom FN og den stat det gjelder.⁷ De internasjonale domstolenes organer består av et representativt utvalg av dommere fra de forskjellige rettssystemer i verden, og retten som anvendes er rettskildene i folkeretten.

Formålet med denne oppgaven er å behandle hvor langt individene som strafforfølges for en forbrytelse under en internasjonal straffedomstol er beskyttet av legalitetsprinsippet. Problemer som historien gjentatte ganger har vist er at man her kan stå ovenfor statsledere som har sørget for en lovgivning som fritar for deres straffansvar. Ved rettsoppgjør som foretas i etterkant av interne og internasjonale konflikter, har vi i historien sett at det kan bli inngått kompromisser med tiltaltes rettssikkerhet når man skal stille gjerningsmennene for de mest grusomme handlinger til ansvar. I løpet av de siste hundre år har man sett eksempler på de mest grusomme handlinger som folkemord og såkalt etnisk rensing i land som Kambodsja, Uganda, Irak, det tidligere Jugoslavia og Rwanda. Hva er viktigst i etterkant av slike alvorlige forbrytelser? Prinsippet om at straffbare handlinger skal strafforfølges og straffes (*aut dedere aut judicare*), eller prinsipper som er grunnleggende for tiltaltes rettigheter i rettsstaten? I de mest ekstreme tilfeller kan manglende lovgivning føre til at man står ovenfor spørsmålet om prinsipper som legalitetsprinsippet likevel skal telle så tungt at man er hindret fra å straffedømme dersom man ikke hadde hjemmel i lov. En anerkjent forfatter i internasjonal strafferett, M. Cherif Bassiouni, har argumentert på følgende måte: "Legality should never be cast lightly aside, no matter how atrocious the violation or how abhorrent the violator. (...). To disregard legality and the due process of the law in both its substantive and procedural aspects, as well as its judicial and administrative applications, reduces us to arguing that better reasons or higher motives justify or excuse that witch others have also done, for different reasons or motives. Competing values should not be the only dividing line between those who sit in judgment and those who stand accused. The "rule of law" necessitates equal application of substantive law – this is an axiom of justice."⁸ Samtidig har den same forfatteren uttalt: "There can be no peace without justice."⁹

⁷ Jones & Powles (2003) side 3.

⁸ Se Bassiouni (1999) side 562.

⁹ Beigbeder (1999) side 125

1.1.1 Avgrensning

I det følgende vil jeg behandle hvilken stilling legalitetsprinsippet er gitt under de internasjonale ad hoc straffedomstolene, ICTY og ICTR og under Den internasjonale straffedomstol. Ved behandlingen av sistnevnte vil jeg trekke linjer mot legalitetsprinsippetets stilling under ad hoc domstolene. Legalitetsprinsippetets stilling i den generelle internasjonale strafferett er ikke hovedtema i denne oppgaven. Temaet belyser imidlertid prinsippetets stilling under ad hoc domstolene og ICC, og jeg vil derfor gi en oversikt over spørsmålet i kapittel 2.2. Videre vil ikke legalitetsprinsippetets stilling under de internasjonale militærdomstoler bli behandlet, og heller ikke dets stilling under spesialdomstolene. Jeg avgrenser også mot å behandle andre forbrytelser enn hovedforbrytelsene under ICC, ICTY og ICTR.¹⁰ Formålet med fremstillingen er ikke å gi en fullstendig analyse av ad hoc domstolens rettsanvendelse. Der domstolene har tatt stilling til spørsmål som er relevant for gjennomføringen av legalitetsprinsippet, vil jeg belyse med slike avgjørelser.

Før jeg går videre med å behandle legalitetsprinsippetets stilling under ad hoc domstolene og ICC er det nødvendig å sette temaet i en rettslig sammenheng. Deretter, i kapittel 2, vil jeg behandle hvilke krav legalitetsprinsippet reiser til lovgivnings- og domsmyndigheter og hvilke rettigheter prinsippet gir til individet som strafforfølges.

1.2 Rettslig plassering, straffansvar og rettskilder

1.2.1 Rettslig plassering

Temaet som jeg tar for meg i denne avhandlingen befinner seg innenfor rettsområdet internasjonal strafferett i folkeretten. Internasjonal strafferett karakteriseres nå som det rettssystem som angår etterlevelsen av den internasjonale humanitærrett og øvrige dimensjoner av strafferett i det internasjonale rettssystem.¹¹ Tradisjonelt hører

¹⁰ Dette betyr at forbrytelser som foretas under rettergangen som er foreskrevet i domstolenes Rules of Procedure and Evidence, faller ut.

¹¹ En slik definisjon av internasjonal strafferett er gitt i Archbold (2003) side 18. En lignende definisjon er foretatt i bl.a. i Than og Shorts (2003), i Bassiouni (1999) og andre folkerettslige forfattere. Et av mange eksempler på at forfattere definerer internasjonale forbrytelser annerledes finner man i Kittichaisree

strafforfølgelse av forbrytere inn under statenes jurisdiksjon og under territorialprinsippet. Statenes territoriale jurisdiksjon innebærer rett til å utforme rettsregler (legislativ jurisdiksjon), rett til å anvende rettsregler og retten til å håndheve retten. Tradisjonelt har det vært statens anliggende om den ønsker å strafforfølge forbrytelser begått på eget territorium, enten forbrytelsen er av vesentlig alvorlig karakter eller om den er mindre alvorlig, foretatt av egen statsborger eller utenlandsk statsborger.¹² I internasjonal sammenheng har det vist seg å være et problem når staten som har strafferettslig jurisdiksjon over forbryteren av forskjellige grunner ikke strafforfølger handlingen eller nekter å utlevere en gjerningsmann til en tredje stat som har interesse i saken. Territorialprinsippet er likevel sikker sedvanerett. Dette gjelder både strafforfølgelse av internasjonale forbrytelser mot humanitærretten og forbrytelser av øvrige dimensjoner. Territorialprinsippet er, som vi skal se, opprettholdt i vedtektene for ICC, mens det er satt til side av ad hoc domstolene. Plikten til å strafforfølge er ikke anerkjent som *jus cogens* for alle internasjonale forbrytelser i folkeretten.¹³

Utviklingen av individuelt ansvar for straffbare handlinger innenfor folkeretten startet med å utvikle regler innen rettsområdet som kalles internasjonal humanitærrett, *jus in bello*, også kalt krigens rett.¹⁴ Traktat- og sedvanerettsreglene innenfor internasjonal humanitærrett tar for seg reglene som gjelder under krigssituasjon, og kan dateres tilbake til 1860-årene. Traktatene innenfor humanitærretten deles generelt opp i Haag-reglene og Génève reglene. Haag-reglene regulerer lovlige og ulovlige krigshandlinger innenfor selve krigssituasjonen.¹⁵ Génève reglene dekker først og fremst regler om

(2001) side 3: "international crimes are those prosecuted before an international criminal tribunal, whether *ad hoc* or permanent". Dette er en definisjon som etter min mening blir for snever på grunn av at den utelukker handlinger som er gjort til internasjonale forbrytelser gjennom konvensjoner, men som skiller seg fra forbrytelser i humanitærretten fordi disse forbrytelsene foreløpig ikke er under internasjonal strafforfølgelse under internasjonale straffedomstoler.

¹² Bassiouni (1999) side 103, flg.

¹³ Bassiouni (1999) side 113, flg.

¹⁴ *Jus in bello* avgrenses mot *jus ad bellum*, dvs. reglene om lovligheten av krig. Se Archbold side 15, flg. og Gardam (1999) side 49, flg.

¹⁵ Se bl.a. de tre Haag konvensjonene av 1899, Haag konvensjonen av 1907 og av 1954.

gisler under krig, sårede, sivilbefolkning, og lignende.¹⁶ Alle av disse konvensjonene beror på et indirekte håndhevelsessystem, dvs. de følger territorialprinsippet og det er opp til statene om handlingen strafforfølges. Første skritt i retning av anerkjennelsen av individuelt strafferettslig ansvar for handlinger ble foretatt i Generalforsamling Resolusjon 95 av 1946.¹⁷ I en internasjonal konvensjon ble antagelig dette første skritt gjort i Folkemordkonvensjonen. Artikkel 6 i denne konvensjonen foreskriver at folkemord skal prøves av en kompetent domstol i den stat hvor handlingen ble begått eller av en internasjonal straffedomstol som har den nødvendige jurisdiksjon.

Også andre internasjonale forbrytelser som ikke faller under humanitærretten hører til statenes jurisdiksjon. Dette omfatter bl.a. konvensjoner om terrorisme, flykapring, narkotikaforbrytelser, hvitvasking av penger og korrupsjon. Innenfor disse konvensjonene følger bestemmelser om internasjonalt eller bilateralt samarbeid om strafforfølgning og overlevering. Man har også egne konvensjoner om overlevering av forbrytere og strafferettslig samarbeid.¹⁸ Strafforfølgelse av disse typer forbrytelser under en internasjonal straffedomstol hører til fremtiden og den videre utvikling av folkeretten, og vil derfor ikke være sentrale i denne oppgaven.

1.2.2 Straffansvar

Foreløpig har statene kun avgitt jurisdiksjon til å strafforfølge *individer* for forbrytelser under den internasjonale humanitærrett. Statsansvar for internasjonale forbrytelser er en

¹⁶ Se spesielt konvensjon av 1929 og de fire konvensjoner av 1949.

¹⁷ Denne resolusjonen ble vedtatt av en enstemmig forsamling og er derfor karakterisert som sikker sedvanerett, Bassiouni (1999) side 166. Individuelt straffansvar i folkeretten ble for første gang pålagt individer under de internasjonale militære domstolene. Men om det forelå slikt ansvar forut for opprettelsen av disse domstolene er svært diskutabelt, Bassiouni (1999) side 161, flg. Jones & Powles (2003) side 408, flg.

¹⁸ Se bl.a. UN Model Treaty on Extradition, 1990, UN Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters, 1959, UN Model Treaty on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters, 2001, Constitution of Interpol, 1956, European Convention on Extradition, 1957, European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, 1959, Additional Protocol to European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, 1978, Second Additional Protocol to European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, 2001, Europol Convention, 1995.

del av utviklingen som hører fremtiden til.¹⁹ Dette kan sies å være et paradoks på grunn av individenes omstridte stilling i folkeretten.²⁰ Som kjent er folkeretten karakterisert som retten mellom statene. På grunn av tilstedeværelsen av prinsippet om statenes suverenitet er det derfor opp til statene å videreutvikle reglene i folkeretten, og dette har altså i den seneste tid gått i retning av å gi individer og organisasjoner utvidet stilling som rettssubjekter i folkeretten.²¹ I den moderne folkerett har både organisasjoner og individer utvidet funksjon som rettighetssubjekter og pliktsubjekter, og de har i den seneste tid blitt gitt stilling både som interesse-, påtale- og ansvarssubjekt.²² Den seneste utviklingen kom nettopp med opprettelsen av ad hoc tribunalene for det tidligere Jugoslavia i 1993 og Rwanda i 1994, og med ikrafttreddelsen av Den internasjonale straffedomstol i 2002. Individer kan, som vi skal se, nå pålegges ansvar i folkeretten som plikt- og ansvarssubjekter gjennom et direkte ansvarssystem. Disse utviklingstrekkene er altså det seneste innhugg i prinsippet om statenes suverenitet og den eksklusive råderett over strafferettslig kompetanse.

¹⁹ Et skritt i retning av strafferettslig ansvar for statene er gjort av ILC gjennom de såkalte *Draft Articles of State Responsibility*, se dens artikkel 19. Oppdelingen og utviklingen av ansvarssubjekter i internasjonal strafferett henger igjen fra den gamle romerske lære i strafferettslig teori om at bare individer kan være strafferettslig ansvarlige for handlinger.

²⁰ Bassiouni drøfter individenes stilling som rettssubjekter i folkeretten i *International Criminal Law. Crimes* på side 153, flg. Forfatteren konkretiserer at spørsmålet om individene er subjekter, objekter eller rettighetshavere av reglene i den internasjonale retten fortsatt er et kontroversielt spørsmål i det nåværende internasjonale rettssystem. Det viktige i en avhandling om individenes stilling i internasjonal strafferett vil imidlertid være å påpeke at internasjonale forbrytelser begås av individer.

²¹ Selv om folkeretten i den seneste tid har gått i denne utvikling, gjelder altså suverenitetsprinsippet i aller høyeste grad fortsatt som det rettslige utgangspunkt i folkeretten. Suverenitetsprinsippet har lange tradisjoner i folkeretten. Bestemmelsen er kodifisert i FN Pakten artikkel 2, som opprettholder at alle stater suverent likestilte i forhold til rettigheter, plikter og autonomi. Som en konsekvens er stater ikke bundet av andre rettsregler i folkeretten enn de som staten selv uttrykkelig har samtykket i gjennom avtaler eller som følger av internasjonal sedvane eller prinsipper som staten har anerkjent.

²² Ross (1984) side 134. flg. Individene har oppnådd stilling som interesse- og påtalesubjekt under menneskerettighetskonvensjonene, se nærmere i kapittel 2.

1.2.3 Rettskildebildet i internasjonal strafferett

Som påpekt av Bassiouni er internasjonal strafferett en svært kompleks rettsdisiplin som består av overlappende rettskilder som både stammer fra folkeretten og de nasjonale rettssystemer.²³ Tradisjonelt, med unntak av de internasjonale militære straffedomstolene, avhenger strafforfølgelse av internasjonale forbrytelser av et indirekte håndhevelsessystem hvor strafforfølgelsen foretas av statene. Dette er også kalt vertikal håndhevelse.²⁴ Dette på grunn av at utgangspunktet for strafforfølgelse av internasjonale forbrytelser følger territorialprinsippet. Men på grunn av at dette systemet har utviklet seg i de siste år og at det nå eksisterer internasjonale straffedomstoler, må dette utgangspunktet etter min mening modifiseres noe.²⁵ Hvilke rettskilder som anvendes under strafforfølgelse av internasjonale forbrytelser avhenger derfor av om forbrytelsen strafforfølges på det vertikale plan eller på det horisontale plan. Dersom forbrytelsen strafforfølges på det vertikale plan, vil det være den enkelte stats rettskilder som anvendes. Om staten anvender humanitærretten som rettskilde, varierer alt ettersom denne staten følger det dualistiske eller det monistiske system.

Når strafforfølgelse foretas på det horisontale nivå, som pr. dato gjøres for forbrytelser under humanitærretten, må de internasjonale straffedomstoler forholde seg til rettskildene i folkeretten. Når man skal beskrive rettskildene i folkeretten, er det i litteraturen vanlig å gå ut ifra rettskildene som er opplistet i Statuttene for den internasjonale domstol (ICJ-statuttene).²⁶ Bestemmelsen lyder:

1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:
 - a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
 - b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;

²³ Se Bassiouni (1999) side 4.

²⁴ Archbold side 18.

²⁵ Strafforfølgelse av forbrytelser under de internasjonale straffedomstoler betegnes som det horisontale håndhevelsessystem, Archbold side 18.

²⁶ Statute of the International Court of Justice. Se bl.a. Ruud, Ulfstein og Fauchald (1997) side 13, flg, Archbold side 9. Bestemmelsen har ikke rettskildestatus som mer enn et direktiv til Domstolen.

c. the general principles of law recognized by civilized nations;

d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bono*, if the parties agree thereto.

Denne bestemmelsen omtaler konvensjoner, sedvane og generelle rettsprinsipper som de primære rettskilder. Dette stemmer med gjeldende forståelse av rettskildene i folkeretten.²⁷ Som påpekt i artikkel 38 gjelder traktatene i utgangspunktet bare for statene som har ratifisert, mens sedvaneretten, og til en viss grad generelle rettsprinsipper, i utgangspunktet gjelder for alle stater, uansett om statene har bidratt til utvikling av sedvanen eller ikke.²⁸

Disse rettskildene gjelder i utgangspunktet også for den internasjonale strafferett. Men da en befinner seg på det strafferettslige område, tilsier legalitetsprinsippet at man må sette strengere grenser for de internasjonale straffedomstolenes anvendelse av rettskildene som grunnlag for en dom.²⁹ På grunn av at det er det statene som er de primære rettssubjekter i folkeretten, må det i henhold til legalitetsprinsippet derfor bare være rettskildene som direkte er skapt av statene i kraft av deres suverenitet som tilfredsstillende "lov" ved direkte strafforfølgelse av individer under internasjonale straffedomstoler. For den delen av internasjonal strafferett som behandler de internasjonale forbrytelser, må disse forbrytelsene derfor fremgå av internasjonale konvensjoner eller internasjonal sedvanerett for å tilfredsstillende legalitetsprinsippet.

Når det gjelder rettskildesituasjonen i den generelle internasjonale strafferett vil konvensjonene i humanitærretten og den humanitære sedvanerett, og konvensjoner som angir øvrige forbrytelser, fortsatt ha gyldig virkeområde for hvilke handlinger som anses å være forbrytelser under folkeretten. Som vi skal se ligger dette også til grunn for rettsanvendelsen under ICTY og ICTR. ICCs rettsanvendelse blir imidlertid noe annerledes. Her er forbrytelsene inkorporert i Roma-vedtektene, og ICC skal i første

²⁷ Archbold side 6, flg.

²⁸ Et unntak er imidlertid regelen "the persistent objector rule", se Archbold side 6 flg.

²⁹ 1993-rapporten og 1995-rapporten. Se også Bassiouni (1999) side 37, flg.

omgang basere sine avgjørelser på bestemmelsene i disse vedtektene. ICCs rettskildebruk fremgår av Roma-vedtektene artikkel 21. En lignende bestemmelse finnes derimot ikke i statuttene for ICTY, ICTR.

2 Legalitetsprinsippet

2.1 Legalitetsprinsippet

2.1.1 Legalitetsprinsippetets innhold

For sikringen av individets stilling ovenfor styresmakten i rettsstaten er det i statenes interne rettssystemer siden slutten av 1800-tallet utviklet enkelte rettssikkerhetsprinsipper som gir individene rettigheter i rettssystemet. Slike rettssikkerhetsprinsipper bygger på en liberalistisk ideologi.³⁰ Legalitetsprinsippet er et av disse rettssikkerhetsprinsippene, og innenfor strafferetten er det antagelig det mest grunnleggende av dem alle. For individet handler legalitetsprinsippet i korthet om at inngrep i individets rettsstilling skal ha hjemmel i lov.³¹ Begrunnelsen for prinsippet er bl.a. at man i en rettsstat skal ha muligheten til å kunne forutberegne sin rettsstilling, dvs. at man på forhånd skal vite hvilke handlinger og unnlatelser som er lovlige og hvilke som er ulovlige og som vil sanksjoneres med straff. 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 er rettslig skranke for den lovgivende og den dømmende makt. For lovgiver har legalitetsprinsippet den skranke at lovgiver må gå

³⁰ Liberalismen er en filosofisk ideologi, som setter individene i sentrum for styringen av samfunnet. I motsetning finnes filosofiske retninger, for eksempel utilitarismen, hvor samfunnet som enhet og fellesinteressen fremstår som viktigere ved utformingen av rettsreglene. Liberalismen er utviklet av filosofer som Montesquieu, Hume, Smith, Kant og Rawls. (Malnes og Midgaard. *Politisk tenkning*. (1998)).

³¹ En definisjon er foretatt i Cassese, Gaeta and Jones (2002): "(The principle of legality) prescribe that an individual may be considered criminally responsible for conduct which was unambiguously criminal at the time of its commission and must be sentenced in accordance of law." (Side 733.) Denne definisjonen får frem mange av legalitetsprinsippetets sider.

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. Som en følge av legalitetsprinsippet oppstår dermed et skille mellom moralske og juridiske adferdsnormer. Man skal ikke kunne dømmes på grunnlag av at en handling er umoralsk. Legalitetsprinsippet har på denne måten også direkte betydning i forhold til folkesuverenitetsprinsippet og maktfordelingsprinsippet i den enkelte stat.³² Nært beslektet med legalitetsprinsippet ligger prinsipper som forbudet mot dobbeltstraff, *ne bis in diem*, rettigheter under etterforskningen av en siktet og prinsipper om en rettferdig rettergang i straffesaker.³³

I tillegg til å være et generelt og grunnleggende prinsipp i statenes interne lovgivning, har legalitetsprinsippet fått plass i internasjonale konvensjoner om menneskerettigheter. Internasjonalt er legalitetsprinsippet slått fast i Verdenserklæringen om menneskerettighetene artikkel 11 (2), CCPR artikkel 15 (1) og Barnekonvensjonen av 1989 artikkel 40 (2) (a). Legalitetsprinsippet har også fått sin plass i regionale konvensjoner om beskyttelsen av menneskerettighetene: EMK artikkel 7, Den amerikanske konvensjon om menneskerettigheter av 1969 (AMK) artikkel 9 og Den afrikanske konvensjon om menneskers og folkenes rettigheter av 1981 (AFK) artikkel 7 (2). Samlet har dette for det første bidratt til å gi legalitetsprinsippet internasjonal status rettskildestatus i form av ”general principle of law”, som nå gjelder generelt i folkeretten og ikke bare under beskyttelsen av menneskerettighetene.³⁴ Dessuten har det bidratt sterkt til også å utvikle prinsippet slik at statene som har tiltrådt

³² I statsforfatningen er folkesuverenitetsprinsippet prinsippet om at det er folket som skal styre seg selv. På lovgivningens område betyr dette at det er folket, gjennom dets representanter, iht. det demokratiske system, som skal vedta lovene, ikke dommere og embetsmenn. Maktfordelingsprinsippet er tanken om å hindre maktmisbruk. Måten dette oppnås på er at statsmakten fordeles mellom de tre statsmakter, den lovgivende, den utøvende og den dømmende makt.

³³ Se bl.a. FNs internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 1966 (CCPR) artikkel 14, Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 1950 (EMK) artikkel 6 og EMK Tilleggsprotokoll 7 artikkel 4.

³⁴ Dette er ubestridt i litteraturen, se Bassiouni (1999) side 37. Cassese, Gaeta and Jones (2002) side 734.

disse konvensjonstekstene har bundet seg til å etterleve prinsippet slik det er slått fast i traktatene.³⁵ Under CCPR og de regionale konvensjonene har dessuten statene avgitt jurisdiksjon til kontrollorganer og domstoler som fører kontroll med at statene ikke krenker prinsippet.³⁶

Legalitetsprinsippet er et sammensatt prinsipp som, der det har fått gjennomslag, medfører visse konsekvenser for rettsanvendelsen. Der prinsippet har fått utslag i statenes lovgivning, er det vanlig at bare enkelte fragmenter og underprinsipper av legalitetsprinsippet positivt er slått fast i de ulike rettsstatenes konstitusjoner eller i den øvrige lovgivning. Tradisjonelle utforminger av slike underprinsipper på strafferettens område er for det første *nullum crimen sine lege* og *nulla poena sine lege*; ingen forbrytelse uten lov og ingen straff uten lov.³⁷ Det som ligger i dette er at for at en handling skal være straffbar i det enkelte tilfelle, må dette følge av loven. I tillegg er det vanlig med en tredje presisering av legalitetsprinsippet, nemlig forbudet mot *ex post facto* straffelover og herunder det avledede forbud mot retroaktiv anvendelse av straffebestemmelser og straffereaksjoner som grunnlag for straff.³⁸ Forbudet gjelder bare for straffebestemmelser som har negativ virkning for tiltalte.

³⁵ Prinsippet om at avtaler skal holdes, *pacta sunt servanda*, gjelder som jus cogens i folkeretten, Ruud, Ulfstein og Fauchald (1997) side 36. Uten håndhevelsesmekanismer i folkeretten innebærer dette prinsippet i seg selv lite hvis ikke staten selv ønsker å overholde sine avtaler.

³⁶ CCPR er overvåket av The Human Rights Committee, EMK er overvåket av Kommissjonen og individene kan dessuten stevne staten inn for Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD), jf. Protokoll 11. Lignende kontrollorganer finnes under AFK (African Commission on Human and Peoples' Rights) og AMK (Inter-American Commission on Human Rights). Under AMK fungerer også en lignende domstol som under EMK. EMD er imidlertid den domstolen som har gått lengst i å foreta autonome og dynamiske tolkninger av rettighetene under konvensjonen til fordel for individene. Til belysning, se Engel m.fl. v. Nederland. Det finnes ingen slik domstol under AFK. Det afrikanske systemet er det yngste og minst utviklede.

³⁷ En lignende utforming har legalitetsprinsippet fått i vår egen konstitusjon, jf. Grl. § 96 første punktum.

³⁸ Ifølge teorien foreligger på dette punkt store variasjoner ved gjennomføringen av legalitetsprinsippet i statenes interne rettssystemer. I henhold til Cassese, Gaeta and Jones (2002) er det strenge forbudet mot *ex post facto* lovgivning og lovanvendelse gjennomført av de fleste stater, men forbudet er ikke universelt akseptert. Rekkevidden av dette er derfor noe usikkert. Se side 740. For en sammenligning av de enkelte deler av legalitetsprinsippet i statenes rettssystemer, se Bassiouni (1999) side. 127, flg.

I menneskerettighetskonvensjonene har legalitetsprinsippet har kommet til uttrykk i form av en rettighet. CCPR artikkel 15 foreskriver i første ledd:

No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time when the criminal offence was committed. If, subsequent to the commission of the offence, provision is made by law for the imposition of the lighter penalty, the offender shall benefit thereby.

Her alle de omtalte deler av legalitetsprinsippet omfattet, inkludert forbudet mot retroaktiv anvendelse av straffelov som grunnlag for straff.³⁹ Dessuten foreskriver bestemmelsen at dersom det i ettertid blir vedtatt en mildere straffebestemmelse for handlingen som en person er tiltalt for, skal dette komme tiltalte til gode.⁴⁰

I den videre redegjørelse for legalitetsprinsippets innhold vil jeg belyse med denne bestemmelsen.⁴¹ Dessuten vil jeg belyse med bestemmelser fra EMK der artikkel 7 eller dynamisk praksis av EMD går lenger enn CCPR.⁴²

På grunn av tilstedeværelsen av legalitetsprinsippet i et rettssystem, er det vanlig at det blir tolket inn en rekke konsekvenser som får betydning for utformingen av straffelovgivningen i rettsstaten.⁴³ Disse innfortolkede konsekvensene vil også få betydning ved tolkingen av hvor langt legalitetsprinsippet er overholdt av ad hoc domstolene og Den internasjonale straffedomstol.

For det første oppstår spørsmålet om hvordan ”lov” skal tolkes under legalitetsprinsippet. Dette er løst på forskjellige måter i de ulike rettssystemer, bl.a. som følge av forskjellig forståelse og anvendelse av rettskildene som danner grunnlaget for

³⁹ Boot (2002) side 133, flg.

⁴⁰ Det samme forbud er innfortolket av EMD og gjelder under bestemmelsen i EMK artikkel 7.

⁴¹ 151 stater er parter i denne konvensjonen, deriblant det tidligere Jugoslavia og Rwanda (forut for konfliktene i disse statene).

⁴² Grunnen til at jeg gjør dette er at det tidligere Jugoslavia også var part i denne konvensjonen. Dersom ICTY ikke skulle etterleve beskyttelsen etter EMK, vil dette være et paradoks som har oppstått som følge av at domstolen er opprettet med primær jurisdiksjon.

rettsregelen. Men hovedprinsippet er at straffebestemmelsen må fremgå av lov gitt av den lovgivende makt. Om lov som er foreskrevet i annen rettskilde er i overensstemmelse med legalitetsprinsippet, er gjennomført forskjellig i de enkelte rettssystemer. For eksempel i norsk rett utelukker legalitetsprinsippet straff direkte på grunnlag av for eksempel forskrift, sedvane, rettspraksis og forarbeider til lov. Slike rettskildefaktorer kan likevel påberopes til gunst for tiltalte. Rettssystemer hvor man finner at sedvaneretten større utstrekning benyttes som hjemmelsgrunnlag for straff, er bl.a. England og andre land som bygger på den engelske rettstradisjon. Her har det vært vanlig at både definisjonene av de enkelte forbrytelser og de alminnelige straffbarhetsvilkår i stor utstrekning har bygget på rettspraksis. Slik praksis kan imidlertid innebære en krenkelse av legalitetsprinsippet slik det tolkes bl.a. under EMK artikkel 7, og derfor har denne praksis også blitt noe innsnevret i disse landene.⁴⁴ Om internasjonale avtaler eller sedvane som staten er bundet av tilfredsstillende lovskravet i de enkelte stater er også forskjellig praktisert av statene ettersom de følger det monistiske eller det dualistiske system for forholdet mellom folkeretten og internretten. I henhold til CCPR artikkel 15 (1) og EMK artikkel 7 tilfredsstillende imidlertid internasjonal traktat og sedvane lovskravet. Den siste del av lovskravet er at legalitetsprinsippet stiller krav om at loven skal være tilgjengelig og synbar for individet. Dette går på selve hovedformålet med legalitetsprinsippet.⁴⁵

For det andre oppstår det for lovgiver, som en konsekvens av legalitetsprinsippet, spørsmål om spesifisering av straffebestemmelser.⁴⁶ Dette er spørsmålet om hvor mye av de enkelte deler av straffebestemmelsen som må fremgå av loven og hvor "klart" lovgiver må angi hjemmelsgrunnlaget for straff. Statene praktiserer lovgivning som er bygget opp av en objektiv og en subjektiv del. Til sammen utgjør disse, med øvrige straffbarhetsvilkår, den straffbare handling. Den objektive delen, *actus reus*, beskriver hvilken handling eller unnløstelse som er ulovlig eller påbudt. Den subjektive delen,

⁴³ Bassiouni (1999) side 123, flg. Møse (2003) kapittel 14.

⁴⁴ Se *Kokkinakis v. Hellas*. I *SW v. UK* godtok imidlertid EMD en veletablert straffebestemmelse av engelsk common law som grunnlag for straff.

⁴⁵ *Boot* (2002) side 148. Se også *Kokkinakis v. Hellas*.

⁴⁶ Også omtalt som *lex certa*. *Boot* (2002) side 119, flg.

mens rea, er hvilket krav til skyld som må kreves av lovovertrederen. Begrunnelsen for skyld er at det regnes som utilbørlig å pålegge straffansvar som skyldes hendelige uhell. I henhold til statenes praksis er legalitetsprinsippet tilfredsstilt dersom det av loven fremgår en beskrivelse av den straffbare handling og hvilken skyld lovovertrederen må ha utvist. Lovhjemmelen må dessuten inneholde bestemmelse om straff (straffart og strafferamme). Dette går direkte på forbudet om at ingen straff kan pålegges uten lov.⁴⁷ Det anses å være i overensstemmelse med legalitetsprinsippet at det enkelte straffedelikt kun beskriver hvilken handling eller unnlattelse av handling som er straffbar og hvilken straffereaksjon og strafferamme lovovertrederen risikerer. Hvilken skyld som kreves kan fremgå av en fellesbestemmelse, eller det kan fremgå av hvert enkelt straffebud. Statenes praksis varierer på dette området.⁴⁸ Kravet til skyld kan også fremgå spesifikt av hvert straffedelikt. Det er også forskjellig hvor vide og snevre straffebestemmelser de enkelte rettsstater anvender. Det er et rimelig krav i henhold til legalitetsprinsippet at ingen skal risikere straff uten at loven på forhånd gir klar beskjed. I sin ytterste konsekvens vil anvendelse av for vide og generelle straffebestemmelser med bruk av vage begreper kunne sette sterke grenser for individets mulighet til å forutse om en handling er straffbar eller ikke. Men i utgangspunktet er det opp til hver enkelt stat om dette strider mot legalitetsprinsippet eller ikke.⁴⁹ Det er vanlig at en rettsstat opererer med øvrige straffbarhetsvilkår for at individet skal kunne straffes for en handling.⁵⁰

For domstolene oppstår for det tredje som en konsekvens av legalitetsprinsippet spørsmålet om lovtolking. Hvor langt tillater legalitetsprinsippet at hjemmelen for straff tolkes? Lover må i sin alminnelighet tolkes på grunn av at språket i seg selv kan være uklart, det kan bestå av flertydige og tvetydige ord. Utgangspunktet for lovtolkingen er den naturlige forståelse av bestemmelsene etter vanlig språkbruk. Dette utgangspunktet

⁴⁷ *Nulla poena sine lege*.

⁴⁸ Menneskerettighetskonvensjonene stenger i utgangspunktet ikke for anvendelse av vide bestemmelser. Se bl.a. uttalelser i *Kokkisinakis v. Hellas*. Domstolen anerkjenner at lover må tolkes og presiseres.

⁴⁹ *Boot* (2002) side 124.

⁵⁰ Dette omtales av Bassiouni som "General part". Med dette mener han et komplekst system med regler om alle de nødvendige regler for om en handling er straffbar eller om en handling er straffri eller lovlig. Som påpekt av Bassiouni mangler humanitærretten en slik del.

gjelder både for tolking av nasjonale lover og for folkerettslige tekster.⁵¹

Rettsystemene varierer her fra den ekstreme variant hvor man tillater domstolskapte forbrytelser, til rettsystemer hvor det åpnes for uklare rammer for beskrivelsen av den straffbare handling og hvor man anvender vide strafferammer for å gi en individuell bedømmelse av straff i enkelttilfellet, til rettsstatene i motsatt ende hvor straffelovgivningen utformes i detaljform.⁵² Forskjellige grader av mellomtilfellene er nok det vanligste i praksis. I sin ytterste konsekvens kan uklare lovbestemmelser føre til et resultat som står i direkte strid med den naturlige forståelse av ordlyden, noe som fører til spørsmålet om det i henhold til legalitetsprinsippet er tillatt med utvidende og analogisk anvendelse av straffebestemmelser.⁵³ Ved uklarheter i hjemmelen vil dommeren som hovedregel velge den forståelse som han finner har den mest hensiktsmessige eller rimelige løsning. Et paradoks kan oppstå der dommerne er uenige om lovtolkningen. Hvis den juridiske ekspertise er uenige om forståelsen av lovtekster er sikkert at loven også kan være uklar for individene. Denne problemstillingen er imidlertid av teoretisk karakter, da de fleste borgere ikke setter seg inn i statens straffelovgivning og tolker lovens ordlyd.

2.1.2 Legalitetsprinsippet i den internasjonale strafferett

Selv om legalitetsprinsippet har rettskildestatus som *general principle of law* anerkjent av statene i folkeretten, er det fortsatt noe uklart hvor langt prinsippet gjelder i den generelle internasjonale strafferett. Denne usikkerheten foreligger dels på grunn av de uklarheter som foreligger rundt definisjonene av forbrytelser i den internasjonale strafferett og dels på grunn av at humanitærretten og øvrige dimensjoner foreskriver svært ulike mekanismer for rettshåndhevelse.⁵⁴ Som uttalt av ILC i sine kommentarer til artikkel 39 i Draft Statute for an International Criminal Court: "The application of the

⁵¹ For tolkningsprinsipper i folkeretten, se Vienna Convention on the Law of Treaties av 1969 (Wienkonvensjonen) artikkel 31, flg.

⁵² Noen eksempler er gitt i Boot (2002) side 125.

⁵³ Se Bassiouni (1999) side 123 og 124. EMD har gått langt i å slå fast at straffebestemmelsen ikke kan tolkes utvidende eller analogisk til skade for tiltalte. Se bl.a. *Kokkinakis v. Hellas* og *SW v. UK*. EMD tillater imidlertid presiserende tolkning i rettspraksis.

⁵⁴ Cassese, Gaeta and Jones (2002) side 735, Bassiouni (1999) side 6, flg.

principle varies according to whether the crime in question is a crime under general international law or whether it involves a crime under or in conformity with a treaty provision.”

Etter de hovedprinsippene om strafforfølgelse som vi har sett i kapitlene ovenfor, vil altså legalitetsprinsippet være beskyttet alt ettersom hvilken stat eller internasjonal domstol som strafforfølger den internasjonale forbrytelse. Dersom strafforfølgelsen blir foretatt av staten som har jurisdiksjon over forbrytelsen i henhold til hovedprinsippet om territorialprinsippet, eller i henhold til andre prinsipper om strafforfølgelse, vil individet være beskyttet av legalitetsprinsippet ettersom hvordan prinsippet etterleveres i denne staten. Som vi har sett ovenfor er det i utgangspunktet opp til nasjonalstaten hvor ”klart” den uttrykker straffebudene i sin lovgivning, hvilke rettskilder som regnes som ”lov” i forhold til legalitetsprinsippet, herunder om den tillater hjemmel i for eksempel sedvane eller rettspraksis, og hvor langt den tillater utvidende og analogisk anvendelse av hjemmelsgrunnlaget. Visse bindinger på staten kan foreligge dersom den har tiltrådt den internasjonale eller en av de regionale menneskerettighetskonvensjonene. Men selv om staten skulle ha avgitt kompetanse til kontrollorganer under disse konvensjonene, betyr ikke dette umiddelbart at staten overholder alle prinsipper etter konvensjonene til sikkerhet for individet under strafforfølgelse. Som vi har sett i historien, kan statene gå langt i å sette grunnleggende rettsprinsipper til side under rettsoppgjør i etterkant av alvorlige konflikter.⁵⁵ Men visse bånd på lovgivning og domsorganer vil altså foreligge. Hvorvidt legalitetsprinsippet er tilfredsstilt ved strafforfølgelse av internasjonale forbrytelser i nasjonalstaten, kan således i praksis variere i svært stor grad.

Territorialprinsippet gjelder fortsatt som hovedprinsipp for de 92 stater som pr. dato er parter i Roma-statuttene for Den internasjonale straffedomstol. Dersom en stat som har

⁵⁵ Cassese, Gaeta and Jones (2002) side 736, flg. Under strafforfølgelsen av alvorlige forbrytelser i den enkelte stat anvendte de ulike domstoler Nürnberg-presedensene som grunnlag for å rettferdiggjøre brudd på legalitetsprinsippet. Eksempel kan også trekkes fra USAs behandling av terrorister på den omtalte Guantanamo basen på Cuba. Kritikken har blitt rettet mot USA for å frata disse fangene alle juridiske rettigheter. Spørsmålet er pr. dato oppe i USAs Supreme Court. Både CCPR artikkel 4 (2) og EMK artikkel 15 (2) inneholder imidlertid forbud mot å fravike reglene i CCPR artikkel 15 og EMK artikkel 7 under krisetid.

primær jurisdiksjon strafforfølger en forbrytelse som ICC har subsidiær kompetanse over, vil individet fortsatt være beskyttet av legalitetsprinsippet så langt prinsippet er gitt anvendelse i denne statens rettssystem. Krenkelse av legalitetsprinsippet under rettergangen er ikke et av vilkårene for at ICCs jurisdiksjon skal tre i kraft, jf. Roma-vedtektene artikkel 12, flg. Rekkevidden av legalitetsprinsippet i Roma-vedtektene gjelder i første omgang kun for ICC. Med tiden *kan* imidlertid utviklingen gå i retning av at enkelte av bestemmelsene, som bestemmelsene om legalitetsprinsippet, i Roma-vedtektene får status som internasjonal sedvanerett ved internasjonal strafforfølgelse av forbrytelser. Men på grunn av prinsippet om statenes suverenitet rekker imidlertid ikke bestemmelsene i Roma-vedtektene lenger enn dette pr. i dag.

Når det gjelder de øvrige av samtidens internasjonale straffedomstoler, er alle disse gitt såkalt primær jurisdiksjon, dvs. forrang foran andre domstoler i statene hvor de har deres virkeområde, jf. statuttene for ICTY artikkel 9, statuttene for ICTR artikkel 8, statuttene for panelene under UNTAET section 2 og statuttene for spesialdomstolen for Sierra Leone artikkel 8. Dette omtales som nevnt som domstolenes primære jurisdiksjon, dvs. at territorialprinsippet er satt til side. På denne måten er individet som strafforfølges for forbrytelser som er foretatt under ICTYs og ICTRs jurisdiksjon i henhold til artikkel 1 i domstolenes statutter, beskyttet av legalitetsprinsippet så langt det gis anvendelse av disse domstolene.

3 Jugoslavia-domstolen og Rwanda-domstolen

3.1 Bakgrunn

3.1.1 Noen utgangspunkter og problemstillinger

The International Criminal Tribunal of the Former Yugoslavia, ICTY, ble opprettet på grunnlag av FN Sikkerhetsråd Resolusjon 808 av 1993, og er således den første internasjonale ad hoc straffedomstol i sitt slag. Eksemplet ble like etter fulgt opp ved opprettelsen av The International Criminal Tribunal of Rwanda, ICTR, på grunnlag av en lignende Sikkerhetsråd Resolusjon 955 av 1994. Opprettelsen av domstolene ble foretatt på grunnlag av Sikkerhetsrådets myndighet under FN pakten kapittel VII.⁵⁶ ICTY og ICTR er opprettet med midlertidig jurisdiksjon, jf. statuttene for ICTY (SITY) artikkel 7 og statuttene for ICTR (SITR) artikkel 8.⁵⁷ Domstolene har også som nevnt *primær jurisdiksjon*, det vil si forrang over nasjonale domstoler for forbrytelser som faller under deres jurisdiksjon. Dette betyr at dersom en handling blir strafforfulgt under en annen domstol, har ad hoc domstolene rett til å overta sakene. Imidlertid skal

⁵⁶ ICTY og ICTR er opprettet som subsidiære organer under Sikkerhetsrådet, jf. FN Pakten artikkel 29. Imidlertid skal domstolene i henhold til Generalsekretærens rapporter utføre sine funksjoner uavhengig av politiske vurderinger og kan ikke være gjenstand for Sikkerhetsrådets autoritet og kontroll når det gjelder deres juridiske funksjoner.

⁵⁷ Ad Hoc domstoler reiser ikke bare problemstillinger i forhold til legalitetsprinsippet. I forbindelse med CCPR artikkel 14 har Human Rights Committee uttalt: "The provisions of Article 14 apply to all courts and tribunals within the scope of that article whether ordinary or specialized. The Committee notes the existence, in many countries, of military or special courts which try civilians. This could present serious problems as far as equitable, impartial and independent administration of justice is concerned. Quite often the reason for the establishment of such courts is to enable exceptional procedures to be applied which do not comply with normal standards of justice. While the Covenant does not prohibit such categories of courts, nevertheless the conditions which it lays down clearly indicate that the trying of civilians by such courts should be very exceptional and take place under conditions which genuinely afford the full guarantees stipulated in article 14." Se U.N. Doc. HRI/GEN/1 side 13.

forbudet mot dobbeltstraff, *non bis in diem*, respekteres av domstolene, jf. SITY artikkel 10 og SITR artikkel 9. At ICTY og ICTR er gitt primær jurisdiksjon, betyr at territorialprinsippet er tilsidesatt av domstolene. Et av hovedprinsippene for strafforfølgelse av forbrytelser i retten mellom statene er således satt til side ved opprettelsen av ICTY og ICTR.

Legalitetsprinsippet er ikke behandlet i statuttene for ad hoc domstolene. Fraværet av prinsippet i statuttene betyr ikke nødvendigvis at det ikke er respektert. Men der en ad hoc straffedomstol etableres i etterkant av eller i løpet av en intern eller internasjonal konflikt i en stat, og denne domstolen er gitt jurisdiksjon over handlinger foretatt forut for domstolens ikrafttreden, reiser det seg visse generelle problemstillinger i forhold til domstolens overholdelse av de forskjellige deler av legalitetsprinsippet.⁵⁸ Generelt må man derfor kunne si at det reiser seg flere problemstillinger ved opprettelse av denne typen straffedomstoler enn ved etableringen av en permanent internasjonal straffedomstol.⁵⁹ Problemstillingene er dessuten dels av en annen type enn de vi vil se i neste kapittel. Slike spørsmål har, langt på vei, i tillegg til å ha blitt kommentert av FNs Generalsekretær i hans to rapporter til Sikkerhetsrådet,⁶⁰ blitt reist i praksis i straffesakene for domstolene, og domstolene har derved tatt stilling til mange av spørsmålene.⁶¹ Dette er igjen drøftet i litteraturen.⁶² For det første oppstår spørsmålet om legalitetsprinsippet er satt til side på grunn av grunnlaget for opprettelsen

⁵⁸ I *Delalic et al. Trial Judgement* har ICTY uttalt seg på følgende måte: "(Principles of legality) appear to be disjunctive, in the obvious objective of maintaining a balance between the preservation of justice and fairness towards the accused and taking into account the following factors, *inter alia*, the nature of international law; the absence of international legislative policies and standards; the *ad hoc* processes of technical drafting; and the basic assumption that international criminal law norms will be embodied into the national criminal law of the various states.

⁵⁹ Jones & Powles (2003) side 405.

⁶⁰ Report of the Secretary General, 3 May 1993 (1993-rapporten) og Report of the Secretary General pursuant to Resolution 955, February 1995 (1995-rapporten).

⁶¹ Se bl.a. *Prosecutor v. Dusko Tadic*, *Prosecutor v. Delalic et al.*, *Prosecutor v. Milosevic*, *Prosecutor v. Kanyabashi*.

⁶² Se bl.a. Bassiouni (1999) side 33, flg., Archbold side 454, flg., Kittichaisaree (2001) side 13, flg og side 269, flg., Jones and Powles (2003) side 5, flg. og side 401, flg., Than and Shorts (2003) side 279, flg., Gardam (1999) kapittel 14, Obote-Odora (1997) side 222, flg.

straffedomstolen. For det andre reiser det seg problemstillinger i forhold til ad hoc domstolenes jurisdiksjon over forbrytelsene. Slik humanitærretten er konstruert skiller det mellom ulovlig handling og straffbar handling.⁶³ Når det gjelder forbrytelsene som ad hoc domstolene er gitt jurisdiksjon over, må det først vurderes om hjemmelsgrunnlaget i statuttene tilfredsstillende kravet til hjemmel i "lov". I forhold til legalitetsprinsippets krav til lovhjemmelen, blir spørsmålet herunder hvor "klart" loven er formulert og om den inneholder alle de nødvendige vilkår for straff. Under sakene for domstolene blir det et spørsmål om domstolene holder seg innenfor en naturlig forståelse av bestemmelsene eller om de tillater analogisk eller utvidende tolking for at handlingen skal falle under domstolenes jurisdiksjon. Disse spørsmålene vil bli vurdert under 3.3. Spørsmålet om den ulovlige handling er straffbar er spørsmålet om det eksisterte internasjonalt individuelt ansvar (individual criminal responsibility), og dette må vurderes under hver enkelt forbrytelse. Dette spørsmålet vil bli behandlet under 3.4. Til slutt vil det være nødvendig å foreta vurderinger i forhold til lovens synbarhet. Først er det imidlertid nødvendig med en kort redegjørelse for rettskilder og tolkningsprinsipper under ad hoc domstolene.

3.1.2 Rettskilder og tolkningsprinsipper

Sikkerhetsråd Resolusjon 808 og 955 som opprettet ad hoc domstolene, forholder seg taus når det gjelder hvilke rettskilder og tolkningsprinsipper domstolene skal anvende som grunnlag for sine avgjørelser. Ad hoc domstolene må forholde seg til sitt rettslige grunnlag, og dette er statuttene for domstolene og hvert sitt sett prosessregler, Rules of Procedure and Evidence. ICTY og ICTR har jurisdiksjon over forbrytelsene som er fastsatt i henholdsvis SITY artikkel 2 til 5 og SCTR artikkel 2 til 4. Ad hoc domstolene må derfor også ta utgangspunkt i disse bestemmelsene som grunnlag for sine dommer. ICTY har uttalt at den ikke er kompetent til å anvende rettskilder fra statene interne rettssystemer.⁶⁴ Dette er i overensstemmelse med domstolenes kompetanse som internasjonale organer. Der det foreligger uklarheter ved bestemmelsene som er inkorporert i statuttene, må ad hoc domstolene i første omgang forholde seg til

⁶³ Cassese, Gaeta and Jones (2002) side 235.

⁶⁴ Se uttalelse i *Delalic et al. Trial Judgement* paragraf 414.

rettskildene som bestemmelsene er hentet fra.⁶⁵ Dette er internasjonal sedvane og traktater i humanitærretten.

Når det gjelder hvilke tolkningsprinsipper domstolene skal anvende ved eventuelle uklarheter, ligger det ikke som en selvfølge at de skal forholde seg til en rettssettende traktat som Wienkonvensjonen. Denne konvensjonen er inngått mellom stater, og domstolene er opprettet med begrenset jurisdiksjon. Ad hoc domstolene har imidlertid uttalt seg om saken, og de har begge kommet til at de ved tolking av statuttene må rette seg etter tolkningsprinsippene i Wienkonvensjonen artikkel 31, flg.⁶⁶

3.2 Rettslige grunnlag

ICTY er opprettet på grunnlag av Sikkerhetsråd Resolusjon 808, som besluttet ”that an international tribunal shall be established for the prosecution of persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991”. Resolusjonen anmodet dessuten Generalsekretæren å utforme en rapport om alle forholdene rundt en slik domstol. Dette ble gjort i Report of the Secretary General, 3 May 1993. I denne rapporten drøfter generalsekretæren alle aspektene rundt etableringen av ad hoc domstolen og legger frem et forslag til statutter for ICTY. Generalsekretærens forslag til statutter ble tilsluttet av Sikkerhetsrådet i Resolusjon 827 av 1993. Ved etableringen av ICTR hadde Sikkerhetsrådet erfaringen fra ICTY. Opprettelsen av denne domstolen ble derfor foretatt gjennom en ett-trinns prosess hvor det var Resolusjon 955 av 1994 som dannet grunnlaget for Domstolen. Generalsekretæren har imidlertid også til denne Resolusjonen utformet en rapport om de forskjellige aspektene rundt etableringen.⁶⁷

Lovligheten av opprettelsen av ICTY og ICTR gjennom Sikkerhetsråd resolusjoner, har blitt reist og diskutert av generalsekretæren i hans to rapporter. Spørsmålene er videre drøftet i den juridiske teori og dessuten reist av forsvaret i sakene for begge

⁶⁵ 1993-rapporten paragraf 29.

⁶⁶ Se uttalelser av ICTY Trial Chamber paragraf 18 i Tadic-saken.

⁶⁷ 1995-rapporten.

domstolene.⁶⁸ Dersom ad hoc domstolene ikke ble lovlig etablert, vil det heller ikke være legitimt å strafforfølge forbrytelser under dem. Som uttalt av ICTY Appeals Chamber i *Prosecutor v. Dusko Tadic*⁶⁹: “The plea based on the invalidity of constitution of the International Tribunal goes to the very essence of jurisdiction as a power to exercise the judicial function within any ambit.” Argumentene som har blitt fremholdt av forsvaret i disse sakene kan deles i to. For det første er det blitt påberopt at etableringen av domstolene var ulovlig fordi den er i strid med statenes suverenitet. For det andre er det blitt påberopt, på forskjellige plan, at Sikkerhetsrådet manglet kompetanse til å etablere de aktuelle domstolene.⁷⁰

Sikkerhetsrådet har ikke gått nærmere inn på kompetansegrunnlaget i sine resolusjoner for opprettelsen av disse domstolene, annet enn å konstatere hjemmelen under FN-pakten kapittel VII.⁷¹ FN Pakten kapittel VII har kapitteloverskriften “Action with Respect to Threats to the Peace, Breaches of the Peace, and Acts of Aggression”. Sikkerhetsrådet er selv gitt kompetanse til å tolke sitt hjemmelsgrunnlag etter FN Pakten, og begrensinger i denne kompetansen følger av Sikkerhetsrådets egen praksis. Ingen av bestemmelsene i kapittel VII går eksplisitt inn på hvilke tiltak Sikkerhetsrådet kan iverksette. Begrensninger følger kun av FN Pakten kapittel 1. Tiltakene må ligge

⁶⁸ Se spesielt *Prosecutor v. Dusko Tadic*, *Prosecutor v. Kanyabashi*.

⁶⁹ *Tadic Jurisdiction Appeals Decision*, 2. October 1995.

⁷⁰ Argumentene under ICTY og ICTR er her noe forskjellige på grunn av at konfliktenes karakter på noen punkter er forskjellige.

⁷¹ Legaliteten av etableringen var imidlertid gjenstand for debatt i Sikkerhetsrådet i forkant av Resolusjon 827. Kina, som er en av de fem faste medlemsstatene, protesterte mot opprettelsen av ICTY gjennom en Sikkerhetsråds resolusjon på grunnlag av at dette ville stride mot suvereniteten til de berørte stater. Protesten fikk tilslutning av Brasil. Kina nedla imidlertid ikke veto og Resolusjonen ble enstemmig vedtatt av Sikkerhetsrådet. Se Obote-Odora (1997) side 221. En lignende protest ble nedlagt av Kina også forut for Resolusjon 955. Dette spørsmålet går på selve kjernespørsmålet om kompetansefordelingen mellom Generalforsamlingen og Sikkerhetsrådet. Mens Generalforsamlingen kan diskutere og gjøre anbefalinger i forhold til ethvert spørsmål som har med ivaretagelsen av fred og sikkerhet å gjøre, har Sikkerhetsrådet det primære ansvar for å opprettholde internasjonal fred og sikkerhet på vegne av medlemsstatene. Hvis Sikkerhetsrådet utøver sine funksjoner i en situasjon, kan ikke Generalforsamlingen utføre anbefalinger dersom den ikke har blitt anmodet om det av Sikkerhetsrådet, jf. FN Pakten artikkel 11(2), 12 og 24.

innenfor FNs formål og prinsipper. Sikkerhetsrådet hadde ikke før opprettelsen av ICTY brukt sin kompetanse til å opprette en ad hoc domstol. I praksis har ikke ICJ vært villig til å overprøve Sikkerhetsrådets beslutninger. Se bl.a. *Namibia Advisory Opinion*, hvor ICJ uttalte: "the Court does not possess power of judicial review or appeal in respect of the decisions taken by the United Nations organs concerned".⁷²

Generalsekretæren vurderer lovligheten av opprettelse av ad hoc domstoler for det tidligere Jugoslavia og Rwanda i sine rapporter av 1993 og 1995.⁷³ I rapporten av 1993⁷⁴ uttaler Generalsekretæren at en ideell fremgangsmåte for opprettelsen av ICTY ville være enten ved at FN inngår en avtale med statene i det tidligere Jugoslavia, eller at ICTY blir opprettet gjennom Generalforsamling Resolusjon. Etter Generalsekretærens mening ville imidlertid disse fremgangsmåtene være uforenlig med graden av "urgency" som er beskrevet i Resolusjon 808. Generalsekretæren konkluderer i sitt resonnement i paragraf 24 av rapporten, at, etter hans syn, har Sikkerhetsrådet den tilstrekkelige rettslige kompetanse i henhold til FN Pakten kapittel VII til å opprette en internasjonal ad hoc straffedomstol.⁷⁵ I 1995-rapporten påpeker Generalsekretæren at den nødvendige kompetanse til opprettelse av ICTR foreligger etter FN Pakten kapittel VII, og han bemerker at dessuten var opprettelsen av ICTR anmodet av Regjeringen i Rwanda. Opprettelsen av ad hoc domstolene gjennom Sikkerhetsråd resolusjoner har blitt kritisert av enkelte i teorien.⁷⁶ De fleste forfattere forholder seg imidlertid svært

⁷² Generalforsamlingens rolle i forhold til ICTY og ICTR er å godkjenne budsjettet til FN, jf. artikkel 17, og dessuten skal Generalforsamlingen motta og vurdere rapporter fra FN organene, inkludert rapporter fra Sikkerhetsrådet.

⁷³ Disse rapportene er av ulik karakter fordi, som beskrevet ovenfor, for Jugoslavias tilfelle ble ICTY opprettet gjennom Sikkerhetsråd Resolusjon i etterkant av Generalsekretærens rapport, mens i Rwandas tilfelle kom rapporten i etterkant av Resolusjonen som opprettet ICTR.

⁷⁴ Denne rapporten bygger i det vesentlige på UN Doc. 18 S/25274, som er en rapport foretatt av Generalsekretæren på grunnlag av undersøkelser som ble nedlagt av the Commission of Experts, opprettet av Generalsekretæren etter anmodning av Sikkerhetsråd Resolusjon 771 av 1992.

⁷⁵ I forbindelse med opprettelsen av ICTY sendte Serbia og Montenegro brev datert 19. mai 1993 til Generalsekretæren hvor de reiste tvil om Sikkerhetsrådets kompetanse til å etablere en internasjonal domstol under FN Pakten.

⁷⁶ Se bl.a. referat i Obote-Odora (1997) på side 222. Se også kritikk Kelsen som referert i Morris and Scharf (1995) side 44.

nøytrale i terrenget og anerkjenner at Sikkerhetsrådets kompetanse til å vurdere egen myndighet strekker seg svært langt.⁷⁷ Det er forstått i praksis at Sikkerhetsrådet utøvde sin kompetanse etter artikkel 41.⁷⁸

Spørsmålet blir så hvordan ad hoc domstolene selv avgjorde disse spørsmålene. På grunn av at de andre permanente organer under FN i praksis ikke er villig til å vurdere andre organers rettslige kompetanse under FN Pakten, ligger det et dilemma når ad hoc domstolene må ta standpunkt til lovligheten av eget rettslig grunnlag.

Når det gjelder det første spørsmålet, om opprettelsen av en internasjonal ad hoc straffedomstol i Jugoslavia og Rwanda gjennom Sikkerhetsråd Resolusjoner er ulovlig fordi det strider mot Jugoslavias og Rwandas suverenitet, er dette avgjort på relativt samme grunnlag av ICTY og ICTR. Under ICTY ble anførselen først nektet fremmet av ICTY Trial Chamber på grunnlag av at kun stater har den eksklusive rett til å påberope seg krenkelse av suverenitet.⁷⁹ ICTY Appeals Chamber tilsluttet seg imidlertid ikke dette synspunktet. Etter Appeals Chambers synspunkt var ikke denne forståelsen forenelig med den tiltaltes rett til å forsvare seg. Under avgjørelsen for om statenes suverenitet var krenket ved opprettelsen konstaterte ICTY Appeals Chamber at Domstolen var opprettet etter Sikkerhetsrådets kompetanse etter FN Pakten kapittel VII, som innebærer en begrensning i statenes suverenitet, jf. artikkel 2 paragraf 7. ICTY Appeals Chamber bemerket videre Bosnia og Herzegovina faktisk hadde godtatt og samarbeidet med ICTY.⁸⁰

Under ICTR ble det av forsvaret i Kanyabashi-saken anført at etableringen av Domstolen var i strid med Rwandas suverenitet så lenge avtalen som la grunnlaget ikke var fremforhandlet gjennom avtale mellom Rwanda og FN. Dette argumentet er i tråd med Generalsekretærens resonnement i 1993-rapporten, se paragraf 19, flg. ICTR

⁷⁷ Se bl.a. Morris and Scharf (1995) side 43, flg, Jones & Powles side 5, flg.

⁷⁸ Se nærmere Jones & Powles (2003) side 11.

⁷⁹ ICTY Trial Chamber støttet seg her på avgjørelsen i District Court of Jerusalem i *Israel v. Eichmann*, som senere har blitt støttet i flere saker, bl.a. *United States v. Noriega*.

⁸⁰ Se nærmere paragraf 56.

avviste dette på grunnlag av at som medlem av FN medfører som utgangspunkt begrensninger i statenes suverenitet, og dessuten at i henhold FN-pakten artikkel 25, har Rwanda akseptert å etterleve bestemmelser foretatt av Sikkerhetsrådet. ICTR bemerket dessuten at Regjeringen i Rwanda selv hadde bidratt til samarbeid om at forbrytelsene skulle bli tiltalt under en internasjonal domstol. Etter en samlet vurdering kom ICTR derfor til at Rwandas suverenitet ikke var krenket ved at Domstolen ble opprettet gjennom en Sikkerhetsråd Resolusjon.

Det andre spørsmålet om FN Pakten åpner for kompetanse til å etablere en internasjonal ad hoc straffedomstol, er av forsvaret i sakene for ICTY og ICTR prosedert noe forskjellig. I ICTY ble spørsmålet først avslått i Tadic-saken av ICTY Trial Chamber på grunnlag av at Domstolen ikke var kompetent til å avgjøre dens rettslige grunnlag. Men ICTY Appeals Chamber vurderte igjen saken annerledes. På grunnlag av anførslene, tok ICTY i sin avgjørelse her bl.a. standpunkt til om Sikkerhetsrådet kunne opprette et subsidiært dømmende organ, om det var et passende tiltak, hvilke bestemmelser i FN-pakten som ga grunnlaget for opprettelsen og om opprettelsen tilfredstilte det generelle prinsipp om at en domstol skal være opprettet etter til loven (established by law).⁸¹ ICTY Appeals Chamber kom til at Sikkerhetsrådet hadde den nødvendige kompetanse til å opprette domstolen, og besvarte også alle de resterende spørsmål positivt.⁸² Appeals Chamber vurderte det slik at domstolen hadde blitt opprettet etter FN Pakten artikkel 41.

I ICTR Trial Chamber kom i Prosecutor v. Kanyabashi til den samme konklusjon som ICTY Appeals Chamber, men tok til dels standpunkt til andre anførsler: etableringen var ulovlig fordi konflikten i Rwanda ikke utgjorde noen trussel mot den internasjonale fred og sikkerhet, konflikten var ikke internasjonal og således falt den utenfor Sikkerhetsrådets kompetanse etter FN Pakten kapittel VII og Sikkerhetsrådet har ikke kompetanse til å styre over beskyttelsen av menneskerettighetene. Forsvarets anførsler

⁸¹ Det er omdiskutert i teorien om det var riktig av ICTY Appeals Chamber å beslutte at den hadde myndighet til å overprøve Sikkerhetsrådets kompetanse. Se bl.a. Jones & Powles (2003) side 13, flg.

⁸² Dette standpunktet er bekreftet av ICTY i *Prosecutor v. Krajisnik*.

fikk heller ikke av ICTR medhold i noen av disse anførselene i Kanyabashi-saken. ICTR kom til at Domstolen var lovlig etablert.

Både ICTY Appeals Chamber og ICTR Trial Chamber opprettholder for Sikkerhetsrådet relativt romslige rammer for å vurdere sin egen kompetanse. Dette er i tråd med den generelle forståelse av forholdet mellom FN organene. Det er ingen tvil om at man, som belyst i praksis for domstolene, har tunge argumenter på begge sider for og i mot at ad hoc domstolene ble opprettet på denne måten. Sammenlignet med spesialdomstolene for Øst-Timor og Sierra Leone, fremstår grunnlaget for disse domstolene som mer i overensstemmelse med suverenitetsprinsippet ved at de ble inngått ved avtale mellom FN og myndighetene i disse statene. Dessuten opprettholdes antagelig her kompetansefordelingen mellom Generalforsamlingen og Sikkerhetsrådet på en måte som er mer forenlig med FN Pakten. Men, som påpekt av Generalsekretæren, er ikke slike ordninger alltid å oppnå selv om det ville være det ideelle. Opprettelse av ad hoc domstolene gjennom Generalforsamling resolusjon eller gjennom avtale ville i situasjonene i det tidligere Jugoslavia og Rwanda sannsynligvis vært en for vanskelig og tidskrevende prosess, hvor det ikke ville vært sikkert at man kom frem til en effektiv realisering. Et argument for ordningen som ble nådd er at det nettopp er derfor man har Sikkerhetsrådet. Så lenge man har organer under FN som er sammensatt slik som de er, og hvor disse organene er gitt kompetanse til å avgjøre rekkevidden for sitt eget kompetansegrunnlag, var det etter min mening legitimt at ad hoc domstolene ble opprettet på slikt grunnlag for det tidligere Jugoslavia og Rwanda.

3.3 Ulovlige handlinger

3.3.1 Hjemmel i lov

ICTYs og ICTRs jurisdiksjon fremgår av artikkel 1 i statuttene for domstolene, nemlig jurisdiksjon over de mest alvorlige forbrytelser mot internasjonal humanitærrett. En av hovedforskjellene mellom konflikten i det tidligere Jugoslavia og Rwanda, er at konflikten i Rwanda er vurdert i det vesentlige å være av intern karakter, mens

konflikten i det tidligere Jugoslavia er vurdert å være av internasjonal karakter.⁸³ Derfor er det også noen forskjeller i forhold til hvilke forbrytelser ad hoc domstolene har fått jurisdiksjon over og i forhold til hvordan forbrytelsene er formulert.

Spørsmålet jeg vil reise i denne delen er om forbrytelsene som faller under ICTYs og ICTRs jurisdiksjon tilfredsstillende kravet til hjemmel i lov. Av legalitetsprinsippet følger det at dersom en handling skal være straffbar, må den være foreskrevet i lov som var gyldig på tidspunktet for handlingen. Det er den alminnelige forståelse om forholdet mellom statenes suverenitet og Sikkerhetsrådets kompetanse etter FN Pakten at det kun er statene som kan skape rett. Som nevnt forholder spørsmålet om "lov" seg annerledes i folkeretten i forhold til i internretten. Som en følge av suverenitetsprinsippet og rettskildesituasjonen i folkeretten vil lovskravet være tilfredsstillende når rettsregelen er skapt som følge av at statene har avgitt jurisdiksjon eller at den følger av sedvanerett.⁸⁴ For at ad hoc domstolenes jurisdiksjon over forbrytelsene i statuttene skulle være lovlig inkorporert, måtte således handlingene allerede være forbrytelser etter den internasjonale humanitærrett.

I SITY er forbrytelsene beskrevet i artikkel 2 til 5, og disse forbrytelsene er: artikkel 2, grave breaches of the Geneva Conventions of 1949, artikkel 3, violations of the laws or customs of war, artikkel 4, genocide og artikkel 5, crimes against humanity.

Generalsekretæren konstaterer i 1993-rapporten at forbrytelsene under ICTY måtte inkorporeres fra sikker sedvanerett for at legalitetsprinsippet skulle være overholdt.⁸⁵ I henhold til denne rapporten var alle forbrytelsene slik de kommer til uttrykk i SITY artikkel 2 til 5 sikker sedvanerett forut for 1991, dvs. tidspunktet for ICTYs jurisdiksjon. Dette er sikker rett i henhold til praksis at sedvaneretten minst inneholder de elementer av handlingene som er innført i under ICTYs jurisdiksjon. Det er verken omstridt av statene eller i den juridiske teori at alle forbrytelsene slik de kommer til

⁸³ Se Resolusjon 808 og 955.

⁸⁴ Bassiouni (1999) side 33. Se også 1993-rapporten og 1995-rapporten.

⁸⁵ Begrunnelsen for dette var at med sedvanerett som hjemmelsgrunnlag ville det ikke være tvil om at alle de enkelte statene i det tidligere Jugoslavia var bundet av retten.

uttrykk under SITY stammer fra slik rett.⁸⁶ Standpunktet bekreftes også bl.a. av ICTY Appeals Chamber i *Prosecutor v. Delalic et al* og i *Prosecutor v. Tadic*.

I SISTR er forbrytelsene beskrevet i artikkel 2 til 4, og disse er: artikkel 2, genocide, artikkel 3, crimes against humanity og artikkel 4, violations of Article 3 Common to the Geneva Conventions and Additional Protocol II. To av forbrytelsene stammer således fra samme rettskilder som forbrytelsene i SITY, genocide og crimes against humanity. Genocide-bestemmelsen er i sin helhet den samme som i SITY, og stammer således i sin helhet fra sedvaneretten.⁸⁷ Når det gjelder crimes against humanity i SISTR, differensierer denne imidlertid fra SITY artikkel 5 på noen måter: To av ulikhetene innebærer imidlertid skjerpede krav i SISTR artikkel 3 for at det skal foreligge en forbrytelse.⁸⁸ Den tredje forskjellen er at kravet til ”armed conflict” er utelatt i SISTR artikkel 3. I henhold til Generalsekretærens rapport av 1993 er det ikke et krav etter sedvaneretten at en forbrytelse mot menneskeheten ble foretatt under væpnet konflikt. Også denne oppfatningen er i tråd med sikker praksis.⁸⁹

Spørsmålet må etter dette stilles separat om den siste forbrytelsen i SISTR, artikkel 4, var en forbrytelse etter humanitærretten forut for opprettelsen av ICTR. Artikkel 4 i SISTR inkorporerer forbud mot bestemte krigsforbrytelser etter artikkel 3 i Geneve konvensjonene og Tilleggsprotokoll II. Bestemmelsen kom til uttrykk på denne måten på grunn av den interne karakter av konflikten i Rwanda. Det er av statene sterkt

⁸⁶ For folkemord, se ICJ Advisory Opinion on Reservations to the Genocide Convention, og juridisk teori: Jones & Powles (2003) side 145, Cassese, Gaeta and Jones (2002) side 335, flg., Bassiouni (1999) side for Crimes Against Humanity, se Jones & Powles (2003) side 180, flg, Cassese, Gaeta and Jones (2002) side 355. SITY artikkel 2 og tre overlapper til dels hverandre. Status som sedvane er imidlertid klar, se Jones & Powles (2003) side, Cassese, Gaeta and Jones (2002) side 281.

⁸⁷ Folkemord bestemmelsene stemmer overens med Folkemordkonvensjonen av 1949.

⁸⁸ Skjerpede krav i forhold til sedvaneretten strider ikke mot legalitetsprinsippet. Disse kravene er for det første at handlingene ble foretatt som en del av et omfattende eller systematisk (”widespread or systematic”) angrep på den sivile befolkning, og for det andre et vilkår at overgriperen hadde en diskriminerende hensikt (”...on national, political, ethnic, racial or religious grounds”). Selv om disse vilkårene ikke er inkludert i SITY, er det imidlertid innfortolket av ICTY at de også skal gjelde som vilkår for etter artikkel 5. Se *Prosecutor v. Tadic*.

⁸⁹ Se bl.a. Jones & Powles (2003) side 185. Se også Appeals Chamber paragraf 141 i *Prosecutor v. Tadic*.

bestridt at disse forbudene har status som internasjonal sedvanerett.⁹⁰ Således er kravet til sedvanerettsdannelse i praksis ikke ansett å være oppfylt. Dette konstateres også av Generalsekretæren i hans rapport av 1995. Rwanda hadde imidlertid tiltrådt disse konvensjonene forut for situasjonen som førte til etableringen av ICTR, og derfor var også Rwanda bundet av bestemmelsene. Inkorporeringen av forbudene i SICTR artikkel 4 tilfredsstiller således denne delen av kravet til hjemmel i lov i henhold til folkeretten.

3.3.1.1 Ulike komponenter av de ulovlige handlinger

Praksis for statenes lovgivningsteknikk tilsier at den straffbare handling består av en objektiv beskrivelse av hvilken handling som er ulovlig (*actus reus*) samt et subjektivt krav til skyld (*mens rea*) som må dekke hele handlingen (dekningsprinsippet). Dette følger også implisitt av uttrykket i menneskerettighetskonvensjonene ”criminal offence”, at en straffbar handling består av flere deler enn kun en objektiv gjerningsbeskrivelse. Jeg vil nå se på hvordan disse ulike delene av lovhjemmelen kommer til uttrykk i statuttene for ad hoc domstolene.

3.3.1.1.1 *Actus reus*

Spørsmålet som reises under denne delen er om legalitetsprinsippet stiller spesielle krav om spesifisering av handlingen. Hvor ”klart” må handlingen i straffebestemmelsen være utformet? Hensynet ligger i individets forutse den straffbare handling. Statenes praksis er imidlertid variert. Noen stater lar det være opp til domstolene å foreta presiserende tolkning, mens andre foretar svært detaljregulert lovgivning.⁹¹ Ekstreme varianter av begge tilfeller vil nok senke individets mulighet til å forutse om handlingen er ulovlig. I første tilfelle må individet sette seg inn i domstolenes tolkninger av straffebudet, mens i det siste vil svært detaljregulert lovgivning føre til at lovgivningen er så omfattende at oversikt over alle ulovlige handlinger krever svært mye.

⁹⁰ En av grunnene til manglende tilslutning er nettopp at reglene er forbeholdt forbrytelser foretatt i en intern konflikt.

⁹¹ En grov inndeling kan foretas mellom ”vestlige” og ”østlige” stater. I førstnevnte er det vanlig med relativt vide handlingsbeskrivelser, mens den detaljregulerte handlingsbeskrivelse oftere forekommer i ”østlige” stater. Se Boot (2002) side 119, flg.

Menneskerettighetskonvensjonene forholder seg relativt taus i forhold til hvor klar loven må være.⁹² I praksis er det opp til statene hvor vid beskrivelsene av handlingene de ønsker å foreta.

Hver av bestemmelsene om forbrytelsene i SITY artikkel 2 til 5 og SISTR artikkel 2 til 4 inneholder først en bestemmelse om hvilken jurisdiksjon ad hoc domstolene har over forbrytelsene. Deretter følger kategorier av handlinger som faller under forbrytelsene. I tillegg til dette har begge statuttene fellesbestemmelse i SITY artikkel 7 og SISTR artikkel 6 som utvider straffansvaret med forskjellige grader av delaktighet. Denne bestemmelsen er spørsmålet om individuelt straffansvar, som jeg behandler under 3.4.

Actus reus i hver straffebestemmelse består av et nøytralt verb i første ledd som karakteriserer en handling,⁹³ med et tillegg av forskjellige kategorier av handlinger som til sammen beskriver den forbryterske handling. Mange av kategoriene av handlinger overlappes i de ulike forbrytelsene og i praksis kommer det an på i hvilken sammenheng handlingen er foretatt for hvilken forbrytelse lovovertrederen skal tiltales og dømmes.

Kategoriene av handlinger er ikke beskrevet i detalj. De stammer her klart fra sine rettskilder, dvs. internasjonale traktater, som har som hovedsiktemål å gjøre kjente handlinger til forbrytelser, med videre bestemmelser om at strafforfølgelsen hører under hovedprinsippet om territorialprinsippet.⁹⁴ Statuttene gjør her bruk av de vide beskrivelser, så som "murder", "killing", "torture", "rape", osv. Dette er betegnelser som stammer fra innarbeidede begreper fra statenes straffelovgivningssystemer og dessuten er bestemmelsene innarbeidet i den internasjonale sedvaneretten.⁹⁵ Noen gjerningsbeskrivelser er imidlertid mer vage og uklare enn andre, se spesielt SITY

⁹² EMD har anerkjent at presiserende lovtolkning er nødvendig. Se prinsipputtalelser i Kokkisinakis v. Hellas.

⁹³ I ICTY artikkel 2, 4 og 5 og ICTR artikkel 2-4 er denne handlingen "commit" (begå), og i artikkel 3 "violate" (forbryte/overtre).

⁹⁴ Se Delalic et al. Trial Judgement paragraf 414.

⁹⁵ Se bl.a. Cassese, Gaeta and Jones (2002) side 337, 355, 381.

artikkel 5 (i) og SICTR artikkel 4 (i) ”other inhumane acts”. Hva som ligger i dette kan være svært mye.

Spørsmålet om slike handlingsbeskrivelser er i strid med legalitetsprinsippet er relativt tvilsomt. Selv om enkelte av begrepene umiddelbart kan fremstå som vage, er dette ikke i seg selv i strid med legalitetsprinsippet slik det tolkes av menneskerettighetskonvensjonene.⁹⁶

3.3.1.1.1 Ad hoc domstolenes rettsanvendelse

Spørsmål jeg vil stille under denne delen er om praksis fra ICTY og ICTR viser at domstolene tillater utvidende eller analogisk tolking av hjemmelen.⁹⁷ Som vi har sett foran er bestemmelsene som er inkorporert i statuttene for domstolene relativt vide og bygger på begreper som stammer fra statenes lovgivning. Dette stiller i utgangspunktet store krav til domstolene i forhold til å begrense tolkningen til en naturlig forståelse av bestemmelsene.

ICTY har i denne sammenheng uttalt seg om den generelle situasjon i forhold til legalitetsprinsippets stilling som generelt prinsipp i folkeretten, og dessuten om prinsippets stilling under ad hoc domstolen.⁹⁸ ICTY påpeker her at selv om prinsippet har generell status som prinsipp i folkeretten innebærer ikke dette nødvendigvis at det er anvendelig for ad hoc domstolene i like stor grad som i statenes nasjonale rettssystemer. Utover dette har imidlertid begge ad hoc domstolene erklært at de respekterer ”the rule of law”, og at dette både stenger for domstolskapt lov og utvidende eller analogisk lovtolking dersom loven er uklar.⁹⁹

⁹⁶ Se supra note 91.

⁹⁷ Spørsmålet er drøftet bl.a. i Cassese, Gaeta and Jones (2002) side 742, flg. og Jones & Powles (2003) side 143, flg.

⁹⁸ *Delalic et al. Trial Judgement*.

⁹⁹ *Delalic et al. Trial Judgement* paragraf 412 og 413. Standpunktet bekreftes av ICTR i *Kayishema et Ruzindana trial Judgement*, se paragraf 103.

Det foreligger ingen vidtgående kritikk av domstolenes praksis i teorien. Stort sett synes oppfatningen å være at selv om domstolene må forholde seg til relativt vide hjemler, har domstolenes tolkning av bestemmelsene gått i retning av presiserende tolkning framfor utvidende og analogis lovanvendelse. Noen eksempler på slik tolking er: ”killing” har blitt tolket som ”homicide with intent to cause death” (*Kayishema Trial Judgement*), ”murder” har blitt tolket som ”unlawful intentional killing of a human being” (*Akayesu Trial Judgement*), ”deportation” har under SITY artikkel 5 blitt tolket å inneholde fem følgende krav: ”1. The perpetrator deported or forcibly transferred, without grounds permitted under international law, one or more persons to another state or location, by expulsion or other coercive acts. 2. Such person or persons were lawfully present in the area from which they were so deported or transferred. 3. The perpetrator was aware of the factual circumstances that established the lawfulness of such presence. 4. The conduct was committed as part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population. 5. The perpetrator knew that the conduct was part of or intended the conduct to be part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population.” (*Krstic Trial Judgement*). Videre har ”torture” i SITR artikkel 3 blitt tolket å inneholde følgende: ”(i) The perpetrator must intentionally inflict severe physical or mental pain or suffering upon the victim for one or more of the following purposes: (a) to obtain information or a confession from the victim or a third person; (b) to punish the victim or a third person for an act committed or suspected of having been committed by either of them; (c) for the purposes of intimidating or coercing the victim or the third person; (d) for any reason based on discrimination of any kind. (ii) the perpetrator was himself an official, or acted at the instigation of, or with the consent or acquiescence of, an official or person acting in an official capacity.” (*Akayesu Trial Judgement*).

Praksis fra domstolene viser at de følger ikke bare egne tolkninger av forbrytelser, men også til en stor grad hverandres, selv om de ikke er bindende.¹⁰⁰ En kritikk er rettet i Cassese, Gaeta and Jones (2002) i forhold til tolkning av forbrytelsen ”crimes against humanity”.¹⁰¹ Her er det fremholdt at sedvanen, som var en relativt lite definert

¹⁰⁰ Jones & Powles (2003) side 139.

¹⁰¹ Se side 745.

forbrytelse fram til opprettelsen av ad hoc domstolene, har gjennom domspraksis i ICTY og ICTR vært retningsgivende og ekstensiv.

3.3.1.1.2 *Mens rea*

Sikkerhetsrådet har i statuttene for ad hoc domstolene ikke gått veien med et generelt skyldkrav som gjelder for alle forbrytelsene. For spørsmålet om skyldkravet fremgår av loven må vil jeg derfor først se hva statuttene sier, og deretter må man se hen til regelen forbrytelsen stammer fra for å konstatere om skyldkravet i statuttene stemmer med loven. Der det ikke finnes skyldkrav i statuttene, avhenger spørsmålet om det eksisterende skyldkrav også i konvensjonene og sedvaneretten som forbrytelsen stammer fra. Manglende skyldkrav i lovhjemmelen vil kunne stride mot statenes praksis.¹⁰²

Kravene til skyld fremstår som svært variert i hver forbrytelse. Noen av forbrytelsene har et skyldkrav i den generelle beskrivelsen av den ulovlige handling og andre har det ikke. Forbrytelsene i SITY og SITR som har et slikt skyldkrav i den generelle del er folkemord og forbrytelser mot menneskeheten. Av folkemord-bestemmelsene fremgår det klart at handlingen må foretas med hensikt å ødelegge/tilintetgjøre (*dolus specialis*). Det er i overensstemmelse med sedvaneretten at dette er gjeldende skyldkrav for slik forbrytelse.¹⁰³

Når det gjelder forbrytelser mot menneskeheten er skyldkravet forskjellig gjennomført i SITY artikkel 5 og SITR artikkel 3. Det foreligger i praksis tvil om hva som er skyldkravet etter sedvaneretten.¹⁰⁴ Dette følger på grunn av at slike forbrytelser er i praksis er strafforfulgt både under nasjonale domstoler og internasjonale. Et minstekrav etter sedvaneretten må imidlertid være at det også her foreligger hensikt.¹⁰⁵ SITY

¹⁰² Forbrytelsene i SITY og SITR er svært alvorlige, og i henhold til statenes praksis vil det følge skjerpede krav om skyld for slike handlinger. Bassiouni (1999) side 127, flg.

¹⁰³ Cassese, Gaeta and Jones (2002) side 338. Skyldkravet er her tatt fra folkemord-konvensjonen. Flere kvalifiserte krav til skyld fremgår dessuten av noen av kategoriene av handlinger, se for eksempel ”*deliberately inflicting*” og ”*measures intended to prevent*”.

¹⁰⁴ Cassese, Gaeta and Jones (2002) side 361, flg.

¹⁰⁵ Cassese, Gaeta and Jones (2002) side 363.

artikkel 5 foreskriver kun forbrytelsen skal være ”*directed*” mot en sivil befolkning. Under dette ligger det en spesiell form for hensikt. ICTY har også innfortolket at skyldkravet etter bestemmelsen er hensikt og kunnskap.¹⁰⁶ SISTR artikkel foreskriver en noe mer kvalifisert form for forsett. Forbrytelsen skal være foretatt som en del av et omfattende og systematisk angrep. Dette kravet vil også innebære både hensikt og kunnskap¹⁰⁷

Når det gjelder de øvrige forbrytelser under ad hoc domstolenes jurisdiksjon, dvs. SITY artikkel 2 og 3 og SISTR artikkel 4, er det ikke fastslått et felles skyldkrav i statuttene. Bestemmelsene må imidlertid leses på bakgrunn av konvensjonene de stammer fra. SITY artikkel 2 og 3 stammer fra Geneve-konvensjonene av 1949 samt Tilleggsprotokoll I, og med overlappende bestemmelser fra Protokoll 1 til Haag konvensjon IV. Det er den generelle forståelse i praksis at brudd på disse bestemmelsene foretas i forbindelse med en krigssituasjon eller en væpnet konflikt, og at det i dette ligger et generelt krav om hensikt som også må dekke resultatet av handlingen.¹⁰⁸ Denne praksis er opprettholdt av ad ICTY, jf. *Blaskic Trial Judgement*.¹⁰⁹ Når det gjelder bestemmelsen i SISTR artikkel 4, stammer denne fra felles artikkel 3 i Genève konvensjonene og Tilleggsprotokoll II. Bestemmelsene i artikkel 3 inneholder vilkåret om væpnet konflikt, og det er da som for SITY artikkel 2 og 3 forstått i praksis at skyldkravet er hensikt, som må dekke både handlingen og resultatet. En lignende bestemmelse følger av Tilleggsprotokoll II. Protokollen er bare anvendelig i konflikter ”which take place in the territory of a High Contracting Party between its armed forces and dissident armed forces or other organized groups which, under responsible command, exercise such control over a part of its territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations and to implement this Protocol”. I tråd med

¹⁰⁶ Se Tadic Opinion Trial Judgement. Dette er presiserende tolkning som stemmer overens med sedvaneretten.

¹⁰⁷ Se Jones Powles (2003) side 196, Cassese, Gaeta and Jones (2002) side 363.

¹⁰⁸ Cassese, Gaeta and Jones (2002) side 389.

¹⁰⁹ ICTY opprettholdt at det generelle skyldkravet i artikkel 3 var det samme som i artikkel 2: ”intentionality of the acts or omissions, a concept containing both guilty intent and recklessness”.

dette er det konstatert av ICTR at også her må det foreligge hensikt som dekker resultatet av handlingen.¹¹⁰

3.3.1.2 Øvrige straffbarhetsvilkår

SITY og SITR inneholder ikke de øvrige straffbarhetsvilkår som man finner i statenes interne straffelovgivning.¹¹¹ Slike straffbarhetsvilkår fremgår heller ikke av konvensjonene og sedvaneretten. I generalsekretærens rapporter ble det uttalt at dette var spørsmål som ad hoc domstolene selv måtte vurdere i sakene, både i forhold til hvilke muligheter tiltalte skulle ha til å påberope seg for eksempel psykose eller selvforsvar.¹¹² Selv om disse kravene vanligvis er vilkår som skjerper straffbarheten av en handling, vil det i teorien være av betydning for individet at det på forhånd har mulighet til å forutse også disse komponentene for om en handling er straffbar. Alle disse nødvendige straffbarhetsvilkår fremgår imidlertid heller ikke nødvendigvis av loven i statenes rettssystemer. Karakteristisk for disse bestemmelsene er at de gjerne stammer fra langvarig praksis i de enkelte rettssystemer og har blitt kodifisert etter hvert. Det er derfor ikke et direkte krav etter legalitetsprinsippet at alle slike straffbarhetsvilkår skal fremgå av loven på handlingstidspunktet.

3.3.2 Straff

Som nevnt ovenfor er det et krav under legalitetsprinsippet at også strafferammen for handlingene, dvs. hvilken straff lovovertrederen risikerer, skal fremgå av loven på handlingstidspunktet (*nulla poena sine lege*). Dette fremgår også av menneskerettighetskonvensjonene. At ingen skal pålegges straff som ikke gjaldt på gjerningstidspunktet, er omfattet av legalitetsprinsippet med status som generelt prinsipp i folkeretten. Dette er sikker statspraksis.¹¹³ Her oppstår en klar problemstilling

¹¹⁰ Akayesu Trial Judgement.

¹¹¹ Sml. under 2.1.1, herunder blant annet krav om tilregnelighet, straffbar lavalder og straffrihetsgrunner, rettsvillfarelse og faktumvillfarelse.

¹¹² Det er kritisert i teorien at generell internasjonal strafferett har manglet en slik generell del. Se bl.a. Bassiouni (1999).

¹¹³ Cassese, Gaeta and Jones (2002) side 765.

når forbrytelsen strafforfølges av en internasjonal domstol, som er bundet til å anvende internasjonal rett, og ikke av den stat som har territorial jurisdiksjon. Loven som forbrytelsene under ad hoc domstolenes jurisdiksjon er tatt fra foreskriver ikke regler om straff og straffart.

Dette problemet er løst på samme måte i statuttene for domstolene gjennom en bestemmelse om indirekte anvendelse av straff og straffart, jf. SITY artikkel 24 og SISTR artikkel 23¹¹⁴. Disse bestemmelsene må leses i sammenheng med prosessreglene for domstolene (Rules of Procedure and Evidence, innholdsmessig er disse settene prosessregler i det vesentlige det samme for domstolene). Ifølge teorien var SITY artikkel 24 og SISTR artikkel 23 inspirert av prinsippet *nulla poena sine lege*.¹¹⁵ Ved fastsetting av straff skal domstolene anvende straffutmålinger fra de respektive stater, med den begrensning at straffedømte kun kan bli dømt til fengsel på livstid, jf. Rule 101. I utgangspunktet følger dette territorialprinsippet om at strafferammen til den stat som har jurisdiksjon anvendes.

Imidlertid er SITY artikkel 24 og SISTR artikkel 23 uklare på flere punkter.¹¹⁶ For det første tar ikke bestemmelsene opp spørsmålet om det er straff som forelå på handlingstidspunktet som skal anvendes eller om domstolene skal anvende straff som er gyldig på tidspunktet for rettssaken. Dersom domstolene anvender straff på grunnlag på av sistnevnte, vil dette være i strid mot forbudet mot straff med tilbakevirkende kraft. For det andre er det uklart om domstolene skal anvende lovreglene for hvilken straff som skal dømmes eller om domstolene skal følge rettspraksis fra domstolene i det tidligere Jugoslavia og Rwanda. I henhold til den juridiske teori, foreligger lite rettspraksis vedrørende slike handlinger som omfattet av ad hoc domstolenes jurisdiksjon. For det tredje foreligger det et problem i at ICTYs og ICTRs dommer er begrenset til fengsel. Det tidligere Jugoslavia og Rwanda praktiserte dødsstraff. På grunn av at ICTY og ICTR kun kan dømme fengselsstraff, oppstår spørsmålet om ad hoc domstolene er bundet til en maksimal fengselsstraff eller om de kan dømme livstid.

¹¹⁴ Bestemmelsene har den samme ordlyden.

¹¹⁵ Cassese, Gaeta and Jones (2002) side 758.

¹¹⁶ Se supra note. Se også Jones & Powles (2003) side 774, flg.

I henhold til domspraksis som forelå i det tidligere Jugoslavia begrenset straff for handlinger som kan sammenlignes med forbrytelsene under ICTY seg til 20 år når det ikke kunne idømmes dødsstraff.¹¹⁷ ICTY har benyttet seg av lenger fengselsstraff enn dette og har dømt fengsel inntil 45 år.¹¹⁸ Heller ikke rwandisk lov gir hjemmel til fengsel på livstid for handlinger som drap og voldtekt. ICTR har uttalt med hensyn til spørsmålet at den vil se hen til rettspraksis fra nasjonale domstoler i Rwanda så mye som praktisk mulig.¹¹⁹ Domstolen har dessuten uttalt at den generelle domspraksis for fengselsstraff i Rwanda, representerer et argument til støtte for at ICTR kan idømme fengsel inntil livstid.¹²⁰

Spørsmålet om dette er i strid med kravet til hjemmel i lov, avhenger av hvordan man tolker dødsstraff mot fengsel på livstid. Enkelte har her argumentert at for rettssystemer som tillater dødsstraff vil dette tilsvare ”maksimalstraff”. Hvor denne muligheten faller bort vil ”arvtageren” være fengsel på livstid. Det er altså denne retningen prosessreglene for ad hoc domstolene og domspraksis har fulgt. Et argument imot denne løsningen er at vanlig statspraksis når en stat har opphevet et system med dødsstraff, er at staten også senker øverste strafferamme og unnlater å benytte fengsel på livstid som maksimalstraff.¹²¹

ICTY og ICTR har altså fulgt den praksis at de kan idømme inntil livstid, selv om rwandisk og jugoslavisk lov ikke åpner for denne type straff for handlinger som det er naturlig å sammenligne med. Dette er svært kontroversielle spørsmål som det hersker stor uenighet rundt i praksis. Det finnes ingen sikre svar.¹²² Vurderingene som må foretas her vil langt på vei være av etisk karakter, ikke strafferettslig.

¹¹⁷ *Todorovic Trial Judgement* paragraf 106. Se også Tadic-saken hvor Trial Chamber uttalte at domstolen hadde kompetanse til å idømme fengsel på livstid, selv om Jugoslavisk lov ikke åpnet for det.

¹¹⁸ *Prosecutor v. Blaskic*.

¹¹⁹ *Prosecutor v. Kambanda*.

¹²⁰ *Prosecutor v. Kayishema et. Ruzindana*.

¹²¹ Cassese, Gaeta and Jones (2002) side 759.

¹²² Jones & Powles (2003) side 405.

3.4 Individuelt straffansvar

Som vi så innledningsvis er individets stilling i folkeretten fortsatt omstridt. Og på grunn av hovedprinsippet om territorialprinsippet ved strafforfølgelse av forbrytelser i humanitærretten, oppstår spørsmålet om det eksisterte individuelt ansvar for forbrytelsene under ICTYs og ICTRs jurisdiksjon. Bare dersom det fantes slikt ansvar kan forbrytelser strafforfølges direkte av ICTY og ICTR.¹²³ Som observert av ICTR i *Akayesu Trial Judgement*: "For the purposes of an international criminal Tribunal which is trying individuals, it is not sufficient merely to affirm that (...) the subject-matter jurisdiction of (...) the Statute – form part of international customary law... it must also be shown that an individual committing serious violations of these customary norms incurs, as a matter of custom, individual criminal responsibility thereby. Otherwise it might be argued that these instruments only state norms applicable to States and Parties to a conflict, and that they do not create crimes for which individuals may be tried."¹²⁴ Dette er altså spørsmålet om internasjonale domstoler kan straffe individer direkte eller om de må gå gjennom statene for strafforfølgelsen (territorialprinsippet).

Det skilles i praksis mellom individuelt straffansvar for handlinger begått på vegne av seg selv (for eksempel narkotikaforbrytelser) og handlinger begått i forbindelse med ledelsen av en stat.¹²⁵ ICTY og ICTR er gitt jurisdiksjon over alvorlige brudd på den internasjonale humanitærrett, jf. preamblet i SITY og SITR. Begge ad hoc domstolene er gitt jurisdiksjon over personer som planla, fremkalte, beordret, begikk eller på annen måte medvirket og tilkyndet i planleggingen, forberedelsen eller utførelsen av en forbrytelse etter statuttene, jf. SITY artikkel 7 (1) og SITR artikkel 6 (1). Artikkel 7 og 6 i disse statuttene foreskriver videre at den siktedes stiling som statsoverhode eller statssekretær ikke fritar for ansvar og at disse personene heller ikke kan påberope seg at handlingen ble foretatt av underordnet person, jf. artikkel 7 (2) og (3) og artikkel 6 (2) og (3). Heller ikke påberopelse av ordre av overordnet gir fritak for straff, jf. siste paragraf i bestemmelsene.

¹²³ Morris and Scharf (1995) side 44 og 45

¹²⁴ *Akayesu Trial Judgement* paragraf 611.

¹²⁵ Bassiouni (1999) side 161. Dette er også i det vesentlige skillet mellom de mindre alvorlige forbrytelser i den internasjonale strafferetten og de alvorlige forbrytelser under humanitærretten.

Slikt ansvar ble for første gang fastlått av statene i en folkerettslig tekst i General Assembly Resolution 95 (1) av 1946, Affirmation of the Principles of International Law Recognized by the Charter of the Nuremberg Tribunal. Prinsippene ble tilsluttet enstemmig av Generalforsamlingen og det er derfor regnet som sikker rett at det eksisterer slikt individuelt straffansvar som foreskrives i prinsippene.¹²⁶ I henhold til Nürnberg-prinsipp I, er en person som utfører en forbrytelse under internasjonal rett ansvarlig og derfor forpliktet til straff (aut dedere aut punire). Dette gjelder selv om internasjonal rett ikke foreskriver straff, jf. prinsipp II. I henhold prinsipp VI, jf. prinsipp VII er slike internasjonale forbrytelser ”crimes against peace”, ” war crimes” og ”crimes against humanity”. Prinsipp III og IV fremholder videre at påberopelse om at personen handlet som statsoverhode, statssekretær eller på grunnlag av ordre ikke gir fritak for straff.

I overensstemmelse med dette forelå således individuelt strafferettslig ansvar for alle forbrytelsene under ICTYs jurisdiksjon og forbrytelsene mot menneskeheten og folkemord under ICTR.¹²⁷ Problemstillingen reiser seg derfor kun i forhold til den siste kategorien forbrytelse under ICTRs jurisdiksjon i SICTR artikkel 4. Som vi har sett ovenfor har disse forbrytelsene ikke status som internasjonal sedvanerett og det er derfor reist sterk tvil om det forelå individuelt straffansvar for brudd på bestemmelsene i Geneve-konvensjonene artikkel 3 og Protokoll II.¹²⁸ Konvensjonene selv behandler heller ikke dette spørsmålet. I henhold til konvensjonstekstene følger strafforfølgelsen hovedprinsippet om territorialprinsippet ved strafforfølgelse. Dette er argumenter imot at det forelå individuelt straffansvar for brudd på disse konvensjonsbestemmelsene. Spørsmålet er behandlet i *Akayesu Trial Judgement*. ICTR tar her utgangspunkt i at

¹²⁶ Se 1993-rapporten paragraf 53, flg., Bassiouni (1999) side 161, flg., Jones & Powles (2003) side 268, flg. Cassese, Gaeta and Jones (2002) side 764, flg.

¹²⁷ Selv om ikke forbrytelsen folkemord er statuert som internasjonal forbrytelse i Nürnberg-prinsipp VI, er det ikke tvil i praksis om at også denne forbrytelsen omfattes av prinsippet om individuelt straffansvar. For det første er folkemord i praksis betegnet som en forbrytelse som hører under kategorien ”crimes against humanity”. (Se bl.a. Cassese, Gaeta and Jones (2002) side 339) Dessuten foreskriver folkemord-konvensjonen artikkel VI individuelt straffansvar.

¹²⁸ Se 1995-rapporten paragraf 12. Spørsmålet er ikke drøftet inngående i den juridiske teori.

spørsmålet om straffansvar for brudd på Geneve-konvensjonene artikkel 3 er behandlet av ICTY i Tadic-saken, hvor ICTY kom til at det eksisterte individuelt straffansvar for slike forbrytelser. ICTY baserte seg i det vesentlige på to argumenter i denne avgjørelsen. For det første bygget den på at individuelt straffansvar var funnet av Nürnberg-domstolen, og for det andre at elementer av statspraksis pekte på at statene viste intensjoner om å kriminalisere også slike forbrytelser i interne konflikter så vel som nasjonal inkorporering av Geneve-konvensjonene. Det kan med rette reises kritikk mot ICTYs rettsanvendelsesmetode. For det første er det svært bestridt i praksis at det eksisterte individuelt straffansvar i folkeretten forut for rettsoppgjøret etter andre verdenskrig.¹²⁹ For det andre, den tolkning av statspraksis som er nevnt av ICTY kan være argumenter for sedvanedannelse, men det kan like gjerne også være eksempler på at statene tilrettelegger sin lovgivning for at de selv skal kunne strafforfølge forbrytelsene i overensstemmelse med sine forpliktelser etter konvensjonsbestemmelsene (det dualistiske prinsipp). Det er derfor rettes tvil om ICTY her kom til det rettmessige standpunkt.

ICTR finner at ICTYs standpunkt er overbevisende og styrende for spørsmålet som skal avgjøres av ICTR. ICTR bemerker så at listen av forbrytelser i SCTR artikkel 4 direkte er tatt fra bestemmelsene som fellesbestemmelsene i Geneve-konvensjonene artikkel 3 som innebærer fundamentale forbud som et humanitært minimum for beskyttelsen av krigsofre og at artikkel 4 i Tilleggsprotokoll II på samme måte er fundamentale garantier. Ut fra dette resonnerer ICTR at forbrytelsene må karakteriseres som alvorlige forbrytelser (serious violations) og at det derfor måtte eksistere individuelt ansvar forut for at disse forbrytelsene fant sted i konflikten i Rwanda.

Teorien forholder seg relativt restriktiv i kommentarer til denne avgjørelsen.¹³⁰ Etter min mening har argumentene at handlingene er av alvorlig karakter, og at de derfor omfattes av Nürnberg-prinsippene, mer for seg enn argumentene som er fremmet av ICTY. På den annen side har forbrytelsene i SCTR artikkel 4 ikke status som sedvanerett, og derfor faller det vanskelig å argumentere for at det finnes individuelt

¹²⁹ Cassese, Gaeta and Jones (2002) side 736. 1995-rapporten.

¹³⁰ Jones & Powles (2003) side

straffansvar for disse handlingene når det heller ikke er foreskrevet i traktattekstene. Etter min mening er det opp til statene å foreta de nødvendige skritt for å pålegge individuelt straffansvar for disse handlingene.

I saken hvor ICTR kom til prinsippavgjørelsen om at det foreligger individuelt straffansvar for brudd på artikkel 4, ble tiltalte imidlertid frifunnet for alle tiltalepunktene for brudd på denne avgjørelsen. Etter å ha gått igjennom ”completed cases” i ICTR har jeg funnet at hittil har ingen blitt dømt for brudd på SCTR artikkel 4. Mange har blitt tiltalt og blir det fortsatt, men de fleste av tiltalepunktene under ICTR går under folkemord og forbrytelser mot menneskeheten. Men på grunnlag av ICTRs standpunkt i Akayesu-saken er det altså åpent for at personer kan dømmes for brudd på konvensjonene i SCTR artikkel 4.

3.5 Lovens synbarhet og tilgjengelighet

Et av hovedformålene bak legalitetsprinsippet krav til hjemmel i lov som var gyldig på handlingstidspunktet, er at individet skal ha mulighet til å forutse hvilke handlinger som er lovlige og hvilke handlinger som er ulovlige og gir grunnlag for straff. Som en naturlig konsekvens av dette følger kravet om at loven skal være synbar for individet, den skal være tilgjengelig. Som vi har sett er hjemmelen for den straffbare handling under ad hoc domstolenes jurisdiksjon hentet fra sedvaneretten og internasjonale traktater. Da denne retten i utgangspunktet i utgangspunktet gjelder mellom statene, kan det reises spørsmål om denne loven tilfredsstillende legalitetsprinsippet krav om synbarhet.¹³¹

Hovedregelen etter menneskerettighetskonvensjonene er at internasjonal rett tilfredsstillende kravene til hjemmel i lov.¹³² I forhold til slik internasjonal rett er det usikkert hvor langt kravet til synbarhet strekker seg etter

¹³¹ Dette spørsmålet er imidlertid ikke drøftet inngående i litteraturen. Så lenge hjemmelen var til stede i kraft av sedvanerett eller konvensjon, synes Generalsekretæren å være tilfreds med dette. Domstolene synes også å være mest opptatt av å konstatere at statuttene ikke gir hjemmel til ”ny” lov.

¹³² Denne bestemmelsen kom visstnok inn i EMK artikkel 7 på grunn av rettsoppjøret etter annen verdenskrig. Møse (2003) side 397.

menneskerettighetskonvensjonene. På dette området foreligger liten praksis av Human Rights Committee under CCPR, og heller ikke praksis fra EMD gir sikre svar på hvor langt kravet til synbarhet strekker seg etter denne konvensjonen.¹³³ Ingen av konvensjonstekstene reiser eksplisitte krav om at loven skal publiseres. Statene fører variert praksis for hvilke rettskilder som tilfredsstiller lov i internretten.

Utgangspunktet blir derfor loven i dette tilfelle tilfredsstiller kravet til hjemmel i lov. Spørsmål kan likevel stilles om det på grunn av den spesielle situasjon man har her, hvor loven består av overlappende kilder fra internasjonal traktat og sedvane og prinsippene om individuelt straffansvar, gjorde at loven var så utilgjengelig at legalitetsprinsippet er krenket.¹³⁴ Disse reglene bygger på en svært sammensatt mekanisme, og full oversikt over humanitærretten er et komplisert studium. Forarbeidene til EMK taler likevel for at loven etter humanitærretten tilfredsstiller kravet til synbarhet. Sikkerhetsrådet hadde dessuten gjentatte ganger foretatt resolusjoner hvor det påpekte at det forelå brudd på humanitærretten og at det forelå individuelt straffansvar. Et annet argument som går i samme retning er at ansvaret under ICTY og ICTR først og fremst retter seg mot individene som sto bak de alvorlige handlingene som faller under ad hoc domstolenes jurisdiksjon. De som har blitt strafforfulgt under domstolene fram til nå er i første rekke statsledere og militære ledere. Og for disse må stilles vesentlig større krav til kjennskap til loven enn et vanlig enkeltindivid.

¹³³ I henhold til EMD-praksis er det ikke et krav at loven publiseres. Både skreven og uskreven lov tilfredsstiller lovskravet. Samtidig er det likevel et særlig krav om tilgjengelighet og forutsigbarhet. Se *Kokkisinakis v. Hellas* og *SW v. UK*.

¹³⁴ Noe kritikk mot dette har blitt rettet i Cassese, Gaeta and Jones (2002) side 743.

4 Den internasjonale straffedomstol

4.1 Bakgrunn

4.1.1 Noen utgangspunkter og problemstillinger

The International Criminal Court er den første permanente internasjonale straffedomstolen i menneskenes historie. Grunnlaget for Domstolen bygger på en multilateral traktat, hvor, på skrivende tidspunkt, 92 stater er parter i avtalen og har godtatt ICCs jurisdiksjon.¹³⁵ 139 stater har signert Domstolens vedtekter uten å ratifisere den. Til sammenligning er det 191 medlemsstater i FN og 151 stater som har ratifisert CCPR. Imidlertid har noen av verdens mektigste statsmakter ikke ratifisert statuttene, deriblant USA, Kina, Russland, India og Japan. ICCs subsidiære jurisdiksjon trådte i kraft 1. juli 2002. Foreløpig foreligger ingen saker for Domstolen.

Problemstillingene som reiser seg rundt legalitetsprinsippets stilling under en permanent internasjonal straffedomstol er foreløpig først og fremst av en teoretisk karakter, og har blitt behandlet under forarbeidene til Roma-vedtektene¹³⁶ og i den juridiske litteratur.¹³⁷ For den videre behandling av legalitetsprinsippets stilling i Roma-vedtektene, vil det også være aktuelt å trekke linjer til hvordan legalitetsprinsippet er behandlet i statenes interne rettssystemer og prinsippets rekkevidde under menneskerettighetskonvensjonene. Spørsmål som reiser seg i forholdet til legalitetsprinsippet ved etableringen av en permanent internasjonal straffedomstol, er for det første hvilket rettslig fundament domstolen har og hvilken jurisdiksjon domstolen er gitt i tid. For tolkningen av legalitetsprinsippets rekkevidde vil det bli et

¹³⁵ 22 av de ratifiserende statene er afrikanske, 11 stater er asiatiske, fra Øst-Europa er det 15 stater som har ratifisert, 18 er fra Latin Amerika og Karibien og 26 stater er fra Vest-Europa og andre vestlige stater.

¹³⁶ ILC Draft Articles for an International Criminal Court og Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court.

¹³⁷ Cassese, Gaeta and Jones (2002) kapittel 19 og Lee (2002).

spørsmål om legalitetsprinsippet har en svakere stilling under den internasjonale domstolen enn det ville hatt ellers ved strafforfølgelse av en stat. Under de straffbare handlinger blir spørsmålet først og fremst hvor ”klar” og deskriptiv lovhjemmelen er, og om alle de nødvendige vilkår for straff fremgår av statuttene for domstolen.

4.1.2 Rettskilder og tolkningsprinsipper

Rettskildene som ICC skal bygge sine avgjørelser på er listet opp i Roma-vedtektene artikkel 21. Denne bestemmelsen er en lignende type opplisting av rettskildene som for ICJ i ICJ-statuttene artikkel 38. Men på mange måter går Roma-vedtektene mer konkret til verks ved opplistingen av rettskildene som gjelder for ICC. Dette følger som en konsekvens at Domstolens saker er på strafferettens område.

Rettskildene som er de primære for ICC er Roma-vedtektene og Rules of Procedure and Evidence (prosessreglene).¹³⁸ Roma-vedtektene gir videre en klar opplisting av subsidiære kilder. Verdt å bemerke seg er at Domstolen kan anvende humanitærretten og rettsprinsipper fra verdens nasjonale rettssystemer. På samme måte bør også presedensbestemmelsen i artikkel 21 (2) bemerkes. Denne bestemmelsen skiller seg i relativt stor grad fra ICJ statuttene artikkel 38. For spørsmålet om bestemmelsen åpner for domstolskapt straffebestemmelser eller utvidende og analogisk anvendelse av straffebestemmelser, må bestemmelsen tolkes i lys av artikkel 22 til 24.

Roma-vedtektene nevner ikke andre tolkningsprinsipper enn at tolkning og rettsanvendelse skal være i samsvar med internasjonale menneskerettigheter. På bakgrunn av uttalelsene i ICTY og ICTR, vil det antagelig være påregnelig at ICC vil gå den samme vei og anvende Wien-konvensjonens regler om tolking.

Generelt må det kunne konstateres at opplistingen av hvilke rettskilder en domstol skal bygge sine avgjørelser på styrker forutsigbarhet i forhold til lovhjemmelen. Artikkel 21

¹³⁸ Det er Roma-vedtektene som inneholder forbrytelser og øvrige straffbarhetsvilkår. Det er derfor primært denne rettskilden ICC skal anvende når den skal tolke lovhjemmelen. Imidlertid inneholder også prosessreglene noen bestemmelser om straff for handlinger som foretas i forbindelse med etterforskningen eller rettssaken.

går relativt langt i å beskrive hvordan rettskildene skal anvendes. Til sammenligning er den juridiske rettsanvendelsen i mange nasjonalstater ikke kodifisert på denne måten. I norsk rett følger prinsippene om rettsanvendelsen i svært stor grad av uskrevne prinsipper.

4.2 ICCs rettslige grunnlag og jurisdiksjon

Grunnlaget til ICC bygger på en mellomstatlig traktat, Roma-vedtektene. Det er kun statene som er part i avtalen, ikke individer og organisasjoner. I overensstemmelse med suverenitetsprinsippet har statene som har tiltrådt Roma-vedtektene avgitt den nødvendige jurisdiksjon til ICC, og gjennom vedtektene pålegges individer under disse statene ansvar og plikter. ICCs jurisdiksjon er subsidiær, jf. vedtektene artikkel 1, jf. preambelet paragraf 10. På denne måten opprettholder Roma-vedtektene prinsippet om at det er staten som har den territoriale jurisdiksjon som i første instans har jurisdiksjon til å strafforfølge forbrytelsen. Ved strafforfølgelse av internasjonale forbrytere i nasjonalstaten vil altså beskyttelsen av legalitetsprinsippet i utgangspunktet være opp til nasjonalstatens rettssystem.¹³⁹

ICC har kun jurisdiksjon over handlinger foretatt etter Roma-vedtektenes ikrafttredelse, jf. Roma-vedtektene artikkel 11 (1)¹⁴⁰ For stater som tiltrer i etterkant av ICCs ikrafttredelse, har ICC som hovedregel jurisdiksjon over forbrytelser som foretas etter denne statens tiltredelse, jf. artikkel 11 (2).¹⁴¹ På grunn av at ICCs jurisdiksjon over handlinger er gjennomført på denne måten, reises følgelig ikke de samme problemstillinger i forhold til straffansvar som under ad hoc domstolene. Begrunnelsene for dette er for det første at både forbrytelsene og individuelt straffansvar er slått fast forut for handlingen. Hjemmel for forbrytelsene er artikkel 5 og det individuelle

¹³⁹ Se 2.2.

¹⁴⁰ Dato for ikrafttredelse er 1. juli 2002.

¹⁴¹ Et unntak fremgår av artikkel 11 (2), staten kan erklære at ICC har jurisdiksjon over handlinger foretatt før staten ble part. Prinsipielt er det her åpnet for et brudd på forbudet mot retroaktiv anvendelse av lovhjemmel. Etter det vi har sett i kapitlet ovenfor avhenger dette imidlertid av at handlingen som ICC får jurisdiksjon over ikke utgjorde en straffbar handling etter den humanitære sedvanerett eller traktat som staten hadde tilsluttet på handlingstidspunktet.

straffansvar er slått fast i artikkel 25, 27, 28 og 33.¹⁴² For det andre inneholder Roma-vedtektene en fellesbestemmelse om skyld, som gjelder så lenge noe annet ikke er presisert, jf. artikkel 30.¹⁴³ Strafferamme og straffart er spesifisert artikkel 77. Rammen for fengselsstraff er vid, 30 år, men slike vide strafferammer anvendes også av statene for disse typer alvorlige forbrytelser. Dessuten, for det tredje, inneholder Roma-vedtektene øvrige straffbarhetsvilkår som man finner i statenes interne lovgivning, se artikkel 31, 32 og 26.¹⁴⁴ Som vi kan se fremgår alle de nødvendige vilkår for straff av Roma-vedtektene. På grunn av ICCs jurisdiksjon *ratione temporis*, vil det ikke oppstå spørsmål om ICC krenker legalitetsprinsippet på den måte som vi har sett i kapittel 3.

4.3 Legalitetsprinsippet utforming. Tolkning av rekkevidde

Det var stor enighet blant delegatene under Roma konferansen at tilstedeværelsen av legalitetsprinsippet i Roma-vedtektene var helt nødvendig.¹⁴⁵ Den endelige vedtakelsen av artikkel 22 til 24 i Roma-vedtektene, bygger i stor grad på forslag til utforminger som ble fremforhandlet under the Preparatory Committee i 1996.¹⁴⁶ Vedtakelsen av bestemmelsene var relativt lite kontroversiell.¹⁴⁷ I tillegg til å sikre individets stilling bidrar stadfestelsen av prinsippet i Roma-vedtektene til å sikre statenes suverenitet ved også statene vet uttrykkelig hva de har avgitt jurisdiksjon til. Utformingen av legalitetsprinsippet i Roma-vedtektene, slik prinsippet gjelder for ICC, finner sted under Kapittel 3, "General Principles of Criminal Law". Utgangspunktet blir derfor nettopp at

¹⁴² Cassese, Gaeta and Jones (2002) side 769. Det fremholdes her enkelte mangler i det individuelle straffansvar, men hovedsakelig må det understrekes at både forbrytelser og straffansvar nå er synbart på en helt annen måte enn tidligere.

¹⁴³ Skyldkravet er *intent and knowledge*, dvs. hensikt og kunnskap.

¹⁴⁴ Oppstillingen av straffbarhetsvilkår kan nok ikke måle seg med innarbeidet praksis i statene. Mangler er påpekt i teorien, Noen påpekte mangler er bestemmelser om samtykke, interesseavveininger, generell og militær nødvendighet og problemer i forhold til immunitet og represalier, Cassese, Gaeta and Jones (2002) side 773.

¹⁴⁵ Cassese, Gaeta and Jones (2002) side 734.

¹⁴⁶ Dette var en komité som bygget sitt arbeid videre på ILC sine Draft Articles. For nærmere om hvordan the Preparatory Committee kom fram til sitt forslag, se Lee (2002) side 191, flg.

¹⁴⁷ Cassese, Gaeta and Jones (2002) side 735.

legalitetsprinsippet legges til grunn som et overordnet prinsipp for Domstolens rettsanvendelse, på samme måte som det gjøres i statenes interne rettssystemer. Prinsippet i sin helhet fastslås i tre forskjellige deler gjennom artikkel 22, 23 og 24. Delene har hver sin overskrift, nemlig *Nullum crimen sine lege*, *Nulla poena sine lege* og *Non-retroactivity ratione persone*. Bestemmelsene lyder som følger:

Article 22

Nullum crimen sine lege

1. A person shall not be criminally responsible under this Statute unless the conduct in question constitutes, at the time it takes place, a crime within the jurisdiction of the Court.
2. The definition of a crime shall be strictly construed and shall not be extended by analogy. In case of ambiguity, the definition shall be interpreted in favour of the person being investigated, prosecuted or convicted.
3. This article shall not affect the characterization of any conduct as criminal under international law independently of this Statute.

Article 23

Nulla poena sine lege

A person convicted by the Court may be punished only in accordance with this Statute.

Article 24

Non-retroactivity ratione personae

1. No person shall be criminally responsible under this Statute for conduct prior to the entry into force of the Statute.
2. In the event of a change in the law applicable to a given case prior to a final judgement, the law more favourable to the person being investigated, prosecuted or convicted shall apply.

Jeg vil nå gå igjennom bestemmelsene slik de kommer til uttrykk i vedtektene og foreta en sammenlignende tolkning av legalitetsprinsippet i forhold til behandlingen av prinsippet i kapittel 2. Herunder vil problemstillingen bli hvor lang rekkevidde prinsippet er gitt i forhold til prinsippets status som generell rettsgrunnsetning i folkeretten. Tolkningen bygger på en naturlig forståelse av bestemmelsen, lest i sammenheng med artikkel 21 om rettskildene og artikkel 5 til 8 om forbrytelsene under ICCs jurisdiksjon.

Direktivet til lovgivningsorganet, dvs. forsamlingen av stater, ligger først og fremst i Roma-vedtektene artikkel 22 (2). Bestemmelsen gjelder utformingen av forbrytelsene, og foreskriver at definisjonen av en forbrytelse skal være ”strictly construed”, det vil si strengt, eller snevert, angitt.¹⁴⁸ Med dette er meningen at lovgivningen ikke skal ta i bruk vide språklige utforminger av forbrytelsene som kan lede til tvetydighet. Dette er for det første nødvendig for at staten skal vite nøyaktig hva den angir suverenitet over.¹⁴⁹ Dessuten sikrer det individets mulighet til å forutse hvilke handlinger som er straffbare. Beskrivelsen av forbrytelsene i artikkel 5, *actus reus*, fremgår som nevnt av artikkel 6 til 8. Sammenlignet med forbrytelser slik de er beskrevet i konvensjonstekster og sedvane under humanitærretten, er dette en relativt omfattende beskrivelse av handlingene som omfattes.¹⁵⁰ I tillegg foreligger ”elements of crimes” som kan bidra til tolkingen og anvendelsen av artikkel 6 til 8. En av forbrytelsene under ICCs jurisdiksjon er pr. dato fortsatt ikke definert, forbrytelsen aggresjon. Forslag til definisjon er foretatt av forskjellige stater, men utformingen av bestemmelsen har vist seg å være kontroversiell, og det later til at det kan gå tid før en endelig definisjon blir akseptert. Slik denne forbrytelsen foreligger nå tilfredsstillende den neppe det strenge kravet til spesifisering.

Direktivet til Domstolen fremgår av de øvrige deler i artikkel 22 til 24. Artikkel 22 (1) inneholder direktivet om at Domstolen ikke skal finne en tiltalt skyldig dersom ikke handlingen utgjorde en forbrytelse under ICCs jurisdiksjon på handlingstidspunktet. Bestemmelsen presiserer at lovhjemmelen som skal anvendes er den som foreligger på tidspunktet for handlingen. Med dette slås forbudet mot retroaktiv anvendelse av lovhjemmel fast.¹⁵¹ Forbudet presiseres dessuten ytterligere i artikkel 24. Videre

¹⁴⁸ Tillegg til vedtektene skal vedtas som foreskrevet i artikkel 121 og 122. Forandringer i straffebestemmelsene skal foretas med 2/3 flertall av forsamlingen av stater, og endringen vil tre i kraft ett år etter vedtaket. Dersom en stat ikke aksepterer en endring i bestemmelsene om forbrytelsene i artikkel 5 til 8, har ikke ICC jurisdiksjon over dennes statens statsborgere. Hvis forandringen er foretatt med 7/8 flertall, må imidlertid staten som ikke ønsker å avgi jurisdiksjon trekke seg fra vedtektene i sin helhet.

¹⁴⁹ Sadat (2002) side 182.

¹⁵⁰ Se nærmere under kapittel 4.

¹⁵¹ Som nevnt under kapittel 2 foreligger det usikkerhet om denne delen av prinsippet er omfattet av legalitetsprinsippet status som generelt prinsipp i folkeretten, Cassese, Gaeta and Jones (2002) side 740.

innebærer ordlyden i artikkel 22 (1) at alle vilkår for straff skal være oppfylt på handlingstidspunktet for at et individ skal kunne straffes.¹⁵² Spørsmål som oppstår for domstolen ved lovanvendelsen er hvilken rettskilde tilfredsstillende lovskravet. Tolket i lys av artikkel 21 paragraf 1, blir spørsmålet om ICC kan anvende en rettskilde som fremgår av litra b eller c som grunnlag for straff, dersom ikke forbrytelsene i statuttene kan anvendes. Slik artikkel 22 paragraf 1 må leses, kan imidlertid ikke Domstolen anvende de subsidiære rettskildene artikkel 21 paragraf 1 på denne måten. ICC har kun jurisdiksjon over forbrytelsene som er listet opp i artikkel 5. Lest i sammenheng med den strenge angivelse av forbrytelsene, legger dette opp til at det er kun forbrytelsene etter vedtektene som regnes som lov. Denne delen av legalitetsprinsippet må kunne konstateres å stemme godt overens med slik prinsippet er gjennomført i CCPR artikkel 15 (1) første punktum.¹⁵³

Det neste spørsmålet som oppstår for domstolen er spørsmålet hvor langt den kan foreta utvidende eller analogisk anvendelse av straffebud. Dette gir artikkel 22 (2) anvisning på med å fastsette forbudet mot utvidet analogisk lovanvendelse. Således vil det bare være åpnet for presiserende tolking i henhold til Roma-vedtektene artikkel 21 (2).¹⁵⁴ Artikkel 22 (2) fastslår videre at dersom det foreligger uklarheter ved tolking av loven, skal domstolen velge den løsning som taler til fordel for individet som er under etterforskning, er siktet eller skal dømmes. En lignende bestemmelse finner man motsetningsvis ikke i menneskerettighetskonvensjonene. Bestemmelsen må nok først og fremst leses i sammenheng med bestemmelsen om spesifisering av lovhjemmelen (artikkel 22 (2) og forholdet til statenes avgivelse av jurisdiksjon. Domstolen skal ikke foreta tolkninger som utvider den kompetanse som statene har avgitt. Det siste spørsmålet som retter seg mot ICC er hvilken straff som kan dømmes. Dette fremgår av artikkel 23. Straff kan kun dømmes i overensstemmelse med vedtektene. Og til slutt, dersom en mildere lov blir vedtatt mens en person er under etterforskning, tiltale eller

¹⁵² Cassese, Gaeta and Jones (2002) side 748.

¹⁵³ Cassese, Gaeta and Jones (2002) side 749 og 750.

¹⁵⁴ Dette er i overensstemmelse med prinsippet tolket av EMD.

domsavgjørelse, skal den mildere bestemmelse anvendes. Dette er altså også i tråd med CCPR artikkel 15 (1) siste punktum.¹⁵⁵

4.4 Vurderinger

Selv om det pr. dato ikke finnes noen domsavgjørelser av ICC der Domstolen er gitt anledning til å komme med uttalelser om tolkning av legalitetsprinsippets rekkevidde med eventuelle begrensninger, kan det ikke være tvil om at legalitetsprinsippet med dette er styrket i internasjonal strafferett etter opprettelsen av ICC som permanent domstol. Prinsippet er nå kodifisert i en folkerettslig tekst på den internasjonale strafferettens område, og gjelder både som skranke på statene for hvordan de skal angi eventuelle utvidede tolkningsområder for eksisterende og nye straffbare handlinger, og binder dessuten ICCs lovanvendelse og tolking. Når det gjelder forbrytelsene som pålegger individene individuelt strafferettslig ansvar gjennom Roma-vedtektene, er disse nå kodifisert i én felles tekst som både ulovlige og straffbare handlinger, i motsetning til tidligere konvensjoner og sedvanerett i humanitærretten. Dette er heretter synbart for den enkelte i en helt annen grad enn tidligere. Den enkelte vet eller bør vite at det eksisterer en uavhengig og permanent domstol som har jurisdiksjon over handlingene. Det kan derfor hevdes at den aller viktigste funksjon ICC vil ha er dens preventive virkning.

¹⁵⁵ Cassese, Gaeta and Jones (2002) side 762, flg.

Litteraturliste

Konvensjoner og internasjonale avtaler:

- 1899 Overenskomst om landkrigens lover og sedvaner (Haag)
- 1907 Hague Convention IV Respecting the Laws and Customs of War on Land
- 1907 Hague Regulation annexed to the 1907 Hague convention
- 1919 The Covenant of the League of Nations
- 1929 Geneva Conventions of July 17, 1929
- 1945 Charter of the United Nation. Norsk tittel: FN Pakten
- 1945 Statute of the International Court of Justice
- 1945 Agreement by the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, The Government of the United States of America, the Provisional Government of the French Republic and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis. Signed at London, on 8 August 1945
- 1945 Charter of the International Military Tribunal at Nuremberg annexed to the Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis
- 1946 Charter of the International Military Tribunal for the Far East, approved by the Supreme Commander of the Allied Powers on 19 January 1946, and amended by General Order No. 20 of the Supreme Commander, General Headquarters, APO 500, 26 April 1946
- 1946 General Assembly Resolution 95 (1), Affirmation of the Principles of International Law Recognized by the Charter of the Nuremberg Tribunal (11 Dec. 1946)
- 1946 Convention on the privileges and immunities of the United Nations
- 1947 Statute of the International Law Commission
- 1948 Universal Declaration of Human Rights

- 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Adopted by Resolution 260 (III) of the United Nations General Assembly on 9 December 1948
- 1949 Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field
- 1949 Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea
- 1949 Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War.
- 1949 Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War.
- 1950 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.
- 1956 Constitution of Interpol.
- 1957 European Convention on Extradition.
- 1959 UN Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters.
- 1959 European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters.
- 1961 Convention on diplomatic relations, with resolution concerning the consideration of civil claims. Vienna 18 April 1961.
- 1963 Convention on Offences and Certain other Acts Committed on Board Aircraft
- 1966 International Covenant on Civil and Political Rights
- 1969 American Convention on Human Rights
- 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties
- 1973 Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents
- 1977 Additional Protocol I of the Geneva Conventions
- 1977 Additional Protocol II of the Geneva Conventions.
- 1977 European Convention on Suppression of Terrorism.
- 1978 Additional Protocol to European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters.
- 1979 International Convention against the Taking of Hostages
- 1981 African Charter on Human and Peoples' Rights.
- 1988 Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation

- 1989 Convention on the Rights of the Child
- 1993 Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia.
Adopted 25 May 1993 by Resolution 827
- 1994 Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda
- 1995 Europol Convention
- 1997 Arab Convention of the Suppression of Terrorist Bombings
- 1990 UN Model Treaty on Extradition
- 1998 Rome Statute of the International Criminal Court
- 1999 International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism
- 2000 Regulation 2000/15 on the establishment of Panels with Exclusive
Jurisdiction over Serious Criminal Offences
- 2000 Regulation 2000/11, March 6, 2000 as amended by UNTAET/Reg/2000/14,
UNTAET/Reg/2001/18, July 21, 2001
- 2001 UN Model Treaty on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters
- 2001 Second Additional Protocol to European Convention on Mutual Assistance
in Criminal Matters
- 2001 Regulation 2000/30, September 25, 2000 as amended by
UNTAET/Reg/2001/25, September 14, 2001
- 2002 Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone
on the Establishment of Special Court of Sierra Leone, annexed to the Report
of the Secretary General, UN doc. S2000/915, October 4, 2000, as amended
by amended by agreement between the United Nations and Sierra Leone,
January 16 2002

Resolusjoner og rapporter:

- 1999 United Nations Resolution No. 1272, S/Res.
- 2002 United Nations Resolution No. 1410 (2002), May 17 2002
-
- 1993 Security Council Resolution 808, 22 February 1993
- 1993 Security Council Resolution 827, 24 May 1993
- 1994 Security Council Resolution 955, 8 November 1994
- 1995 Security Council Resolution 977, 22 February 1995
- 2000 Security Council Resolution 1315 (2000)
-
- 1993 Report of the Secretary General, 3 May 1993
- 1995 Report of the Secretary General pursuant to Resolution 955, February 1995
- 2000 Report of the Secretary General on the establishment of a Special Court for Sierra Leone, UN doc. S2000/915, October 4, 2000
-
- 1996 Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session
- 1996 Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court

Utredninger:

- 1950 International Law Commission working paper av 1950, UN doc. A/CN.4/16
- 1954 International Law Commission Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind
- 1976 International Law Commission Draft Articles of State Responsibility
- 1994 International Law Commission Draft Statute for an International Criminal Court
- 1996 International Law Commission Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind

Domsregister:

Engel m.fl. v. Nederland

Kokkinakis v. Hellas

SW v. UK

Delalic et al. Trial Judgement. (“Celebici Case”). Case No. IT-96-21-T, Trial Chamber Judgement, 16 November 1998

Delalic et al. Appeals Judgement. Case No. IT-96-21-A, Appeals Chamber, Judgement, 20 February 2001

Tadic Jurisdiction Decision. Case No. IT-94-1, Trial Chamber, Decision on Defence Motion on the Jurisdiction of the Tribunal, 10 August 1995

Tadic Jurisdiction Appeals Decision. Case No. IT-94-1/AR72, Appeals Chamber, Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995

Krajisnik Jurisdiction Decision. Case No. IT-00-39 & 40, Trial Chamber, Decision on Motion challenging Jurisdiction, 22 September 2000

Todovic Sentencing Judgement. Case No. IT-95-9-1, Trial Chamber, Judgement, 31 July 2001

Blaskic Trial Judgement. Case No. IT-95-14-T, Trial Chamber, Judgement, 3 March 2000

Kanayabashi Jurisdiction Decision. Case No. ICTR-96-15-T, Trial Chamber, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 18 June 1997

Kayishema and Ruzindana Trial Judgement. Case No. ICTR-95-1-T, Trial Chamber, Judgement and Sentence, 21 May 1999

Kayishema and Ruzindana Appeals Judgement. Case No. ICTR-95-1-T, Appeals Chamber, Judgement and Sentence, 1 July 2001

Akayesu Trial Judgement. Case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber , Judgement, 2 September 1998

Kambanda Judgement and Sentence. Case No. ICTR-95-23-S, Trial Chamber, Sentencing Judgement, 4 September 1998

Bøker:

Ackerman, John E. and O'Sullivan, Eugene. *Practice and procedure of the International Criminal Tribunal of the Former Yugoslavia: with selected materials from the International Criminal Tribunal for Rwanda*. 2000

Bass, Gary Jonathan. *Stay the hand of vengeance: the politics of war crimes tribunals*. 2000

Bassiouni, M. Cherif. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. Second Revised Edition 1999

Bassiouni, M. Cherif. *International Criminal Law, Volume I Crimes*. Second Edition 1999

Beigbeder, Yves. *Judging war criminals*. 1999

Boot, Machteld. *Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes. Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*. 2002

Cassese, Antonio, Gaeta, Paola, Jones, John R.W.D. *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*. 2002

Clark, Roger S. and Sann Madeleine. *The prosecution of international crimes*. 1996

Dahl, Arne Willy. *Håndbok i militær folkerett*. 2003

Dixon, Rodney and Khan, Karim. *Archbold: International Criminal Courts, Practice, Procedure and Evidence*. 2003

Durham, Helen and McCormack, Timothy C.H. International Humanitarian Law Series. *The Changing Face of Conflict and the Efficacy of International Humanitarian Law*. 1999

Fleischer, Carl August. *Folkerett*, 7. utg. Oslo, Universitetsforlaget 2000

Gardam, Judith. *Humanitarian law*. 1999

Jones, John R.W.D. and Powles, Steven. *International Criminal Practice*. Third Edition 2003

Jones, John R.W.D. *The practice of the international criminal tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*. 1998

Kittichaisaree, Kriangsak. *International Criminal Law*. 2001

Klip, André and Sluiter, Göran. *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals. The International Criminal Tribunal for Rwanda 1994 – 1999*. 2001

- Knoops, Geert-Jan G. J. *Defences in Contemporary International Law*. 2001
- Krieger, Heike. *The Kosovo conflict and international law. An analytical documentation 1974-1999*. 2001
- Lee, Roy S. *The international Criminal Court, Rules of Procedure and Evidence*. 2001
- Lee, Roy S. *The making of the Rome statute*. 2002
- May, Richard, Tolbert, David, Hocking John, Roberts, Ken, Bing Bing Jia, Mundis, Daryl and Oosthuizen, Gabriël. *Essays on ICTY Procedure and Evidence. In honor of Gabriele Kirk Mc Donald*. 2001
- Morris, Virginia and Scharf, Michael. *An insider's guide to The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: a documentary history and analysis*. 1995
- Møse, Erik. *Menneskerettigheter*. 1. utgave 2. opplag 2003
- Obote-Odora, Alex. *The Judging of War Criminals: Individual Criminal Responsibility under International Law*.
- Ross, Alf. *Lærebog i folkeret*, 6. rev. utg. ved Ole Stig Andersen, Tyge Lehman og Per Magid, Nyt Nordisk Forlag, 1984
- Ruud, Morten og Ulfstein, Geir. *Innføring i folkeret.t*
- Ruud, Morten, Ulfstein, Geir og Fauchald, Ole Kristian. *Utvalgte emner i folkerett. Metode – miljø – havrett – handel*. 1997
- Sadat, Leila Nadva. *The international criminal court and the transformation of international law*. 2002
- Steiner, Henry J. and Alston, Philip. *International Human Rights in context. Law, politics and morals*. 1995
- Than, Claire de and Shorts, Edwin. *International Criminal Law and Human Rights*. 2003

Nettsider:

<http://www.un.org>

<http://www.un.org/law/ilc/index.htm>

<http://www.un.org/law/ilc/reporfra.htm>

<http://www.unhchr.ch/>

http://www.un.org/Docs/sc/unsc_resolutions.html

<http://www.unhchr.ch/html/intlinst.htm>

<http://www.un.org/News/oss/sg/pages/statements.html>

<http://www.derechos.org/nizkor/nuremberg/judgment/ncharter.html>

<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imtfech.htm>

<http://www.un.org/icty/index.html>

<http://www.ictj.org/>

<http://www.icc-cpi.int/php/index.php>

<http://www.un.org/peace/etimor/etimor.htm>

<http://www.sc-sl.org/>

<http://www.sc-sl.org/scsl-statute.html>

<http://www.achpr.org/>

<http://www.cidh.org>

<http://conventions.coe.int/treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=005&CL=ENG>

<http://www.echr.coe.int/>

<http://www.amnesty.org>

<http://www.hrw.org>

<http://www.interpol.int/>

<http://www.usip.org/library/truth.html>