

# **Straffrihet for tortur i internasjonal strafferett**

Sett i lys av torturforbudet etter folkeretten

Kandidatnr: 264

Veileder: Torunn Salomonsen

Leveringsfrist: 25. november 2004

Til sammen 17590 ord

24.11.2004

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	TEMA OG PROBLEMSTILLING	1
1.2	NÆRMERE OM DET ETISKE DILEMMA	2
<b><u>2</u></b>	<b><u>STRAFFRIHET FOR TORTUR</u></b>	<b><u>6</u></b>
2.1	INNLEDNING	6
2.2	BEGRUNNELSE FOR NØDRETT OG NØDVERGE	6
2.3	NOEN BEGREPSMESSIGE SKILLER	8
2.3.1	SKILLET MELLOM RETTMESSIGHETSGRUNNER OG UNNSKYLDNINGSGRUNNER	8
2.3.2	SKILLET MELLOM NØDRETT, TVANG OG NØDVERGE	9
2.4	HJEMMEL FOR NØDRETT OG NØDVERGE	11
2.4.1	RETTSOPPGJØRET ETTER DEN ANDRE VERDENSKRIG	11
2.4.2	ICTY OG ICTR	14
2.4.3	ICC ART. 31	19
2.5	KONKLUSJON	26
<b><u>3</u></b>	<b><u>STATSANSVAR</u></b>	<b><u>26</u></b>
3.1	INNLEDNING	26
3.2	HJEMMEL FOR Å FRAVIKE FORBUDET MOT TORTUR	27
3.2.1	TORTURKONVENSJONEN ART. 2	27
3.2.2	SP ART. 7 JF. ART. 4(2)	30
3.2.3	EMK ART. 3, JF. ART. 15(1)	32
3.2.4	HUMANITÆRRETT	35
3.3	HAR FORBUDET MOT TORTUR STATUS SOM JUS COGENS	41
3.4	KONKLUSJON	43
<b><u>4</u></b>	<b><u>ARGUMENTER FOR EN SAMMENHENGENDE KONSEKVENSI</u></b>	
	<b><u>REGELVERKET</u></b>	<b><u>44</u></b>
4.1	INNLEDNING	44
4.2	ARGUMENTENE	44

<b>5</b>	<b>OPPSUMMERING OG VURDERING</b>	<b>47</b>
<b>6</b>	<b>LITTERATURLISTE</b>	<b>49</b>
<b>6.1</b>	<b>BØKER</b>	<b>49</b>
<b>6.2</b>	<b>ARTIKLER</b>	<b>51</b>
<b>6.3</b>	<b>TRAKTATER OG KONVENSJONER</b>	<b>52</b>
<b>6.4</b>	<b>RESOLUSJONER FRA SIKKERHETSRÅDET</b>	<b>54</b>
<b>6.5</b>	<b>ANDRE FN DOKUMENTER</b>	<b>54</b>
<b>6.6</b>	<b>ANDRE DOKUMENTER</b>	<b>55</b>
<b>6.7</b>	<b>RETTPRAKSIS</b>	<b>55</b>
6.7.1	THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE	55
6.7.2	JUGOSLAVIA-DOMSTOLEN	56
6.7.3	DEN EUROPEISKE MENNESKERETTIGHETSDOMSTOL	56
6.7.4	RETTPRAKSIS FRA RETTSOPPGJØRET ETTER ANDRE VERDENSKRIG	56

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

A er en ung soldat. Han har ansvar for å avhøre krigsfanger. Landet (X) han bor i er i konflikt med land Y. Den siste tiden har det internasjonale samfunnet mistenkt land Y for å oppbevare og produsere biologiske våpen. I henhold til folkerettslige regler er dette forbudt.<sup>1</sup>

Den siste tiden har konfliktene tilspisset seg. B er tatt til fange mistenkt for å sitte inne med opplysninger om et biologisk angrep. Fra øverste hold har A fått i oppdrag å avhøre B om det biologiske angrepet. Hvis han ikke fremskaffer opplysningene vil både han og resten av befolkningen på stedet komme i angrepet. Under avhøret blir B utsatt for ekstrem smerte. I etterkant viser det seg at det ikke var planlagt noe biologisk angrep.

I rettsoppgjøret etter krigen reises det spørsmål om straffansvar for de ansvarlige, A inkludert.

Scenarioet reiser en rekke ulike problemstillinger.<sup>2</sup> For det første er tortur en internasjonal forbrytelse.<sup>3</sup> Dette innebærer at A i utgangspunktet skal straffes for denne forbrytelsen. Samtidig reises det spørsmål om internasjonal strafferett tillater straffrihet for tortur hvis handlingen er foretatt i nødrett eller nødverge.<sup>4</sup>

Spørsmål om nødrett som en straffrihetsgrunn reises fordi A handler under trussel om at landet han bor i skal rammes av et biologisk angrep. Hvis han ikke får B til å fortelle hvor bomben befinner seg, vil både han og en rekke andre i landet bli utryddet. Torturen er således en følge av nødssituasjonen A befinner seg i.

Det kan også tenkes at A handlet i nødverge siden det biologiske angrepet kan ses på som et ulovlig angrep. Angrepet kommer fra en person, siden det er mennesker som utløser angrepet. Et annet spørsmål som kan reises er om A torturerte fordi han ble

---

<sup>1</sup> Se Protokoll om forbud mot bruk i krig av kveldende, giftige eller liknende gassarter og av bakteriologiske midler (Genèveprotokollen), 17. juni 1925.

<sup>2</sup> Se Gaeta, s. 785-794, Morgan, s. 182-196, Dershowitz, s. 132-163, Wantchekon/Healy, s. 596-609 og Position paper, s. 8-10, Twining/Twining, s. 305-356.

<sup>3</sup> Se Statuttene for den internasjonale krigsforbryterdomstol (ICC) art. 7(1)f, art. 8(2)a, Tribunalen for Jugoslavia domstolen (ICTY) art. 5f, Tribunalen for Rwanda domstolen (ICTR) art. 3.

<sup>4</sup> Se ICC art. 31.

tvunget til det av overordnede myndigheter. Dette skal imidlertid ikke drøftes i denne oppgaven.

Forutsatt at verken nødrett eller nødverge tillates som straffrihetsgrunner for tortur stilles det spørsmål om A kan få straffen nedsatt som følge av situasjonen han handlet under.

I tillegg til at tortur er en internasjonal forbrytelse vil drøftelsen vise at forbudet mot tortur står sterkt i folkeretten.<sup>5</sup> I utgangspunktet dreier det seg om to ulike normsett siden ansvarssubjektet ikke er det samme i begge relasjoner. Dette innebærer at problemstillingen blir noe annerledes i folkeretten enn i internasjonal strafferett. På folkerettens område er spørsmålet om staten kan gjøre unntak fra forbudet mot tortur, mens i internasjonal strafferett stilles det spørsmål om individet kan bli straffri for den samme handling.

Formålet med oppgaven er primært å undersøke om individet kan bli straffri for tortur i internasjonal strafferett hvis handlingen er foretatt i nødrett eller nødverge. Samtidig vil jeg argumentere for at disse reglene må ses i lys av forbudet mot tortur ellers i folkeretten. Forbudet mot tortur i folkeretten blir derfor analysert i kapittel 3. Til slutt vil jeg drøfte hvilke implikasjoner det har å åpne for straffrihet for tortur i internasjonal strafferett når forbudet står så sterkt i folkeretten.

## 1.2 Nærmere om det etiske dilemma

A har valget mellom å torturere B eller la vær, med den risiko at en rekke mennesker omkommer i et biologisk angrep. Hvis han velger å torturere B, skal han straffes for handlingen? Hadde A egentlig noe annet valg, og skal dette være avgjørende for om han skal straffes? Er det ikke bedre å redde uskyldige siviles liv enn å beskytte integriteten til en forbryter? Hva om B ikke var en forbryter?

Scenarioet viser at det internasjonale samfunnet stilles overfor valget mellom å rettferdiggjøre tortur, eller kategorisk avvise tortur som rettmessig. Hva som velges kan avhenge av om man følger en utilitaristisk filosofi<sup>6</sup> om at i valget mellom to onder skal

---

<sup>5</sup> Se FNs torturkonvensjon (torturkonvensjonen) art. 2, Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) art. 3, jf. art. 15(1), FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) art. 7, jf. art. 4(2).

<sup>6</sup> Se Dershowitz, s. 140-153, Position paper, s. 17-21, Praktisk filosofi, innledning av Harald Ofstad, Fletcher, s. 813-817.

man velge de handlinger som fremmer samfunnsmedlemmenes nytte, eller avvise tortur basert på Kants filosofi om at mennesker ikke skal benyttes som redskap for å nå mål.<sup>7</sup>

En av de første som reiste spørsmålet om tortur kan rettferdiggjøres på bakgrunn av utilitaristiske betraktninger var filosofen Jeremy Bentham.<sup>8</sup> I et verk skrevet på slutten av 1700-tallet sier han at tortur kan være rettmessig i visse tilfeller.<sup>9</sup> Bentham oppstiller fem vilkår som han mener kan gi grunnlag for å tillate tortur. For det første kreves det sikre bevis for at den som torturerer faktisk har den rette informasjon. I tillegg vil Bentham bare tillate tortur “(...) in cases which admit of no delay (...)”.<sup>10</sup> For det tredje må skaden som skal forhindres være stor. Han oppstiller et krav om at bruk av tortur skal lovreguleres i tillegg til at torturen ikke skal ha langvarig effekt.<sup>11</sup>

En annen som argumenterer for at bruk av tortur kan rettferdiggjøres basert på en utilitaristisk filosofi er Alan M. Dershowitz.<sup>12</sup> Et av argumentene han fremsetter er at tortur alltid vil forekomme, og at det er bedre å ha full åpenhet rundt det enn å fortrenge at det faktisk skjer. I tillegg mener han at et prinsipielt standpunkt kun fører til skjult tortur, noe som igjen innebærer at det ikke kan føres kontroll over hva som faktisk skjer.

Måten han foreslår å løse dette dilemmaet på er i tråd med Benthams forslag om å lovregulere tortur. Dershowitz tar til ordet for å innføre et system der man i den enkelte sak skal søke domstolen om en “torture warrant”.<sup>13</sup> Det skal således være opp til en dommer å vurdere om det er på sin plass å benytte tortur. Dershowitz rettferdiggjør et slikt system med at åpenhet fører til at tortur kun vil bli benyttet der det virkelig er nødvendig, i tillegg til at man vil tenke seg nøyerere om før tortur benyttes når det må søkes om det først og det er offentlig innsyn i bruken.<sup>14</sup> Det siste han fremhever er at mistenktes rettigheter blir bedre ivaretatt med et slikt system.<sup>15</sup>

---

<sup>7</sup> Se Kant (Groundwork of the Metaphysics of Morals), s. 24-40.

<sup>8</sup> Se Morgan, s. 186- 188, Twining/Twining, s. 305-338.

<sup>9</sup> Se Twining/Twining, s. 398, Morgan, s. 186.

<sup>10</sup> Se Twining/Twining, s. 313, Morgan, s. 186.

<sup>11</sup> Se Morgan, s. 188.

<sup>12</sup> Se Dershowitz, kap. 4.

<sup>13</sup> Se Dershowitz s. 141.

<sup>14</sup> Se Dershowitz, s. 141, 152.

<sup>15</sup> Se Dershowitz, s. 159.

Både Twining/Twining og Morgan argumenterer for at Benthams syn ikke kan forsvares.<sup>16</sup> Et av argumentene de trekker frem er at man aldri kan være sikker på om den som tortureres faktisk sitter inne med den rette informasjonen. I tillegg har det vist seg at regulering av tortur ikke reduserer, men faktisk øker omfanget av misbruk.<sup>17</sup> En annen innvending er at hvis tortur tillates som et redskap for å oppnå et mål, påfører man pine uten å vite at den som straffes er skyldig. Dette strider mot grunnleggende rettssikkerhetsgarantier.<sup>18</sup>

Et annet argument mot Benthams rettferdiggjøring av tortur er at det er vanskelig å gi noen konkrete retningslinjer for når tortur skal være tillatt. Hvis det først åpnes for å tillate det i de alvorligste tilfellene, er det også lettere å gjøre det i andre. En annen fare med lovregulering slik som Dershowitz foreslår, er at de som skal vurdere bruken som oftest vil være del av selve konflikten som fører til tortur. Dette kan føre til at nasjonale interesser blir tillagt vekt i avgjørelsen.

“Torture warrants” er også lite hensiktsmessig fordi bruk av tortur som oftest skjer der man ikke har tid til å søke andre virkemidler. En dispensasjonshjemmel innebærer en viss behandlingstid. Slik jeg ser det er det lite sannsynlig at en person som er under ekstremt press vil ta seg tid til å søke om tillatelse. Tidspresset er som oftest den største grunn til at tortur anvendes. Skjult bruk vil derfor etter all sannsynlighet fortsatt forekomme selv om man innfører lovregulering.

I tilknytning til dette kan det også stilles spørsmål ved om de samme standardene for bruk av tortur vil gjelde for alle, eller om det vil være lettere å rettferdiggjøre bruk av tortur for de vestlige land. Spesielt i “kampen mot terror” ser det ut til at noen stater er villig til å rettferdiggjøre handlinger som de tidligere har fordømt.

Et eksempel på at utilitarismen har blitt brukt som begrunnelse for å tillate tortur finner man i en rapport fra “the Landau Commission”. Bakgrunnen for rapporten var at “the General Security Service” i Israel hadde anvendt “moderate physical pressure” i avhør av mistenkte terrorister. I rapporten slås det fast at slike metoder er rettmessig i kampen mot terror i Israel. Kommisjonen sier at “everything depends on weighing the

---

<sup>16</sup> Se Twining/Twining, s. 305-396, Morgan, s. 182-196.

<sup>17</sup> Dette har skjedd i Israel der staten en periode lovregulerte “moderate physical pressure”, noe som resulterte i at grensen mellom det de anså som lovlige midler og tortur ble utvisket. Se Morgan, s. 190-192.

<sup>18</sup> Se for eksempel SP art. 14, EMK art. 6.

two evils against each other”.<sup>19</sup> Resultatet er at kommisjonen legger avgjørende vekt på verdien av å redde livet til sivile, i stedet for å beskytte enhver mot overgrep som tortur.

Det motsatte syn bygger på at mennesker aldri skal brukes som middel for å nå spesielle mål. Dette syn bygger på Kants kategoriske imperative.<sup>20</sup> Han sier at “the categorical imperative would be that which represented an action as objectively necessary of itself, without reference to another end”.<sup>21</sup> Dette innebærer at man skal “act only in accordance with the maxim through which you can at the same time will that it become a universal law”.<sup>22</sup> Kants syn tilsier at handlingen ikke kan rettferdiggjøres fordi ingen ønsker å bli utsatt for tortur. På den måten kan man si at forbudet mot tortur har universal verdi. Siden tortur er et onde i seg selv skal dette være avgjørende ikke hva som kan oppnås der og da.

Et sitat hentet fra Thomas E. Hill Jr. illustrerer at selv ikke et absolutt standpunkt er uproblematisk.<sup>23</sup>

“One person, A, asks another, B, whether for a million dollars B would do something against B’s principles (e.g., go to bed with a stranger, tell a racist joke, or take hotel towels without paying for them). B responds, “Yes, I suppose I would”. Then A asks, “How about for five dollars?” B retors indignantly. “What do you take me for?” “We have already established that,” says A. “Now be are bickering over the price.”

Hvis det internasjonale samfunn tar prinsipielt avstand fra tortur, vil enhver handling som fraviker dette standpunktet gå på tvers av samfunnets verdier. Dette kan være problematisk fordi det ville være urimelig av samfunnet å kreve at borgerne handler som martyrer. I tillegg kan man si at en person som torturerer handler til fellesskapets beste.

Spørsmålet som reises er om det i det hele tatt er mulig å gjøre unntak fra torturforbudet uten å uthule prinsippet. Skal hensynet til den personlige integritet vike når samfunnets interesser står på spill? Hvilken pris er samfunnet villig til å betale i det lange løp? Drøftelsen vil vise at både utilitaristiske betraktninger og et absolutt standpunkt har blitt bruk i avgjørelsen av om det kan gjøres unntak fra forbudet mot tortur.

---

<sup>19</sup> Se Position paper, s. 17.

<sup>20</sup> Se Kant (Groundwork of the Metaphysics of Morals), s. 24-40.

<sup>21</sup> Se Kant (Groundwork of the Metaphysics of Morals), s. 25.

<sup>22</sup> Se Kant (Groundwork of the Metaphysics of Morals), s. 31.

<sup>23</sup> I Kinander, s. 350.



## 2 Straffrihet for tortur

### 2.1 Innledning

I dette kapittelet vil jeg drøfte om man kan bli straffri for tortur hvis handlingen er foretatt i nødrett eller i nødverge.<sup>24</sup> Drøftelsen vil vise at dette spørsmålet kan tenkes å avhenge noe av om man anser disse straffrihetsgrunnene som rettmessighetsgrunner eller som unnskyldningsgrunner. I tillegg reises spørsmålet om disse forhold kan tas i betraktning ved straffutmålingen.

Det finnes en rekke ulike straffrihetsgrunner. Noen er skrevne, mens andre er hjemlet i sedvanerett. En viktig sonndring må trekkes mellom straffrihetsgrunner og formildende omstendigheter. Sistnevnte gjør ikke en handling lovlig, og i utgangpunktet tas det kun i betraktning ved utmålingen av straffens størrelse. Straffrihetsgrunner derimot er ikke et spørsmål om straffens størrelse, men om man i det hele tatt skal illegge straff for handlingen.<sup>25</sup>

I det følgende vil jeg først drøfte hvorfor det finnes regler om nødrett og nødverge. Deretter vil jeg vurderer om dette tillates i internasjonal strafferett. Til slutt vil jeg drøfte om man kan ta dette i betraktning som en formildende omstendighet.

### 2.2 Begrunnelse for nødrett og nødverge

Reglene om nødrett og nødverge bygger på tilsvarende regler i nasjonal rett. Dette innebærer at de generelle begrunnelsene kan utledes derfra.

En av grunnene til at det finnes regler om nødrett og nødverge er at regelverket ikke kan ta hensyn til alle situasjoner som kan oppstå. Livet i seg selv innebærer en viss risiko. Dette betyr at et system der man blir ansett straffverdig kun basert på om gjerningen faller inn under et straffebed, av og til vil virke urimelig strengt. Ved å innføre et system der nødrett og nødverge tas i betraktning ved vurdering av om en handling skal

---

<sup>24</sup>Se Cassese, kap. 12, 13, Sliedregt, kap. 6, Archbold, kap. 17, Knoops, kap. 1, 3, 5, Scaliotti, s. 111-172, Gaeta, s. 784-794.

<sup>25</sup>Se Sliedrigt, s. 227-228, Cassese, s. 219-220.

ilegges straff, åpner man opp for et mer fleksibelt rettssystem. Et absolutt system der man ikke vil ta nødrett og nødverge i betraktning ved vurderingen av straffverdighet, vil kunne komme i konflikt med den alminnelige rettsfølelse. I tillegg unngår man et regelverk som er for detaljert.

En annen begrunnelse for at man tillater nødrett og nødverge som straffrihetsgrunner i internasjonal strafferett er at dette allerede er godtatt i nasjonal rett. Siden det er de samme personene som begår forbrytelsen er det lite konsekvent å ikke ha det samme system i internasjonal strafferett.<sup>26</sup> På den annen side har internasjonale forbrytelser en annen karakter enn regulære forbrytelser. Dette innebærer at man ikke kan trekke en fullstendig parallell.

I forlengelse av dette har man det såkalte “konformitetsprinsippet”.<sup>27</sup> Jareborg sier at “en person bör inte anses ansvarlig för et brott, om hon inte kunde rätta sig efter lagen”. Med dette mener han at det ikke vil være hensiktsmessig å straffe handlinger som man ikke kunne ha unngått å utføre. Dette kan være tilfellet ved nødverge og nødrett. Ved nødrett vil man stå overfor en situasjon som man ikke har kontroll over siden nødssituasjonen ikke er selvforskyldt. Handlinger foretatt i nødverge kan heller ikke unngås siden man ikke har mulighet til å stoppe angrepet selv. I tillegg påpeker han at strafferetten er utformet med tanke på mennesker med normal kapasitet. Hvis man handler slik en alminnelig person ville ha handlet i den samme situasjon vil det ikke være rimelig å straffe en slik handling.

Rettspolitiske hensyn kan også begrunne regler om nødrett og nødverge. Hvis formålet med å straffe er allmennpreventive hensyn kan det argumenteres for at en handling ikke skal belegges med straff hvis den er foretatt i nødrett eller i nødverge. Nødrett og nødverge innebærer at gjerningsmannen ikke har noen annen mulighet enn å foreta den ulovlige handlingen. Her vil det ikke bli noen avskrekkende virkning. Enhver ville ha handlet på akkurat samme måte i samme situasjon.<sup>28</sup> Disse generelle hensynene vil også gjøre seg gjeldende hvor den ulovlige handlingen er tortur.

En annen måte å se straff på er at straff er en type verdikommunikasjon.<sup>29</sup> Jacobsen sier at dette innebærer at “(...)lova vert her eit verdiuttrykk som inngår i den

---

<sup>26</sup> Se Knoops, s. 9.

<sup>27</sup> Se Jareborg, s. 303.

<sup>28</sup> Se Andorsen, s. 35-36.

<sup>29</sup> Se Jacobsen, s. 181-182.

alminnelige verdidiskursen og utviklinga i samfunnet (...)”. Han fortsetter med å si at “(...) straffa vert her ei verdiutsegn som gjev uttrykk for at samfunnet stiller seg bak dei verdiane som er blitt krenka (...)”. Hvis dette er formålet med straff blir spørsmålet om samfunnet kan stille seg bak en regel som tillater straffrihet for tortur. Straffrihet for tortur vil uthule kriminaliseringen av handlingen. I tillegg vil et prinsipielt standpunkt mot tortur<sup>30</sup> umuliggjøre straffrihet ved nødrett og nødverge. Hvis samfunnet stiller seg bak en regel om at nødrett og nødverge gir straffrihet for tortur, signaliseres det samtidig at krenkelse av den personlige integritet kan godtas.

Den utilitaristiske tankegang vil på den annen side gi grunnlag for å rettfærdiggjøre straffrihet for tortur.<sup>31</sup> Dette skyldes at i noen tilfeller vil det faktisk være i samfunnets beste at tortur brukes. Hvis anvendelse av tortur kan redde livet til en rekke sivile, vil det være urimelig at den som utfører handlingen straffes. Det vil samtidig kunne argumenteres for at det er umoralsk ikke å gjøre det som kreves for å redde liv. Hadde A unnlatt å torturere ville han indirekte ha forvoldt døden til en rekke mennesker.

De ulike begrunnelsene for nødrett og nødverge gir ikke noe klart svar på om straffrihet for tortur kan godtas. Dette skyldes at det er flere måter å se straff på, i tillegg til at tortur skaper en moralsk debatt.

## 2.3 Noen begrepsmessige skiller

### 2.3.1 Skillet mellom rettmessighetsgrunner og unnskyldningsgrunner

Straffrihetsgrunner kan deles inn i to kategorier.<sup>32</sup> Grunnen til at jeg trekker disse skillene er at det har betydning for hvordan man ser på handlingen. Det vil være lettere å rettfærdiggjøre en alvorlig forbrytelse hvis den anses som unnskyldelig og ikke rettmessig.

Rettmessighetsgrunner gjør en ellers ulovlig handling lovlig. Dette innebærer at selv om handlingen oppfyller alle straffbarhetsvilkårene vil den likevel anses som lovlig. Unnskyldningsgrunner skiller seg fra rettmessighetsgrunner ved at handlingen ikke blir lovlig. Handlinger som faller inn under en unnskyldningsgrunn er fortsatt ulovlig selv om den ikke straffes.

---

<sup>30</sup> Se pkt. 1.2.

<sup>31</sup> Se pkt. 1.2.

<sup>32</sup> Se Fletcher, s. 759.

Grunnen til at noen rettssystemer skiller mellom disse to kategoriene, er at visse situasjoner gjør en handling mindre straffverdig enn andre. Ved rettmessighetsgrunner ønsker samfunnet at man skal utføre den ellers ulovlige handlingen. Samfunnets anerkjennelse er ikke like stor ved unnskyldningsgrunner. I disse tilfellene er handlingen fortsatt ulovlig. Samtidig er det ønskelig å vise at det kan tas høyde for spesielle situasjoner, slik at handlingen likevel blir straffri.<sup>33</sup>

Ikke alle land skiller mellom rettmessighetsgrunner og unnskyldningsgrunner.<sup>34</sup> De fleste common law land som England og USA skiller ikke, men bruker fellesbetegnelsen “defences”. Civil law land derimot har denne inndelingen. I internasjonal strafferett har man ikke hittil basert seg på et slikt skille.<sup>35</sup>

Det er flere grunner til å foreta et skille. For det første kan man ikke møte en handling som faller inn under en rettmessighetsgrunn med nødverge. Dette skyldes at handlingen er lovlig, og et vilkår for nødverge er at angrepet er ulovlig. En annen følge av dette skillet er at ved unnskyldningsgrunner vil en medhjelper kunne bli ilagt et selvstendig straffansvar selv om en annen gjerningsmann blir straffri. Dette gjelder på den annen side ikke for rettmessighetsgrunner der handlingen er lovlig. Her er det ingen handling å være medhjelper til. I tillegg vil man kunne bli ilagt et erstatningsansvar for en handling som faller inn under en unnskyldningsgrunn.<sup>36</sup>

En annen grunn til å skille mellom rettmessighetsgrunner og unnskyldningsgrunner er at det er lettere å rettferdiggjøre straffrihet for en handling som ikke blir lovlig, men kun straffri. Samfunnet kan ønske å signalisere at handlingen fortsatt er en forbrytelse, samtidig som de ønsker å ta hensyn til situasjonen det skjedde i. Spesielt ved internasjonale forbrytelser kan dette få avgjørende betydning.

### 2.3.2 Skillet mellom nødrett, tvang og nødverge

Nødverge skiller seg fra nødrett og tvang ved at det ikke foreligger en trussel, men et ulovlig angrep. Samtidig ligner nødverge på tvang ved at begge situasjoner er skapt av andre personer. Tvang skiller seg fra nødverge ved at en annen person forsøker å fremtvinge den ulovlige handling. Dette gjelder ikke ved nødverge der det foreligger en av-

---

<sup>33</sup> Se Cassese, s. 220, Fletcher, s. 799.

<sup>34</sup> Se Cassese, s. 217-222.

<sup>35</sup> Se Cassese, s. 222, ICC art. 31.

<sup>36</sup> Se Cassese, s. 221.

vergende handling. Nødrett på den annen side foreligger der gjerningsmannen er truet av en utenforliggende trussel.

Noen rettssystemer skiller ikke mellom disse to tilfellene av trusler, men forener dem under betegnelsen nødrett.<sup>37</sup> Heller ikke internasjonal strafferett har foretatt noe skille. Rettspraksis gir eksempler på begge deler.<sup>38</sup> ICC art.31 (1)d foretar heller ikke noe skille, men har forent begge situasjoner inn under samme bestemmelse og underlagt dem samme vilkår. Dette ser man gjennom at art.31 (1)d bruker ordet “duress” om både trusler “made by other persons” og “constituted by other circumstances.”

Et annet forhold ved å skille mellom trussel fra individer og trussel utenfra er at man karakteriserer de to straffrihetsgrunnene ulikt. Tvang anses som en unnskyldningsgrunn, mens nødrett anses som en rettmessighetsgrunn. Heller ikke dette skiller er foretatt av alle rettssystemer.<sup>39</sup> ICC art.31 (1)d skiller ikke, men bruker betegnelsen “ grounds for excluding criminal responsibility”.

Nødverge er tradisjonelt ansett som en rettmessighetsgrunn i de fleste nasjonale rettssystemer. Det samme gjelder i internasjonal strafferett. I tillegg er nødverge ansett som et alminnelig rettslig prinsipp og følger også av ICC art. 31(1)c.<sup>40</sup>

Det er også av betydning å skille mellom nødrett og tvang siden man har gått lenger i å tillate straffrihet for alvorlige forbrytelser som er foretatt under tvang enn under nødrett. Nødrett har også en mer usikker posisjon som straffrihetsgrunn i nasjonal rett.<sup>41</sup>

En annen sondring må trekkes mellom nødverge på det individuelle plan og selvforsvar i folkeretten.<sup>42</sup> I folkeretten er selvforsvar ment å frita statene for ansvar hvis de handler for å beskytte seg mot et væpnet angrep. Det er derfor viktig å sondre

---

<sup>37</sup> Se blant annet strl. § 47 som gjelder nødstilstand. Andorsen (s. 247-266) sier at tvang vil kunne omfattes av strl. § 47, men at det også kan kunne falle inn under strl. § 48 om nødverge. Spørsmålet som reises er om man i norsk rett vil tillate tvang å falle inn under nødrettsbestemmelsen siden nødrett gjør handlingen rettmessig. Andorsen mener at rettspraksis i norsk rett er uklar på om man anser tvang som en rettmessighetsgrunn eller en unnskyldningsgrunn. Se s. 266.

Tysk rett har også forent tvang og nødrett under samme bestemmelse. Se St. GB § 35(1).

<sup>38</sup> I “British Manual for Military Law” skiller man mellom trussel fra individ, og trussel som ikke kommer fra en person, og kaller det siste nødrett. Se Cassese, s. 234.

<sup>39</sup> Se Fletcher, s. 830.

<sup>40</sup> Se Kordic and Cerkes, ICTY trial chamber judgment, IT-95-14/2-T, § 449.

<sup>41</sup> Se Fletcher, s. 829.

<sup>42</sup> Se Scaliotti, s. 158.

mellom når en stat kan fritas for ansvar og når individet kan bli ansvarsfri. I visse tilfeller kan det tenkes at et angrep på staten også kan gi grunnlag for å si at individet også har blitt angrepet.

## 2.4 Hjemmel for nødrett og nødverge

I det følgende vil jeg gjøre rede for når tortur kan lates straffri i internasjonal strafferett. Jeg vil konsentrere meg om nødrett og nødverge siden det er disse straffrihetsgrunnene som er aktuelle der det foreligger et biologisk angrep. Spørsmålet er i hvilken utstrekning det åpnes for å tillate straffrihet for tortur.

### 2.4.1 Rettsoppgjøret etter Den andre verdenskrig

#### *Nødrett*

Verken vedtektene til Nürnberg-domstolen<sup>43</sup> eller Control Council Law No.10<sup>44</sup> inneholder hjemmel for nødrett. Spørsmålet er om det kan utledes fra rettspraksis at tortur kvalifiserer til straffrihet hvis det er foretatt i nødrett.

Nødrett som straffrihetsgrunn ble reist under en rekke av sakene som kom opp for Nürnberg-domstolen.<sup>45</sup> I disse sakene ble det slått fast at nødrett er en straffrihetsgrunn under visse vilkår. Det første som kreves er at nødssituasjonen er av en slik karakter at gjerningsmannen står overfor en avveining mellom to onder.<sup>46</sup> I tillegg kreves det at trusselen er livstruende. I Einsatzgruppen saken sier domstolen at trusselen må være “(...) imminent, real and inevitable (...)”.<sup>47</sup> Det tredje som kreves er at

---

<sup>43</sup> Charter of the international military tribunal, 1945 (IMT) opprettet gjennom Agreement by the government of the United Kingdom and the 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 republic for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European axis, London, 8 August 1945.

<sup>44</sup> Control Council Law No. 10, Punishment of persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, 20 December 1945, 3 Official Gazette Control Council for Germany 50-55 (1946).

<sup>45</sup> Se Se Trial of Carl Krauch and twenty-two others (I.G. Farben saken), Vol. VIII, TWC Scaliotti s. 148, Cassese s. 243, Se Trial of Frederick Flick and five others (Flick saken) Vol. IX, TWC i Scaliotti s. 14, Cassese s. 243, Ohlendorf and others (Einsatzgruppen), TWC IV, High Command TWC XI, i Cassese s. 243.

<sup>46</sup> Se I.G. Farben saken, i Slidrigt, s. 281-282, Cassese, s. 243.

<sup>47</sup> Se Einsatzgruppen, i Slidrigt, s. 281.

gjerningsmannen ikke selv er skyld i nødssituasjonen.<sup>48</sup> Dette innebærer at rettspraksis fra Nürnberg-domstolen tillater nødrett som en straffrihetsgrunn hvis de tre vilkårene er oppfylt.

Spørsmålet som reises er om nødrett ble godtatt for alle typer forbrytelser. I I.G. Farben-saken ble nødrett godtatt som straffrihetsgrunn på generelt grunnlag. Det sies ikke noe i denne saken om at nødrett ikke er en absolutt straffrihetsgrunn.<sup>49</sup> Krupp-saken er et annet eksempel på at domstolen ikke tar noe prinsipielt standpunkt til dette. Her åpnes det opp for at nødrett er en straffrihetsgrunn for alle typer forbrytelser, selv om vilkårene for straffrihet ikke var oppfylt i dette tilfellet.<sup>50</sup> Slik jeg ser det finnes det ingen avgjørelser som gir uttrykk for at nødrett ikke kan reises for spesielle typer forbrytelser. Dette innebærer at også tortur kan bli straffri hvis det er foretatt i nødrett, så sant de ulike vilkårene er oppfylt.

Et moment som taler mot at tortur, slik som i scenarioet, kan bli straffri ved nødrett, er at mange av sakene som gikk for Nürnberg-domstolen ikke tillot straffrihet for drap foretatt under tvang.<sup>51</sup> Her fastsettes det at tvang ikke kvalifiserer til straffrihet for alvorlige forbrytelser slik som ved drap av sivile. Siden tvang er ansett som en unnskyldningsgrunn, vil det lettere kunne argumenteres for at en handling foretatt under tvang skulle bli straffri, enn ved nødrett, som er ansett som en rettmessighetsgrunn.<sup>52</sup> Tortur er ansett som en av de alvorligste forbrytelser. Dette taler det for at tortur behandles på samme måte som drap. På den annen side finnes det også avgjørelser som tillater straffrihet for drap på sivile foretatt under tvang.<sup>53</sup>

I samme retning taler det at rettspraksis fra Nürnberg-oppgjøret ikke skiller klart mellom hvilke situasjoner som er nødrett og hvilke som er tvang.<sup>54</sup> Sliedrigt mener at i mange av de tilfellene der Nürnberg-domstolen bruker ordet “necessity” er det egentlig

---

<sup>48</sup> Se Alfred Felix Krupp and others (Krupp saken), TWC IX, I.G. Farben saken i Sliedrigt, s. 281-282.

<sup>49</sup> Se I.G. Farben, [http://www.ess.uwe.ac.uk/genocide/cntrl10\\_trials.htm#Farben](http://www.ess.uwe.ac.uk/genocide/cntrl10_trials.htm#Farben)

<sup>50</sup> Se Krupp saken, [http://www.ess.uwe.ac.uk/genocide/cntrl10\\_trials.htm#Farben](http://www.ess.uwe.ac.uk/genocide/cntrl10_trials.htm#Farben)

<sup>51</sup> Se Se Trial of Max Wielen and 17 others (Stalag Luft III saken) Vol. XI TWC, Trial of Valentin Fuerstein and others, Vol. VIII TWC, Trial of Robert Hölzer Walter Weigel and Wilhelm Ossenbach, Vol. XV TWC, behandlet i Scaliotti, s. 149-149, Cassese, s. 246-250.

<sup>52</sup> Se pkt.2.3.1.

<sup>53</sup> Se Trial of Gustav Alfred Jebsen (Jebsen saken) LWC XV, List and others (Hostages saken) TWC XI i Scaliotti, s. 149.

<sup>54</sup> Se Sliedrigt, s. 279,

tvang som avgjøres.<sup>55</sup> Dette innebærer at det er vanskelig å si med sikkerhet om drap på sivile ble tillatt ved tvang eller nødrett. Samtidig blir det også vanskelig å trekke en slutning om at også tortur ville blitt straffri i de samme tilfellene.

Oppsummeringsvis ser det ut til at rettspraksis fra Nürnberg-domstolen ikke gir noe sikkert svar på om nødrett kvalifiserer til straffrihet for tortur. Dette skyldes både at nødrett og tvang ser ut til å flyte over i hverandre, samtidig som tortur faktisk ikke har blitt behandlet i noen av disse sakene. Siden det heller ikke kan utledes noe sikkert svar på om drap kan bli straffri ved nødrett, mener jeg at svaret er åpent.

### *Nødverge*

I rettsoppgjøret etter andre verdenskrig hadde ikke nødverge den samme status som det har under ICC.<sup>56</sup> I de fleste saker som ble reist under Nürnberg-oppjøret ble nødverge behandlet i sammenheng med nødrett.<sup>57</sup> En av sakene som tillot nødverge som en straffrihetsgrunn var Erich Weiss and Wilhelm Mundo.<sup>58</sup> I denne saken ble begge frifunnet for krigsforbrytelser på bakgrunn av at de følte seg truet av offerets oppførsel. Siden tortur er ansett som en krigsforbrytelse kan dette tale for at også tortur kan lates straffri hvis handlingen er foretatt i nødverge.

Et annet eksempel på en sak der nødverge ble godtatt som en straffrihetsgrunn under Nürnberg-oppjøret er Willi Tressmann and others.<sup>59</sup> Her ble nødrett godtatt som straffrihetsgrunn for drap. I dommen sies det:

“The law permits a man to save his own life by dispatching that of another, but it must be in the last resort. He is expected to retreat to the uttermost before turning and killing his assailant (...).”

Siden drap er en av de mest alvorlige forbrytelser taler dette for at man også vil godta nødverge for tortur.

---

<sup>55</sup> Se Slidrigt, s. 279.

<sup>56</sup> Se ICC art. 31, Slidrigt, s. 266, Cassese, s. 223.

<sup>57</sup> Se Alfred Felix Krupp and others TWC IX, Willi Tressmann and others UNWCC, Vol. XV, Yamamoto Chusaburo LRTWC III, Frank C. Schultz CMA LEXIS, Erich Weiss and Wilhelm Mundo LRTWC XIII, i Cassese, s. 223.

<sup>58</sup> Se Weiss and others, i Cassese s. 224.

<sup>59</sup> Se Willi Tressmann and others, UNWCC, Vol. XV, s. 177, i Slidrigt, s. 266.



I Chusaburo<sup>60</sup> godtar retten derimot ikke nødverge som en straffrihetsgrunn for drap på sivile, men i denne saken sto gjerningsmannen ikke overfor et direkte angrep. Dette betyr at retten ikke kategorisk avviste nødverge som en straffrihetsgrunn for drap.

Slik jeg tolker avgjørelsene ser det ut til at man har godtatt nødverge også for drap der de øvrige vilkårene er oppfylt. Det kan anføres at siden tortur ikke kan sies å være en like alvorlig forbrytelse som drap, vil nødverge også kunne godtas for denne forbrytelsen.

På den annen side er nødverge i disse sakene som oftest reist i tilknytning til en påstand om nødrett. Mange av sakene viser også at retten ikke har innvilget straffrihet kun på bakgrunn av nødverge slik at jeg ikke kan si med sikkerhet hva utfallet ville ha blitt hvis kun nødverge hadde blitt reist som en straffrihetsgrunn. I tillegg sier avgjørelsene lite om hva de legger til grunn for at nødverge er en fullstendig straffrihetsgrunn.

#### 2.4.2 ICTY<sup>61</sup> og ICTR<sup>62</sup>

##### *Nødrett*

Heller ikke vedtektene til ICTY eller ICTR inneholdt hjemmel for nødrett. Igjen ble det opp til domstolen å vurdere adgangen til straffrihet for internasjonale forbrytelser.

Den mest sentrale avgjørelsen om straffrihetsgrunner er Erdemovic-saken.<sup>63</sup> Erdemovic hadde deltatt i en systematisk likvidering av muslimske menn. Han drepte selv mellom ti og hundre. Tiltalen omfattet krigsforbrytelser og forbrytelser mot menneskeheten.<sup>64</sup> Han erklærte seg skyldig i anklagene om forbrytelser mot menneskeheten. Under rettssaken fremsatte han tvang som en straffrihetsgrunn, men dette ble kun tatt i betraktning ved straffutmålingen.<sup>65</sup>

Ankesaken som kom opp for retten i 1997, resulterte i dissens 3-2. Flertallet kom til at tvang ikke kunne godtas som straffrihetsgrunn for drap på sivile, mens mindretallet

---

<sup>60</sup> Se Yamamoto Chusaburo, TWC, Vol. III, s. 77-80, i Sliedrigt, s. 266.

<sup>61</sup> Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY).

<sup>62</sup> Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR).

<sup>63</sup> Se Erdemovic, ICTY appeal chamber judgment, IT-96-22-A. Se Swaak-Goldman, s. 282-287, Newman, s. 159-173, Rowe, s. 210-228, Cassese, s. 246-252, Scaliotti, s. 111-172 og Knoops, s. 59-67.

<sup>64</sup> Se Erdemovic, ICTY, sentencing judgement IT-96-22-T.

<sup>65</sup> Se Erdemovic, ICTY, sentencing judgement § 84-91.

mente at tvang som utgangspunkt er en fullstendig straffrihetsgrunn. I tillegg kom flertallet til at tvang kunne tas i betraktning ved straffutmålingen.<sup>66</sup>

Dommen er sentral i vurderingen av om nødrett kan godtas som straffrihetsgrunn for tortur fordi den gir en detaljert begrunnelse av hvorfor retten ikke vil godta dette for drap på sivile. Siden både tortur og drap kan falle inn under kategorien krigsforbrytelser<sup>67</sup> vil dommen ha betydning for vurderingen av nødrett som straffrihetsgrunn for tortur. I tillegg viser den hvilke hensyn retten er villig til å ta i betraktning i avgjørelsen av om straffrihetsgrunner kan godtas for spesielle forbrytelser.<sup>68</sup>

Det sentrale spørsmålet i dommen er om tvang kan godtas som straffrihetsgrunn for drap på sivile. Flertallet avgjør dette spørsmålet på bakgrunn av rettspolitiske hensyn siden de kommer til at de øvrige rettskildene ikke gir noe svar.<sup>69</sup> De sier:

“The reasoning point from these eloquent passages is that law should not be the product or slave of logic or intellectual hair-splitting, but must serve broader normative purposes in light of its social, political and economic role.”<sup>70</sup>

Slik jeg leser denne uttalelsen gir den uttrykk for at flertallet ser på straff som en type verdikommunikasjon.<sup>71</sup> Dette underbygges ved at de i tillegg fremhever at strafferett har en normativ effekt som det er viktig å bevare.<sup>72</sup> Betydningen av dette syn er at flertallet ikke kan rettferdiggjøre en forbrytelse som drap fordi dette innebærer at de samtidig tillater at slike alvorlige forbrytelser finner sted. I tillegg fremhever flertallet strafferettens normative betydning for reglene i humanitærretten. De påpeker at siden disse reglene på mange måter opererer side om side, er det viktig at strafferetten ikke gjør inngrep i minimumsstandardene som humanitærretten setter. I forlengelse av dette legger de vekt på at retten til beskyttelse er størst i de tilfellene der de militære er under størst press. Tillates det straffrihet i disse situasjonene vil beskyttelsen miste sin effekt. Flertallet

---

<sup>66</sup> Se Erdemovic, appeal judgment, § 88-91.

<sup>67</sup> Se ICTY art. 2, art. 3.

<sup>68</sup> For nærmere analyse av Erdemovic saken se blant annet Newman, Swaak-Goldmann, Scaliotti, Cassese, Rowe, Knoops, s. 59-67 og Sliedright.

<sup>69</sup> Se Erdemovic, appeal judgment, § 75. Newman, s. 164, Swaak- Goldman, s. 284-285.

<sup>70</sup> Se Erdemovic, appeal judgement, § 75, § 78.

<sup>71</sup> Se pkt. 2.2.

<sup>72</sup> Se Erdemovic appeal judgment § 75.

trekker også frem hvilken fare det vil ha for samfunnet på sikt å tillate straffrihet for drap.<sup>73</sup> Dette vitner også om at flertallet ser på straffen som verdikommunikasjon.

Et annet argument som flertallet trekker frem til forsvar for sitt standpunkt er allmennpreventive betraktninger.<sup>74</sup> Bakgrunnen for at dette drøftes er spørsmålet om det er rimelig å pålegge en person straff der offeret ville ha omkommet uavhengig av om gjerningsmannen utførte handlingen. Hva hvis gjerningsmannen selv hadde omkommet som følge av dette? Flertallet avviser tvang som straffrihetsgrunn også i disse tilfellene. Dette begrunner de i at utilitaristiske betraktninger ikke kan rettferdiggjøres.<sup>75</sup> Begrunnelsen for dette er at et menneskeliv aldri skal veies opp mot et annet. Det avgjørende for flertallet er derimot at reglene i humanitærretten og i internasjonal straffrett setter klare rammer for hva som er tillatt eller ikke, slik at de som skal følge disse reglene kan vite med sikkerhet at overtredelse innebærer ansvar.<sup>76</sup> Straffens avskrekkende virkning er således det avgjørende.

Selv om flertallet avviser tvang som en straffrihetsgrunn for drap åpner de opp for et system som tar hensyn til at det kan oppstå situasjoner som gjør en handling mindre straffverdig. Gjennom å tillate at domstolen tar tvang i betraktning som en formildende omstendighet forenes hensynet til straffens normative funksjon og den allmennpreventive virkning, samtidig som rettssystemet viser at det tar høyde for ekstraordinære situasjoner.<sup>77</sup>

Mindretallet mener flertallet anvender retten feil når de legger avgjørende vekt på rettspolitiske hensyn.<sup>78</sup> De legger vekt på at en generell regel om tvang kan utledes fra rettspraksis.<sup>79</sup> Samtidig finner de ingen sedvanerettslig regel som sier noe om hvordan spørsmålet stiller seg ved drap på sivile. Det avgjørende for mindretallet blir således om drap foretatt under tvang oppfyller vilkårene for straffrihet. Begrunnelsen for mindretallets standpunkt er utilitaristiske betraktninger i motsetning til flertallets absolutte standpunkt. De legger vekt på at samfunnet ikke kan sette urimelig høye krav til

---

<sup>73</sup> Se Erdemovic, appeal judgment, § 76.

<sup>74</sup> Se Erdemovic, appeal judgment, § 80.

<sup>75</sup> Se Erdemovic, appeal judgment, § 80, § 83.

<sup>76</sup> Se Erdemovic, appeal judgment, § 80, §81.

<sup>77</sup> Se Erdemovic, appeal judgment, § 85.

<sup>78</sup> Se Erdemovic, appeal judgment, § 11.

<sup>79</sup> Se Erdemovic, appeal judgment, § 12.

borgerne.<sup>80</sup> Slik jeg tolker mindretallets begrunnelse mener de at samfunnet ikke er tjent med å straffe de som handler under tvang. Dette er utslag av den utilitaristiske tankegang.<sup>81</sup> I tillegg legger de vekt på at forbrytelsene i disse tilfellene ikke vil være til skade for samfunnet. Offeret ville omkommet uansett. Av denne grunn mener de det vil være urimelig av samfunnet å fordømme en slik handling gjennom å pålegge straff.<sup>82</sup>

Et annet argument mindretallet trekker frem er at kravet til proporsjonalitet vil gjøre det lite sannsynlig at tvang vil bli innvilget som straffrihetsgrunn for drap. Mindretallet mener derfor at det ikke er noen risiko med å tillate straffrihet for drap.<sup>83</sup>

Dommens betydning for spørsmålet om nødrett kan tillates som straffrihetsgrunn for tortur er at den viser hvilke hensyn retten er villig til å ta i vurderingen av straffrihetsgrunner. I tillegg kan den ha betydning for spørsmålet om tortur, siden den dreier seg om tvang, som i mange rettsystem anses som en unnskyldningsgrunn til forskjell fra nødrett som ofte er ansett som en rettmessighetsgrunn.<sup>84</sup> Slik jeg ser det vil det være vanskeligere tillate straffrihet for rettmessighetsgrunner enn for unnskyldningsgrunner for alvorlige forbrytelser.

Tortur er ansett som en av de største trusler i et demokratisk samfunn.<sup>85</sup> I tillegg er individet beskyttet mot tortur både gjennom regler i humanitærretten og under menneskerettighetene. Hvis straff ses på som verdikommunikasjon taler dette for at heller ikke nødrett godtas som en straffrihetsgrunn for tortur. Det kan anføres at samfunnet mest sannsynlig ikke vil stille seg bak en regel som tillater tortur. Dette vil komme i konflikt med andre verdier som samfunnet står for.

Flertallet legger også vekt på allmennpreventive hensyn i sin vurdering av tvang. Hvis man vurderer tortur på samme måte kan det argumenteres for at heller ikke en slik handling vil kunne bli rettmessig. Hvis det åpnes opp for at tortur kan tillates i spesielle situasjoner, sendes det signaler om at handlingen kan gå ustraffet hen. Dette vil både svekke beskyttelsen humanitærretten gir samtidig som det vil bli lettere å ty til tortur som et middel hvis man vet at man kan komme unna straff.

---

<sup>80</sup> Se Erdemovic, appeal judgment, § 47.

<sup>81</sup> Se pkt. 1.2.

<sup>82</sup> Se Erdemovic, appeal judgment, § 48.

<sup>83</sup> Se Erdemovic, appeal judgment, § 43.

<sup>84</sup> Se pkt 2.3.1.

<sup>85</sup> Se mer om dette i pkt.3.

En annen slutning man kan trekke fra dommen er at samfunnet vil velge en løsning der både hensynet til den personlige integritet og hensynet til fleksibilitet vil spille inn. Dette vil også kunne bli løsningen ved tortur slik at nødrett kan tas i betraktning som en formildende omstendighet.

Oppsummeringsvis synes jeg det er vanskelig å si noe sikkert om nødrett ville blitt godtatt som straffrihetsgrunn for tortur under vedtektene til ICTR og ICTY. Dette skyldes både at domstolen ikke har behandlet nødrett for tortur, i tillegg til at Erdemovic-saken gjelder tvang som straffrihetsgrunn for drap under forbrytelser mot menneskeheten. Dommerne dissenterer 3 mot 2, samtidig som mindretallets synspunkt ser ut til å være løsningen som ICC art. 31 (1)d følger.<sup>86</sup>

Skal man derimot kun ta utgangspunkt i flertallets resonnement overført til et tilfelle med tortur, mener jeg at nødrett ikke hadde blitt godtatt men kun blitt tatt i betraktning som en formildende omstendighet.

### *Nødverge*

Vedtektene for ICTR og ICTY inneholder ingen bestemmelse om selvforsvar. I Kordic og Cerkes sto retten overfor spørsmålet om selvforsvar kvalifiserer til straffrihet for “serious violations of international humanitarian law”.<sup>87</sup> Siden retten ikke fant hjemmel for dette i statutten for domstolen søkte de støtte i internasjonal sedvanerett. Retten mente at ICC art. 31(1)c var uttrykk for internasjonal sedvanerett, og fastslo at man kunne bli straffri for en handling foretatt i selvforsvar hvis vilkårene i ICC art. 31(1)c var oppfylt.

I tillegg drøfter de om man kan bli straffri for en handlig foretatt i “military necessity”.<sup>88</sup> Retten kommer frem til at “military necessity” ikke vil føre frem i tilfeller av alvorlige brudd på humanitærretten, selv om bruddet er foretatt som del av en militær operasjon. Resultatet begrunner de i at det er opp til retten i det enkelte tilfelle å vurdere om man kan godta selvforsvar som en straffrihetsgrunn for en slik handlig.

Slik jeg tolker denne dommen sier den at man i prinsippet vil godta selvforsvar som en straffrihetsgrunn, men at det kan finnes forhold som gjør at man ikke vil tillate

---

<sup>86</sup> Se pkt. 2.4.3, for nærmere behandling.

<sup>87</sup> Se Kordic and Cerkes, trial chamber judgment, § 448.

<sup>88</sup> Se Kordic and Cerkes, trial chamber judgment, § 452.

det i det enkelte tilfellet. Det er imidlertid for få holdepunkter for å si noe sikkert om nødverge vil bli godtatt som straffrihetsgrunn for tortur.

### 2.4.3 ICC art. 31<sup>89</sup>

#### *Nødrett*

ICC art. 31(1)d fastsetter vilkårene for straffrihet ved nødrett. Spørsmålet som reises er om alle typer forbrytelser kan bli straffri ved nødrett under denne bestemmelsen, eller om forbrytelser slik som tortur er unntatt.

Hovedregelen i art. 31 er at nødrett er en fullstendig straffrihetsgrunn. Dette følger av ordlyden som fastsetter at forbrytelser som faller inn under domstolens jurisdiksjon skal bli straffri hvis handlingen skyldes “(...) duress resulting from a threat of imminent death or of continuing or imminent serious bodily harm against that person or another person, and the person acts necessarily and reasonably to avoid this threat, provided that the person does not intend to cause a greater harm than the one sought to be avoided”. Trusselen ved nødrett er “constituted by other circumstances beyond that person’s control” jf. art. 31 (1)d (ii).

Det første spørsmålet som reises er om tortur slik som i scenarioet vil oppfylle straffbarhetsvilkårene under denne bestemmelsen. Slik jeg ser det er vilkåret om at det skal foreligge en trussel om “imminent death or of continuing or imminent serious bodily harm” oppfylt i scenarioet. I tillegg kan det forutsettes at A ikke “intend to cause a greater harm than the one sought to be avoided”, siden formålet med handlingen var å redde livet til en rekke personer. Mer usikkert er det om A handlet “necessarily and reasonably”. Hvis A ikke torturerer, risikerer han at han og en rekke sivile omkommer. Samtidig er tortur ansett å være en alvorlig internasjonal forbrytelse. Et annet moment som kan komme inn i vurderingen er at A ikke kan vite med sikkerhet at B sitter inne med den rette informasjon. Hvis B ikke har denne informasjonen, var det absolutt ikke nødvendig å torturere. Det er heller ikke sikkert at det vil komme et biologisk angrep. På den annen side kan man anføre at hvis det faktisk er planlagt et biologisk angrep, og tortur kan hindre dette angrepet, vil det å torturere en person være et mindre onde enn å la en stor del av befolkningen dø. Samtidig vil dette innebære at beskyttelsen av den personlige integritet settes til side der andre interesser trues. Ordlyden i art. 31(1)d gir lite veiledning når det gjelder relevante hensyn i avveiningen.

---

<sup>89</sup> Statuttene for Den Internasjonale Krigsforbryterdomstol, 17. juli 1998 (ICC).

For å kunne besvare dette spørsmålet kan man søke støtte i forarbeidene til ICC art. 31. Spørsmålet om “duress” skulle tillates som straffrihetsgrunn for drap på sivile var et omdiskutert tema under utarbeidelsen av ICC art. 31.<sup>90</sup> Kun under “the Rome Conference” ser det ut til at “duress” ble tillatt som straffrihetsgrunn for drap. Forslagene som kom inn til “the General Assembly” på slutten av 1996 inkluderte ikke straffrihet for handlinger som resulterte i døden.<sup>91</sup> Det samme gjaldt forslagene som ble behandlet under “the Rome Conference”. Disse tillot ikke straffrihet for drap.<sup>92</sup> Dette ble senere modifisert, ved at forslaget om et vilkår om “intention not to cause death” ble fjernet. Konsekvensen av forslaget var at nødrett ble en fullstendig straffrihetsgrunn i tråd med mindretallets votum i Erdemovic-saken.

Det man kan trekke ut av forarbeidene er at selv de mest alvorlige forbrytelser kan bli straffri hvis de er foretatt i nødrett. Siden arbeidet resulterte i at heller ikke drap på sivile ble unntatt fra bestemmelsen, taler dette for at også tortur kan bli straffri forutsatt at vilkårene er oppfylt.

Et moment som taler mot å tillate nødrett som en fullstendig straffrihetsgrunn er at domstolen ifølge art. 21(3) skal tolke og anvende bestemmelsene i samsvar med internasjonale anerkjente menneskerettigheter.<sup>93</sup> Dette lest i sammenheng med art. 31(2) som sier “[t]he court shall determine the applicability of the grounds for excluding criminal responsibility provided for in this Statute to the case before it” tilsier at retten ikke utelukkende skal vurdere vilkårene i art. 31(1)d for å avgjøre om nødrett kan tillates som straffrihetsgrunn. Siden forbudet mot tortur står sterkt i folkeretten,<sup>94</sup> taler dette for at domstolen tar hensyn til dette i vurderingen av om nødrett kan tillates som straffrihetsgrunn.<sup>95</sup> I tillegg åpner art. 31(2) opp for en skjønnsmessig vurdering av om den enkelte forbrytelse kan kvalifisere til straffrihet i den konkrete sak.

Et argument som går igjen i diskusjonen om nødrett skal godtas for alle typer forbrytelser er at samfunnet ikke kan stille seg bak en regel som tillater overgrep på den personlige integritet. Hvis domstolene skal legge vekt på straff som verdikommunikasjon kan det antas at nødrett ikke vil bli tillatt som straffrihetsgrunn for tortur. Et

---

<sup>90</sup> Se Scaliotti, s. 156-157.

<sup>91</sup> Se Scaliotti, s. 151.

<sup>92</sup> Se Scaliotti, s. 153.

<sup>93</sup> Se ICC art. 21(3).

<sup>94</sup> Se blant annet EMK art. 3 jf. art. 15(1), Torturkonvensjonen art. 2, SP art. 7 jf. art. 4(2).

<sup>95</sup> Se Triffterer, s. 552-553.

argument som støtter opp om dette syn er at regel 145(2)a i Rules of Procedures and Evidence gir hjemmel for å ta “duress” i betraktning ved straffutmålingen.<sup>96</sup> Denne bestemmelsen forener hensynet til straff som verdikommunikasjon<sup>97</sup> og hensynet til at samfunnet ikke kan forlange at mennesker handler som helter. En slik tolkning av bestemmelsen vil også være i overensstemmelse med flertallets avgjørelse i Erdemovic-saken.<sup>98</sup> I denne saken sier flertallet at det avgjørende ikke er en avveielse av hvem som er mest beskyttelsesverdig, men at strafferettens normative effekt opprettholdes. Tillegges dette avgjørende vekt vil det bli vanskelig å rettfærdiggjøre tortur.

Hvis man på den annen side rettfærdiggjør tortur på bakgrunn av utilitaristiske betraktninger vil art. 31(1)d gi grunnlag for å tillate straffrihet ved nødrett.<sup>99</sup> En slik avveielse innebærer at hvis A redder andre fra å dø ved å torturere, er dette i samfunnets interesse, slik at det er urimelig å pålegge straff for denne handlingen. Pålegger man straff, sender samtidig samfunnet signaler om at A skulle ha handlet annerledes. Dette kan virke urimelig strengt hvis man antar at alle i samme situasjon hadde handlet på samme måte. ICC art. 31(1)d gir uttrykk for den samme løsningen som mindretallet i Erdemovic-saken kom til. Siden mindretallet baserte sin løsning på utilitaristiske betraktninger kan det tenkes at også domstolen vil tillegge dette betydning i tolkningen av bestemmelsen om nødrett. Slik jeg ser det vil valget mellom en utilitaristisk tankegang og et absolutt prinsipielt standpunkt ha avgjørende betydning for om tortur kan bli straffri.

Oppsummeringsvis ser det ut til at ICC art. 31(1)d som hovedregel gir hjemmel for at nødrett er en absolutt straffrihetsgrunn. På den annen side ser det ut til at det i den enkelte sak kan tas hensyn til at visse forbrytelser ikke kvalifiserer til straffrihet, kun straffnedsettelse. Kravet til proporsjonalitet vil også få avgjørende betydning i avgjørelsen av om handlingen kan bli straffri. Slik jeg ser det er derfor svaret åpent i forhold til om nødrett under ICC vil bli godtatt for tortur.

---

<sup>96</sup> Se Rules of Procedures and Evidence rule 145(2)a, UN.Doc. PCNICC/2000,1.

<sup>97</sup> Se pkt. 2.2.

<sup>98</sup> Se Erdemovic, appeal judgment, IT-96-22-T, pkt. 2.4.2.

<sup>99</sup> Se pkt. 1.2, og pkt. 2.2.



### *Nødverge*

Nødverge er ansett som en etablert straffrihetsgrunn i internasjonal rett.<sup>100</sup> Begrunnelsen for dette er at i visse akutte situasjoner har individet fått fullmakt til å ta loven i egne hender for å beskytte seg selv. Art.31 (1)c åpner for straffrihet ved nødverge uavhengig av handlingens art. Tar man utgangspunkt i ordlyden vil derfor også tortur kunne bli straffri under denne bestemmelsen. Det avgjørende er om tilfellet faller inn under vilkårene som art. 31 (1)c oppstiller.

Det første som kreves er at handlingen er et svar på “imminent and unlawful use of force”. I scenarioet handler A for å beskytte seg og andre mot et biologisk angrep. Det er ingen tvil om at angrepet er ulovlig. Spørsmålet er om angrepet er “imminent”. Sliedrigt anfører at dette kravet er oppfylt hvis det foreligger en direkte trussel om bruk av makt.<sup>101</sup> Slik jeg ser det kreves det at trusselen må være nærstående og sikker. En trussel om et biologisk angrep kan strengt tatt ikke sies å være direkte bruk av makt. På den annen side kan det stilles spørsmål ved om man skal vente til angrepet skjer hvis det er sikkert at det skal komme i løpet av kort tid. Spesielt hvis det er for sent å handle når angrepet inntreffer. Jeg forutsetter at dette vilkåret er oppfylt i scenarioet.

Et annet spørsmål er om bruk av tortur oppfyller kravet til proporsjonalitet.<sup>102</sup> Er det mindre alvorlig å torturere en person enn å la en stor del av en befolkning dø i et biologisk angrep? I et slikt tilfelle kan det argumenteres for at kravet til proporsjonalitet faktisk er oppfylt. Spørsmålet er imidlertid om man kan veie hensynet til den personlige integritet opp mot retten til liv. Hvis man anser disse verdiene som like beskyttelsesverdige, kan det argumenteres for at kravet til proporsjonalitet aldri vil bli oppfylt der forbrytelsen er tortur. Det kan også stilles spørsmål ved om tortur faktisk er nødvendig for å hindre det biologiske angrepet. Kunne det vært anvendt andre midler for å oppnå det samme? I tillegg kan man aldri være sikker på om tortur faktisk virker. Mange terrorister er villig til å dø for en sak. Er det sannsynlig at de vil gi etter for tortur? Og hva om det er feil person som er tatt til fange. Kravet til proporsjonalitet vil kunne bli avgjørende for om nødverge tillates som straffrihetsgrunn for tortur.

---

<sup>100</sup> Se Scaliotti, s. 161. Kordic and Cerkez, trial chamber judgment, § 449.

<sup>101</sup> Se Sliedrigt, s. 263, Triffterer, s. 548-549.

<sup>102</sup> Se Triffterer, s. 549-550, Sliedrigt, s. 261-262.

Det kan også stilles spørsmål ved om det er “reasonable” å bruke tortur for å beskytte seg mot et biologisk angrep, eller om A kunne ha handlet annerledes i denne situasjonen.<sup>103</sup> Ifølge Sliedrigt er det avgjørende om en gjennomsnitt person ville ha gjort det samme i en lik situasjon. Hvis man sto overfor valget mellom å omkomme i et biologisk angrep, eller torturere en person kan man anta at de fleste ville ha valgt det siste. Det kan derfor antas vilkåret er oppfylt.

Spørsmålet er om det finnes andre tolkningsfaktorer som taler for å innskrenke anvendelsesområdet til art.31 (1)c. Et moment som kan tale mot at nødverge er en fullstendig straffrihetsgrunn er hensynet til konsekvens i regelverket. Siden tortur er ansett som absolutt forbudt under menneskerettighetene taler det for å tolke nødvergebestemmelsen i overensstemmelse med disse reglene. I tillegg er tortur absolutt forbudt i humanitærretten slik at unntak fra disse reglene vil innebære at hensynet til militær nødvendighet settes over hensynet til humanitet. Det har også blitt anført at reglene i humanitærretten har karakter av jus cogens slik at straffrihet for forbrytelser som faller inn under disse reglene er ugyldig.<sup>104</sup>

Sliedrigt ser dette på en annen måte.<sup>105</sup> Han mener at selv om man tillater nødrett som en fullstendig straffrihetsgrunn i internasjonal strafferett kommer ikke dette i konflikt med reglene i humanitærretten, siden den samme personen ikke handler i samme posisjon under de to regelsettene. Selv om A i kraft av individuelt ansvar kan reise nødverge som straffrihetsgrunn for tortur, innebærer ikke dette at han i kraft av sin offisielle stilling ikke står ansvarlig under humanitærretten. Ser man de to regelsett på denne måten oppstår det ingen konflikt mellom hensynet til humanitet og militær nødvendighet. Slik jeg ser der kan man ikke se disse to regelsett separat. ICC art. 8 henviser til Genèvekonvensjonene i sin angivelse av krigsforbrytelser. Gjennom dette blir reglene en del av internasjonal strafferett slik at de hensyn disse reglene bygger på også må tas i betraktning i internasjonal strafferett.

Et moment som taler for at nødverge kan reises som straffrihetsgrunn for alle typer forbrytelser er at det ser ut til at dette tradisjonelt har vært tillatt i internasjonal

---

<sup>103</sup> Se Sliedrigt, s. 261.

<sup>104</sup> Se Scaliotti, s. 170.

<sup>105</sup> Se Sliedrigt, s. 255-256.

strafferett. Verken rettspraksis fra Nürnberg-oppgjøret eller fra ICTY eller ICTR ser ut til å gradere når nødverge skal tillates.<sup>106</sup>

Sliedrigt anfører også at retten til å reise nødverge som straffrihetsgrunn til enhver forbrytelse er en fundamental rettighet.<sup>107</sup> Dette kan ses på som et utslag av tanken om at man ikke kan forlange det umulige av en gjennomsnittlig person. Et system som absolutt avviser nødverge som en straffrihetsgrunn vil derfor kunne bli urimelig strengt. Bygger man tolkningen på dette syn vil tortur også kunne bli straffri.

Det siste som kan få betydning for om nødverge godtas som straffrihetsgrunn for tortur er rekkevidden av art. 31(2). Betydningen av denne bestemmelsen for nødrett vil også komme i betraktning ved nødverge.<sup>108</sup>

Slik jeg ser det er hovedregelen etter art. 31(1)c at nødverge er en absolutt straffrihetsgrunn. Dette innebærer at tortur også kan bli straffri under denne bestemmelsen så sant vilkårene er oppfylt. Avgjørende blir dermed om tortur vil oppfylle kravet til proporsjonalitet.

#### *Andre straffrihetsgrunner*

ICC art. 31(3) åpner for at også andre straffrihetsgrunner enn de som nevnes i art. 31(1) kan bli reist i en straffesak. Dette er straffrihetsgrunner som kan utledes av andre kilder fastsatt i art. 21(1). Det er de tradisjonelle folkerettslige straffrihetsgrunnene det her er snakk om. I utgangspunktet er dette fysisk bruk av militære maktmidler.

I humanitærretten settes det skranker for hvilke typer maktmidler man kan bruke i krig. Spørsmålet er om man kan gjøre unntak fra disse reglene også når individet er involvert. Igjen vil man kunne bruke de samme argumentene som når det reises en påstand om militær nødvendighet er en straffrihetsgrunn for tortur. Reglene er ment å balansere hensynet til humanitet opp mot politiske, militære og nasjonale interesser. Hvis man tillater represalier og militær nødvendighet vil man komme i strid med fundamentale menneskerettigheter. I tillegg har man allerede foretatt en vurdering av i hvilke tilfeller man kan ta i bruk militære maktmidler, slik at en videre utvidelse av anvendelsesområdet vil gå under de standardene som allerede er satt.

---

<sup>106</sup> Se tidligere drøftelse.

<sup>107</sup> Se Sliedrigt, s. 256.

<sup>108</sup> Se drøftelse om nødrett under ICC art. 31(1)d.

Et annet argument mot å tillate represalier som straffrihetsgrunn for tortur er en avgjørelse fra ICTY. I Kupreskic-saken sier retten:

“While reprisals could have had a modicum of justification in the past, when they constituted practically the only effective means of compelling the enemy to abandon unlawful acts of warfare and to comply in future with international law, at present they can no longer be justified in this manner.”<sup>109</sup>

Her sier retten at represalier ikke lenger kan godtas som straffrihetsgrunn. Sliedrigt stiller imidlertid spørsmål ved om man kan være så kategorisk i dette spørsmålet når humanitærretten egentlig har som siktemål å sette regler for staters ansvar.<sup>110</sup> Siden tortur både er en internasjonal forbrytelse samtidig som det er regulert under humanitærretten kan det tenkes at det må trekkes et skille mellom om forbrytelsen er begått i tjeneste eller ikke. Hvis det første er tilfellet kan det være mulig at de tradisjonelle reglene om represalier fortsatt kan anvendes.<sup>111</sup>

Et annet spørsmål som reises er om art. 31(1)c åpner for at man kan påberope seg “military necessity”. Kan man innfortolke dette i “property which is essential for accomplishing a military mission”? Hvis man åpner for å tillate straffrihet for “military necessity” vil man komme i strid med reglene i humanitærretten. Disse reglene inneholder bestemmelser som regulerer hva som er tillatt i krig. Formålsbetraktninger og hensynet til konsekvens i regelverket taler for at alvorlige forbrytelser som allerede er regulert i humanitærretten ikke kan settes til side gjennom regler om straffrihet.

Samtidig kan det argumenteres for at dette ikke kan være det avgjørende siden humanitærretten er beregnet på å regulere statenes plikter overfor hverandre, og ikke det individuelle ansvar i internasjonal strafferett. Jeg mener at dette argumentet ikke kan føre frem siden hensynet til beskyttelse av individet og menneskeverdet også står sterkt i internasjonal strafferett.

Oppsummert viser drøftelsen av verken represalier eller “military necessity” ser ut til å bli godtatt som straffrihetsgrunner i folkeretten.

---

<sup>109</sup> Se Kupreskic, ICTY trial chamber judgment, IT-95-16-T, § 530.

<sup>110</sup> Se Sliedrigt, s. 293-294.

<sup>111</sup> Se Sliedrigt, s. 293-294.

## 2.5 Konklusjon

Etter å ha vurdert hvordan straffrihetsgrunner er regulert i ulike kilder i internasjonal strafferett finner jeg det vanskelig å si med sikkerhet om nødrett og nødverge vil bli godtatt som straffrihetsgrunn for tortur. Det er både vanskelig å utlede en generell regel fra rettspraksis, i tillegg til at tortur ikke har blitt behandlet konkret i noen av disse sakene. Selv om ICC art. 31 åpner for at nødrett og nødverge er fullstendige straffrihetsgrunner, er det vanskelig å si med sikkerhet hva som vil skje i den enkelte sak. I den videre drøftelse vil jeg derfor forutsette at nødrett og nødverge godtas som straffrihetsgrunner for tortur.

## 3 Statsansvar

### 3.1 Innledning

I forrige kapittel kom jeg frem til at individet kan bli straffri for tortur hvis handlingen er foretatt i nødrett eller nødverge. Spørsmålet som reises er om det er et absolutt forbud mot tortur i humanitærretten eller under menneskerettighetene. Grunnen til at jeg drøfter dette er at hvis det foreligger et slikt absolutt forbud kan det oppstå en rettskonflikt.<sup>112</sup> Hvis A som er offiser i land X, har fått i oppdrag av landet å torturere B, vil A kunne bli straffri for handlingen, samtidig som land X, på det folkerettslige plan, er ansvarlig overfor B for den samme handling.

Både menneskerettighetene og humanitærretten er del av folkeretten. Samtidig skiller de seg fra hverandre ved at menneskerettighetene gir borgerne rettigheter vis-à-vis staten og setter begrensninger for statens myndighetshandlinger, mens reglene i humanitærretten har som formål å regulere krigshandlinger.<sup>113</sup> På den annen side bygger også humanitærretten på menneskerettslige betraktninger. Begrunnelsen for disse reglene er tanken om at krig er uunngåelig slik at reglene skal hindre mest mulig lidelse. Ruud/Ulfstein sier at “man står i begge regelsett overfor et stort dilemma, nemlig å finne balansegangen mellom humanitære betraktninger, og det man kan kalle hensynet

---

<sup>112</sup>Se Gaeta, s. 785-794, Morgan, s. 181-194, Dershowitz, s. 132-163, Provost, s. 195-201.

<sup>113</sup> Se Ruud/ Ulfstein, s. 244-245, Imseis, s. 74-75.

til “militær nødvendighet”.<sup>114</sup> Dette innebærer at også reglene i humanitærretten kan komme i konflikt med menneskerettighetene.

I den videre fremstilling vil jeg ta for meg de mest sentrale kildene innenfor humanitærretten og menneskerettighetene og vurdere om de åpner for unntak fra forbudet mot tortur. Siden tortur er regulert i en rekke regionale og internasjonale avtaler vil en inngående drøftelse av alle de forskjellige kildene bli for omfattende. Jeg vil konsentrere meg om FNs torturkonvensjon,<sup>115</sup> FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter,<sup>116</sup> den europeiske menneskerettighetskonvensjon<sup>117</sup> og de fire Genèvekonvensjonene med tilleggsprotokoller<sup>118</sup>. Til slutt i dette kapittelet vil jeg diskutere nærmere om tortur har status som jus cogens.

## 3.2 Hjemmel for å fravike forbudet mot tortur

### 3.2.1 Torturkonvensjonen art. 2

FNs torturkonvensjon<sup>119</sup> art. 2 (1) sier som følger:

“Each state party shall take effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent acts of torture in any territory under its jurisdiction.”

Spørsmålet er om det kan gjøres unntak fra dette forbudet. Torturkonvensjonen pålegger statene å gjennomføre forpliktelsene i nasjonal lovgivning, samtidig som den fastsetter at statene er forpliktet til å kriminalisere og påtale tortur. I tillegg angir torturkonvensjonen en definisjon av tortur. Jeg vil ikke gå nærmere inn på definisjonen av tortur i det følgende.

I art.2 (2) fastsettes det:

---

<sup>114</sup> Se Ruud/ Ulfstein, s. 246.

<sup>115</sup> Se Konvensjonen om bekjempelse av tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff, 10.desember 1984 (Torturkonvensjonen).

<sup>116</sup> Se Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (FN), 16.desember 1966 (SP).

<sup>117</sup> Se Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, 4. november 1950 (EMK).

<sup>118</sup> Genèvekonvensjonene om krigens folkerett, 1949.

<sup>119</sup> Se Konvensjonen om bekjempelse av tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff, 10.desember 1984 (Torturkonvensjonen).

“No exceptional circumstance whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification of torture.”

Tar man utgangspunkt i ordlyden i art. 2(2) sies det at tortur aldri vil kunne bli rettmessig. I tillegg nevnes det noen typer situasjoner som man ikke kan hevde som grunnlag for rettmessighet. Spørsmålet er om dette er en uttømmende liste eller om det kun angir eksempler på situasjoner som kan bli reist som straffrihetsgrunner for tortur.

Et moment som taler for at man har ment at tortur aldri vil kunne bli straffritt er bruken av ordet “whatsoever”. Dette ordet henviser til “no exceptional circumstances” og det kan tyde på at disse ordene sett i sammenheng viser at tortur aldri er rettmessig. I tillegg må man ta hensyn til at tortur i de fleste tilfeller skjer i slike ekstreme situasjoner.<sup>120</sup> Hvis man åpnet for å tillate straffrihet for tortur i ekstreme situasjoner ville forbudet mot tortur kunne miste sin effekt.<sup>121</sup>

“The Commission on Human Rights” var det organet som fikk i oppgave å utarbeide torturkonvensjonen i 1978.<sup>122</sup> Uttalelser fra dette organet kan derfor komme inn som tolkningsfaktorer. I en rapport fra “the Special Rapporteur”<sup>123</sup> sies det:

“3. The struggle against torture has become one of the leading themes within the international community. Torture is now absolutely and without any reservation prohibited under international law whether in time of peace or of war. In all human rights instrument the prohibition belongs to the group of rights from which no derogation can be made. (...) There was no disagreement whatsoever on the fact that that torture is absolutely forbidden.”

Formålsbetraktninger taler også for at man har ment at bestemmelsen skal være uttømmende. Hensikten med torturkonvensjonen var å effektivisere bekjempelsen av tortur i verden. Dette følger av fortalens § 6. I tillegg henvises det i fortalen til andre

---

<sup>120</sup> Tortur er som oftest et resultat av at en stat er i krig eller det foreligger en intern konflikt som setter staten under press. Eksempel på dette finner man i Irland der tortur har forekommet en rekke ganger de siste årene, i Israel på bakgrunn av stridighetene mellom palestinere og israelere og i land som ellers er rammet av ekstreme konflikter. Se også E/CN.4/1986/15, para. 9-13.

<sup>121</sup> Se Boulesbaa, s. 78- 79.

<sup>122</sup> Se Rodley, s. 48.

<sup>123</sup> Se E/CN.4/1986/15.

internasjonale instrumenter som forbyr tortur, noe som viser at man skal tolke art. 2 i lys av disse bestemmelsene.<sup>124</sup>

Hensynet til effektivitet vil også komme inn i vurderingen. Hvis bestemmelsen ikke er uttømmende åpnes det opp for at statene selv kan vurdere i hvilke tilfeller torturforbudet kan fravikes. Dette igjen medfører at forbudet mister sin verdi ved at stater kan vurdere selv i hvilke tilfeller de anser tortur som rettmessig.

Et annet moment som taler for at forbudet i art. 2 ikke kan fravikes er uttalelser fra torturkomiteen.<sup>125</sup> I en rapport fra torturkomiteen<sup>126</sup> der de vurderer Tyrkias tortur praksis sier de:

“40. The Committee deplors and condemns any act of violence perpetrated by armed groups, regardless of their origin, particularly if they terrorize the population or try to destabilize the democratic institutions.

41. The Committee wishes to point out, however, that under article 2, paragraph 2, of the Convention, no exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency may be invoked as a justification of torture.”

En annen tolkningsfaktor som taler for at tortur er absolutt forbudt, og at man ikke er villig til å ta hensyn til utilitaristiske synspunkter er uttalelser fra torturkomiteen angående “the General Security Services” (GSS) bruk av tortur i Israel. Landau-kommisjonen i Israel hadde vurdert GSSs bruk av tortur som middel ved avhør av palestinere. I sin rapport kom de frem til at bruk av “moderate physical pressure” er tillatt i bekjempelsen av terrorisme. De begrunnet dette med at i visse situasjoner ville tortur være rettmessig fordi dette var det minste av to onder.

I en rapport fra 1997 sier torturkomiteen at:

“The Committee acknowledges the terrible dilemma that Israel confronts in dealing with terrorist threats to its security, but as a State Party to the Convention Israel is precluded from raising (...) exceptional circumstances as a justification for acts prohibited by Article 1 of the Convention. This is plainly expressed in Article 2 of the Convention.”

---

<sup>124</sup>Se E/CN.4/1988/17.

<sup>125</sup> Torturkomiteen er et organ som er opprettet med hjemmel i torturkonvensjonen art. 17. Rådgivende uttalelser fra dette organet vil derfor kunne komme inn som en tolkningsfaktor.

<sup>126</sup> Se A/48/44/Add.1.



Her ser man at torturkomiteen argumenterer for at forbudet er absolutt, og at selv i et valg mellom to onder ikke kan rettferdiggjøre tortur.<sup>127</sup>

Etter å ha vurdert de ulike tolkningsfaktorene ser det ut til at forbudet mot tortur er ufravikelig. De ulike faktorene er samstemte i sitt syn på forbudets ufravikelige karakter, noe som også understøttes av hvordan man har vurdert dette under SP og EMK.<sup>128</sup>

### 3.2.2 SP art. 7 jf. art. 4(2)<sup>129</sup>

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter setter også et forbud mot tortur. SP art. 7 sier som følger:

“No one shall be subject to torture or to cruel, inhumane or degrading treatment or punishment.”

Heller ikke her er det adgang til å gjøre unntak fra forbudet.<sup>130</sup> Art. 4(2) sier:

“No derogation from Articles 7 may be made under this provision (...) in time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed (...).”

Tar man utgangspunkt i ordlyden i art. 7, jf. art. 4(2) fastsetter det et absolutt forbud mot tortur. Et moment som støtter opp om at forbudet er absolutt er at de som utarbeidet art. 4(2) var enige om at i visse tilfeller kan det være vanskelig for en stat å overholde alle plikter som konvensjonen pålegger den. Samtidig var de enige om at noen rettigheter er så fundamentale at de aldri kan gjøres unntak fra. Tortur var blant disse rettighetene.<sup>131</sup>

Også uttalelser fra The UN Human Rights Committee<sup>132</sup> støtter opp om at SP art. 7 fastsetter et absolutt forbud. I General Comment No. 20<sup>133</sup> fastsettes det:

---

<sup>127</sup> I 1999 vedtok også “the Supreme Court of Israel” at tortur ikke er tillatt selv i de tilfellene der man kan redde uskyldige liv ved torturere. Se også Commission on Human Rights Resolution: 2004/41.

<sup>128</sup> Tortur under SP drøftes nærmere i pkt. 3.2.2, EMK under pkt. 3.2.3.

<sup>129</sup> Se Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter(FN), 16. desember 1966 (SP).

<sup>130</sup> Sml. pkt. 3.2.1.

<sup>131</sup> Se Position paper s. 26.

<sup>132</sup> Dette er et organ som består av representanter fra medlemslandene. (Se SP kap. IV) Komiteen skal tilse at medlemslandene gjennomfører forpliktelsene de har under SP. Dette skjer ved at Komiteen inn-

“The text of article 7 allows of no limitation. The Committee also reaffirms that, even in situations of public emergency such as those referred to in article 4 of the Covenant, no derogation from the provision of article 7 is allowed and its provisions must remain in force. The Committee likewise observes that no justification or extenuating circumstances may be invoked to excuse violation of article 7 for any reason, including those based on an order from superior officer or public authority.”

I tillegg sier Komiteen i General Comments No. 29<sup>134</sup> at:

”Article 4, paragraph 2, of the Covenant explicitly prescribes that no derogation from the following articles may be made: (...) article 7 (prohibition of torture or cruel, inhuman or degrading punishment, or of medical or scientific experimentation without consent) (...). The rights enshrined in these provisions are non-derogable by the very fact that they are listed in article 4, paragraph 2 (...).”

Begge uttalelsene erstatter tidligere “General Comments” fra Komiteen noe som taler for uttalelsene er uttrykk for et anerkjent syn på forbudet mot tortur i SP.<sup>135</sup>

En annen rettskildefaktor som støtter synet om at tortur er absolutt forbudt under SP art. 7, jf. art. 4(2) er rettspraksis. I Furundzija-saken<sup>136</sup> som var oppe for ICTY, behandlet retten spørsmålet om torturforbudet under menneskerettighetene.<sup>137</sup> Retten sier:

“It should be noted that the prohibition of torture laid down in human rights treaties enshrines an absolute right, which can never be derogated from, not even in time of public emergency (on this ground the prohibition also applies to

---

henter rapporter fra medlemslandene og gir uttalelser til disse. I tillegg publiserer Komiteen “General Comments” som kan være til støtte ved tolkningen av bestemmelser i konvensjonen. Se mer om dette på: <http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/index.htm>. Than/Short gjør også rede for hvordan Komiteen ble opprettet og dens virkeområde. Se s. 214-220.

<sup>133</sup> Se CCPR/C/21/Rev.1/Add.11.

<sup>134</sup> Se CCPR/C/21/Rev.1/Add.11

<sup>135</sup> Se CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, General Comments No. 7 og No. 5.

<sup>136</sup> Se Furundzija, ICTY trial judgment, IT-95-17/1.

<sup>137</sup> Siden SP er del av menneskerettighetssystemet anser jeg denne uttalelsen relevant i tolkningen av SP art. 7, jf. art. 4(2) siden retten kommer med en generell uttalelse om torturforbudet under menneskerettighetsvernet. Se også Celebici, ICTY trial judgment, IT-96-21.T, § 454, Al-Adsani, EMD 3576/97, §25-33.

situations of armed conflicts). This is linked to the fact, discussed below, that the prohibition on torture is a peremptory norm or jus cogens (...).”<sup>138</sup>

I forlengelse av dette:

“Clearly, the jus cogens nature of the prohibition against torture articulates the notion that the prohibition has become one of the most fundamental standards of the international community. Furthermore, this prohibition is designed to produce a deterrent effect, in that it signals to all members of the international community and the individual over whom they wield authority that the prohibition of torture is an absolute value from which nobody must deviate.”<sup>139</sup>

Uttalelsene viser at forbudet mot tortur er ansett som en av de mest fundamentale verdier i samfunnet. Unntak fra dette forbudet i SP art. 7, jf. art. 4(2) vil være i strid med dette synspunktet. Retten trekker også frem signaleffekten av et klart forbud. Dersom man åpner for en utvidende tolkning av art. 4(2) vil det sendes signaler om at tortur i visse tilfeller er rettmessig.

Oppsummerer man ordlyd, forarbeider, etterarbeider og rettspraksis er det lite tvil om at SP art. 7, jf. art. 4(2) setter et absolutt forbud mot tortur.

### 3.2.3 EMK art. 3, jf. art. 15(1)<sup>140</sup>

Forbudet mot tortur i EMK ligner svært mye på forbudet i SP.<sup>141</sup> EMK art. 3 lyder:

“No one shall be subject to torture or to cruel, inhumane or degrading treatment or punishment.”

Spørsmålet er om EMK åpner for at det kan gjøres unntak fra forbudet. I art. 15(2) fastsettes det at “no derogation from (...) Article 3 (...) shall be made under this provision”. Dette gjelder også “(...) in time of war or other public emergency threatening the life of the nation (...)”. Tar man utgangspunkt i ordlyden i art. 15(1), jf. art. 3 er forbudet absolutt. Faller handlingen objektivt sett inn under anvendelsesområdet til art. 3, har staten brutt forbudet mot tortur.

---

<sup>138</sup> Se Furundzija, trial judgment, § 144.

<sup>139</sup> Se Furundzija, trial judgment, § 154.

<sup>140</sup> Se Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, 4. november 1950 (EMK).

<sup>141</sup> Se pkt. 3.2.2.

Et moment som taler for at det ikke kan gjøres unntak fra forbudet i EMK er formålet med konvensjonen. EMK er en menneskerettighetskonvensjon.<sup>142</sup> Den har blant annet som formål å fastsette borgernes mest fundamentale rettigheter. I art. 3 fastsettes det at tortur er forbudt. Gjennom å inkludere art. 3 blant de mest fundamentale rettighetene under menneskerettighetsvernet sendes det et signal om forbudet mot tortur har høy prioritet. Dette sett i sammenheng med at tortur er forbudt også under krig og i andre offentlige nødssituasjoner taler for at forbudet mot tortur i EMK er absolutt.

Rettspraksis fra EMD støtter også opp om at forbudet mot tortur er absolutt.<sup>143</sup> I *Ireland v. UK*<sup>144</sup> sier retten at:

“Article 3 (art.3) makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 (art. 15) in time of war or other national emergency. This absolute prohibition of torture and of inhumane or degrading treatment or punishment under the term of the Convention shows that Article 3 (art.3) enshrines one of the fundamental values of the democratic societies making up the Council of Europe. It also is to be found in similar terms in other international instrument such as the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights and the 1969 American Convention on Human Rights and is generally recognised as an internationally accepted standard.”<sup>145</sup>

I *Soering v. UK*<sup>146</sup> sier retten:

“The Convention prohibits in absolute terms torture and inhumane or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim’s conduct. Unlike most of the substantive clauses of the Convention and of Protocols Nos. 1 and 4 (P1, P4), Article 3 (art.3) makes no provision for exceptions and, under Article 15 para. 2 (art.15-2), there can be no derogation therefrom even in the event of a public emergency threatening the life of the nation.”

Begge sakene viser at forbudet mot tortur i EMK art. 3 er absolutt, og at det ikke er tillatt å fravike dette forbudet. En rekke andre saker som har kommet opp for EMD

---

<sup>142</sup> Se Lorentzen/Rehof/Trier, s. 80.

<sup>143</sup> Det absolutte forbud er drøftet i blant annet Position paper, s. 30, Addo/Grief, s. 510-524, Rodley, s. 78-84 og Kirk McDonald/Swaak-Goldman, s. 202.

<sup>144</sup> Se *Ireland v. UK*, EMD (A/25) (1979-80) 2.E.H.R.R. 25.

<sup>145</sup> Se *Ireland v. UK*, EMD § 80.

<sup>146</sup> Se *Soering v. UK*, EMD (A/161) (1989) 11 E.H.R.R. 439, § 163.

gir uttrykk for det samme standpunktet.<sup>147</sup> De viser også at selv om en stat befinner seg i en akutt situasjon, vil hensynet til menneskerettighetene bli tatt hensyn til.

En annen rettskildefaktor som kan komme inn i vurderingen av om man i EMK har et absolutt forbud mot tortur er uttalelser i rapporter fra “The Committee for the Prevention of Torture”.<sup>148</sup> I forordet til CPT: 14th General Report fastslås det flere ganger at forbudet mot tortur er absolutt.<sup>149</sup> Det fastsettes at i kampen mot terror må man ikke utfordre “the absolute nature of the prohibition of torture”. I tillegg sier de:

“(...) the fights against terror must never be allowed to degenerate into acts of torture or inhumane or degrading treatment. Such an abandonment of universally recognized basic values could undermine the foundations of democratic societies committed to the rule of law”.

De påpeker også at selv i kampen mot terror er man forpliktet til å verne om menneskerettighetene. En stat som befinner seg under trussel om et biologisk angrep er også i slike tilfeller forpliktet til å beskytte individet mot tortur. Dette til tross for at det kan medføre en fare for rikets sikkerhet.

Spørsmålet om forbudet er absolutt eller om tortur kan være rettmessig har blitt reist til tross for at både ordlyd, rettpraksis, forarbeider og reelle hensyn ser ut til å fastsette at forbudet er absolutt. I *Ireland v. UK* ble det drøftet om man til tross for at tortur er absolutt forbudt kan åpne for at tortur er rettmessig. Grunnen til at dette ble drøftet var at i *Hellas-saken* inntok Kommisjonen “justifiability” i definisjonen av tortur.<sup>150</sup> Dette var kontroversielt siden det ville bli uforenlig med at forbudet mot tortur var ansett som absolutt. Kommisjonen benyttet derfor anledningen til å drøfte dette i *Ireland v. UK*.<sup>151</sup> De fastsetter at tortur aldri vil kunne bli rettmessig, og at det aldri vil kunne

---

<sup>147</sup> Se *Chahal v. UK*, EMD (22414/93) 23E.H.R.R. 413 § 79-80, *Al Adsani v UK*, EMD (35763/97), *Aksoy v. Turkey*, EMD23 E.H.R.R. 5 § 62.

<sup>148</sup> “The committee for the Prevention of Torture” har til oppgave å påse at statene overholder forbudet mot tortur overfor personer som sitter i fengsel. Komiteen er opprettet med hjemmel i Den europeiske torturkonvensjon art. 1. Det er europarådets ministerkomitee som har opprettet dette organet. Det samme organ utarbeidet EMK art. 3. Uttalelser fra denne Komiteen blir derfor tillagt vekt som et etterarbeid ved tolkningen av EMK. Les mer om dette i *Than/Shorts*, s. 208-211, eller på <http://www.cpt.coe.int/en/about.htm>.

<sup>149</sup> Se 14<sup>th</sup> General report on the CPT’s activities, CPT/Inf (2004) 28, s. 7.

<sup>150</sup> Se *Rodley*, s. 78-79, *Lorentzen/ Rehof/ Trier*, s. 81, *Barrett*, s. 2-4, *Jacobs/White*, 50-51.

<sup>151</sup> Se *Rodley*, s. 79.

være situasjoner som rettferdiggjør tortur. Dette begrunner de i at tortur også er absolutt forbudt i humanitærretten.<sup>152</sup>

Et annet moment som støtter synet om at det ikke kan gjøres unntak fra forbudet, er at ingen av de europeiske statene som har blitt anklaget for brudd på torturforbudet har rettferdiggjort handlingene ved å vise til at statens interesser trues som følge av en nasjonal krisesituasjon eller krigshandlinger.<sup>153</sup> I de fleste sakene som har kommet opp for EMD er det andre spørsmål ved selve torturforbudet som har blitt drøftet. Forbudet mot å derogere har i alle saker blitt fastsatt som uomtvistelig.<sup>154</sup> Dette taler for at man ikke kan utvide unntakshjemmelen i art. 15(1) til å gjelde for tortur.

Oppsummeringsvis viser praksis fra EMD sammen med ordlyd og for- og etterarbeider at forbudet mot tortur også under EMK art. 3, jf. art. 15(1) er ufravikelig.

### 3.2.4 Humanitærrett

De sentrale bestemmelsene om forbud mot tortur i humanitærretten finnes i de fire Genèvekonvensjonene av 12. august 1949 sammen med de to tilleggsprotokollene.<sup>155</sup> Siktemålet med reglene er beskyttelse av krigens ofre. Dette er personer som ikke selv er aktiv part av krigen. I tillegg gjelder reglene som utgangspunkt i internasjonale væpnede konflikter. Unntak fra dette er felles art. 3 og tilleggsprotokoll 2 som også gjelder ved nasjonale konflikter. Disse reglene avgrenses mot Haag-reglene som regulerer selve krigføringen. Disse skal ikke behandles i dette kapittelet.<sup>156</sup>

---

<sup>152</sup> Se Rodley, s. 79.

<sup>153</sup> Se Position paper, s. 31.

<sup>154</sup> Se *Aksoy v. Turkey*, § 62-63. Problemstillingen i denne saken var om det faktisk hadde funnet sted "ill-treatment" I *Soering v. UK*, § 88-92 var spørsmålet om utlevering av Soering til USA der han kunne risikere å bli satt på dødscele var å anse som behandling som faller inn under art. 3. En annen sak som også angir at forbudet mot tortur er ufravikelig er *Chahal v. UK*, § 79-82. Heller ikke i denne saken er det springende punkt om det kan gjøres unntak fra forbudet på bakgrunn av at statens interesser står på spill. Det retten måtte avgjøre i denne saken var om art. 3 også gjaldt i utvisningssaker.

<sup>155</sup> Se Genèvekonvensjonene av 12. august 1949; I: om forbedring av syke og såredes kår i de væpnede styrker i felten, II: om forbedring av såredes, sykes og skipbrudnes kår i de væpnede styrker til sjøs, III: om behandling av krigsfanger, IV: om beskyttelse av sivile i krigstid. De to tilleggsprotokoller av 10. juni 1977.

<sup>156</sup> Haag-reglene om Genève-reglene hadde før veldig ulikt anvendelsesområde. Haag-reglene har som utgangspunkt til formål å regulere selve kamphandlingene. På samme tid har de begge til formål å redusere følgene av krig.

Tortur er regulert i alle de fire Genèvekonvensjonene og i de to tilleggsprotokollene.<sup>157</sup> Spørsmålet som reises er om dette forbudet er absolutt, eller om det kan gjøres unntak uten at staten blir ansvarlig på det folkerettslige plan. I forlengelse av dette vil jeg drøfte om represalier og selvforsvar er straffrihetsgrunner til tortur i humanitærretten.

Felles art. 3 lyder:

“(...) the following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever with respect to the above-mentioned persons (...) violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture.”

Tar man utgangspunkt i ordlyden i alle de forskjellige bestemmelsene som regulerer tortur ser man at de ikke skiller seg nevneverdig fra hverandre. Alle fastsetter at “torture are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever”. Ordlyden er klar når den fastsetter rekkevidden av forbudet. Et annet argument som støtter opp om at forbudet er absolutt er para.1 i fortalen til tilleggsprotokoll 2. Her fastsettes det at:

“The High Contracting Parties, Recalling that the humanitarian principles enshrined in Article 3 common to the Geneva Convention of 12 August 1949, constitute the foundation of respect for the human person in cases of armed conflict not of an international character.”

Fortalen gir uttrykk for at pliktene som fastsettes i felles art. 3 og i tilleggsprotokoll 2 er del av de fundamentale rettighetene. Siden disse anses som fundamentale taler dette for at man ikke har ment å åpne for at disse kan fravikes. Siden de også gjelder i nasjonale væpnede konflikter og det som oftest er i slike situasjoner tortur blir brukt, taler dette for at forbudet er absolutt.

I tillegg til at ordlyden i Genèvekonvensjonene ikke åpner for å gjøre unntak fra torturforbudet, blir dette sagt om forbudet i felles art. 3 i kommentarutgaven til Genèvekonvensjonen til beskyttelse av krigsfanger:<sup>158</sup>

---

<sup>157</sup> Se felles art. 3, Genèvekonvensjon I art. 12, Genèvekonvensjon II art. 12, Genèvekonvensjon III art.17, Genèvekonvensjon IV art. 32, tilleggsprotokoll 1 art. 20 og tilleggsprotokoll 2 art. 4(2).

<sup>158</sup> Se Pictet, s. 39.

“The wording adopted could not be more definite: “To this end, the following acts *are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever...*” No possible loophole is left; there can be no excuse, no attenuating circumstances.”

Denne kommentaren viser at hensikten var å ha like regler for alle situasjoner. Hvis man bryter med reglene i humanitærretten vil dette mest sannsynlig også bryte med pliktene som settes i menneskerettighetene. Grunnen til dette er at humanitærrettens regler er minimumsstandarder. Fravikes disse får man fort en konflikt med menneskerettighetsstandardene.<sup>159</sup>

Spørsmålet som reise er om man til tross for et absolutt forbud åpner for at stater kan gjøre unntak fra torturforbudet hvis de handler i selvforsvar eller tortur er en represalie. Alle de fire Genèvekonvensjonene og begge tilleggsprotokollene fastsetter forbud mot represalier.<sup>160</sup> Disse reglene gjelder for internasjonale væpnede konflikter. Verken felles art. 3 eller første tilleggsprotokoll fastsetter en eksplisitt regel om represalier. Betyr dette at man kan ty til represalier i nasjonale væpnede konflikter?

Ruud/ Ulfstein definerer represalier som “[i] utgangspunktet folkerettsstridige handlinger som en stat iverksetter som svar på en forutgående folkerettskrenkelse fra en annen stat.”<sup>161</sup> Tradisjonelt har represalier vært en sentral del av håndhevelsen av folkeretten siden det har manglet et effektivt håndhevelsesapparat. I et tilfelle, slik som hvis en stat har blitt truet av et biologisk angrep fra en annen stat, og tyr til tortur for å redde befolkningen fra masseødeleggelse, blir spørsmålet om tortur kan bli rettmessig selv om det i utgangspunktet er ulovlig. Her oppstår det både en konflikt mellom reglene i humanitærretten som i utgangspunktet er absolutte, og forbudet mot tortur under menneskerettighetene og den ulovfestede retten til å ty til represalier i folkeretten.

På de områdene i humanitærretten der represalier ikke eksplisitt er forbudt, har man i utgangspunktet rett til å møte en folkerettsstridig handling med en represalie. Frem til nå har man ikke klart å utvikle en generell regel som fastsetter standarden for represalier. Hjemmel har man derfor måttet utlede av internasjonal sedvanerett og rettspraksis.<sup>162</sup>

---

<sup>159</sup> Se Provost, s. 198. Dette poenget drøftes nærmere senere i kapittelet.

<sup>160</sup> Se Genèvekonvensjon I art. 46, Genèvekonvensjon II art. 47, Genèvekonvensjon III art. 13, Genèvekonvensjon IV art. 33, tilleggsprotokoll 1 art. 20.

<sup>161</sup> Se Ruud/ Ulfstein, s. 172.

<sup>162</sup> Se Provost, s. 184.



Selv om man ikke har inntatt en regel mot at represalier er forbudt også i væpnede konflikter som ikke er av internasjonal karakter, taler ordlyden for at man har ment at forbudet er absolutt. Felles art. 3 sier at tortur “(...) shall remain prohibited in any time and in any place whatsoever”. Bestemmelsen gjør ingen unntak fra forbudet mot tortur.

Et argument for at det ikke er tillatt å anvende represalier i humanitærretten generelt er at en slik rett vil komme i konflikt med retten til beskyttelse mot overgrep under menneskerettighetene. Dette ble trukket frem av retten i Kupreskic and others, en sak som gikk for ICTY.<sup>163</sup> De trekker blant annet frem at “(...) as a result belligerent reprisals against civilians and fundamental rights of human being are absolutely inconsistent legal concepts”.<sup>164</sup> Til støtte for sitt syn trekker retten også frem at folkeretten ikke er avhengig av represalier for å være et effektivt system. Grunnen til det er at man i dag har effektive håndhevingsapparat som gir reaksjoner på folkerettsbrudd.<sup>165</sup> Retten sier også at selv om man står overfor en intern væpnet konflikt, vil reglene om forbud mot represalier for væpnede internasjonale konflikter gjelde fullt ut.<sup>166</sup>

Provost trekker også hensynet til menneskeheten inn som et argument mot at man tillater represalier.<sup>167</sup> I forlengelse av dette trekker han inn Martens-formelen.<sup>168</sup> Denne er del av humanitærretten, og man er derfor forpliktet til å ta hensyn til menneskerettighetene når man tolker bestemmelsene. Pictet trekker også frem at hensynet til menneskeheten gjør det uforenlig å tillate represalier mot krigens ofre selv om det dreier seg om en konflikt av ikke-internasjonal karakter. Han sier:

“Consequently, any reprisals which entails one of these acts is prohibited, and so speaking generally, is any reprisals incompatible with the 'humane treatment' demanded unconditionally in the first clause of sub-paragraph (1).”<sup>169</sup>

---

<sup>163</sup> Se ICTY Kupreskic and others, § 529.

<sup>164</sup> Se ICTY Kupreskic and others, § 529.

<sup>165</sup> Se ICTY Kupreskic and others, § 530.

<sup>166</sup> Se ICTY Kupreskic and others, § 536.

<sup>167</sup> Se Provost, s. 197.

<sup>168</sup> Martens-formelen fastsetter at man i krigens folkerett er underlagt folkerettens prinsipper. Inkludert i disse er menneskerettighetene. Se Ruud/Ulfstein, s. 246.

<sup>169</sup> Se Pictet, s. 40.

Et annet argument som taler for at represalier ikke er tillatt, verken i internasjonale eller nasjonale væpnede konflikter, er hensynet til konsekvens i regelverket. Siden man har valgt å beskytte krigens ofre mot represalier når man har en internasjonal væpnet konflikt vil det være urimelig at krigens ofre ikke skal ha den samme beskyttelse hvis konflikten ikke er av internasjonal karakter. I samme retning taler det at forbudet mot tortur under menneskerettighetene er ufravikelig også under krig og i andre offentlige krisesituasjoner.<sup>170</sup> Hvis man åpner for å tillate represalier i nasjonale væpnede konflikter ville forbudet miste hele sin funksjon.

Et siste argument som taler for at forbudet mot tortur er absolutt i humanitærretten, og at man ikke tillater represalier er uttalelser i en kommentar til ILCs Draft Articles on the International responsibility of States.<sup>171</sup> I art. 26 fastsettes det:

“Compliance with peremptory norms  
Nothing in this chapter shall preclude the wrongfulness of any act of a State which is not in conformity with an obligation arising under a peremptory norm of general international law.”

I kommentaren til denne bestemmelsen sier ILC at de generelle straffrihetsgrunnene som fastsettes i kapittel 5 av “the Draft Articles”, ikke vil komme til anvendelse der man står overfor en “peremptory norm of general international law”.<sup>172</sup> Her siktes det til jus cogens-regler. Dette innebærer at hvis man anser tortur som en jus cogens-regel vil man ikke under noen omstendighet tillate unntak fra denne regelen.

Tillates tortur som selvforsvar for staten? FN paktens art. 2(4) fastsetter et generelt forbud mot bruk av makt.<sup>173</sup> Art. 2(4) lyder:

“All Members shall refrain in their relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any manner inconsistent with the purpose of the United Nation.”

Retten til selvforsvar er et unntak fra dette forbudet og er hjemlet i art. 51. Spørsmålet som reises er om denne retten gjelder selv der selvforsvarshandlingen isolert sett faller inn under et absolutt forbud. Art. 51 lyder:

---

<sup>170</sup> Se EMK art. 15(1), SP art. 4(2) og torturkonvensjonen art. 2.

<sup>171</sup> Se UN Doc. A/56/10.

<sup>172</sup> Se UN Doc. A/56/10 s. 207.

<sup>173</sup> Se Charter of the United Nation, 26 June 1945 (FN paktens).

“Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security.”

Tar man utgangspunkt i ordlyden i art. 51 setter den ingen skranke for hvilke handlinger man kan møte et væpnet angrep med hvis man handler i selvforsvar. Det som kreves er at det foreligger et væpnet angrep. Selv om det isolert sett ikke er noen skranke på selvforsvarsretten etter denne bestemmelsen kan menneskerettighetene og reglene i humanitærretten sette rammer for hvor langt denne retten går. I tillegg kan man utlede fra sedvaneretten som gjaldt før art. 51 ble vedtatt, at det kreves proporsjonalitet, nødvendighet og umiddelbarhet.<sup>174</sup> Oppfyller man disse fire vilkårene vil en stat ut i fra ordlyden i art. 51 kunne tillate bruk av tortur.

Spørsmålet som reises er for det første om preventivt selvforsvar er tillatt. I scenarioet har ikke angrepet skjedd, men det tortureres for å forhindre angrepet. Er dette tillatt under art. 51? Tar man utgangspunkt i ordlyden i art. 51 fastsettes det at man kan handle i selvforsvar “if an armed attack occurs”. Dette innebærer at man kun tar sikte på de situasjoner der angrepet er i ferd med å skje.

Preventivt selvforsvar har vært mye diskutert i folkeretten. Flere stater har benyttet dette som argument, men det har også vært fordømt av FN.<sup>175</sup> Ruud/Ulfstein mener at hvis man tillater preventivt selvforsvar vil det kunne føre til at stater tyr til maktmidler før det egentlig er nødvendig. De sier samtidig at ”på den annen side er det vanskelig å forlange at en stat som ser at et angrep kommer, skal sitte stille å vente uten å foreta seg noe”.<sup>176</sup> Retten til preventivt selvforsvar er derfor tillatt i begrenset omfang, og kun hvis det er snakk om et umiddelbart forestående væpnet angrep, og alle andre fredelige løsninger ikke har ført frem.<sup>177</sup>

I tilfellet der man står overfor en trussel om et biologisk angrep vil det være vanskelig å vite med sikkerhet at angrepet vil skje. Land X har ikke sikre bevis for at land Y faktisk har biologiske våpen, og i tillegg vil man ikke kunne vite med sikkerhet at tortur av fangen vil føre til at angrepet forhindres. Det er heller ikke bevist at land X

---

<sup>174</sup> Se Ruud/ Ulfstein, s. 171.

<sup>175</sup> Se Ruud/Ulfstein, s. 169.

<sup>176</sup> Se Ruud/Ulfstein, s. 169.

<sup>177</sup> Se Ruud/Ulfstein, s. 169.

har gjort andre forsøk enn å avhøre denne personen for å forhindre angrepet. I dette tilfellet er det tvilsomt om man vil kunne tillate preventiv selvforsvar generelt, uavhengig av om det dreier seg om tortur eller en annen ulovlig handling. I den videre drøftelse av selvforsvar forutsetter jeg at det ikke dreier seg om preventivt selvforsvar.

Også ILC har inntatt en regel om selvforsvar i "Draft Articles". I art. 21 fastsettes det at ulovligheten av en handling vil falle bort hvis staten har handlet i selvforsvar i samsvar med reglene i FN-Paktens art. 51.<sup>178</sup> Samtidig fastsettes det i kommentaren til art. 21 at:

"As to obligations under international humanitarian law and in relation to non-derogable human rights provisions, self-defence does not preclude the wrongfulness of conduct."<sup>179</sup>

Også her fastsettes det at for ufravikelige regler vil ikke selvforsvar kunne rettferdiggjøre et unntak. Dette er følger også av kommentaren til Draft art. 26.<sup>180</sup>

Hvis man sammenlikner og oppsummerer de ulike forbudene mot tortur sammen med forbudet mot bruk av represalier og retten til selvforsvar, mener jeg at tortur er absolutt forbudt og ikke bare en ufravikelig regel i humanitærretten. Jeg finner ingen rettskildedefaktorer som støtter opp om at tortur ikke er en absolutt regel.

### 3.3 Har forbudet mot tortur status som jus cogens

I drøftelsen ovenfor kom jeg frem til at det er et absolutt forbud mot tortur både i humanitærretten og under menneskerettighetene. Spørsmålet som reises er om dette forbudet har fått jus cogens-status.

Jus cogens-prinsippet går kort fortalt ut på at visse regler er av så grunnleggende karakter at det ikke kan gjøres unntak fra dem.<sup>181</sup> Wienkonvensjonen<sup>182</sup> art. 53 fastsetter hjemmel for jus cogens. Den lyder:

"A treaty is void if at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. (...) a peremptory norm of general international

---

<sup>178</sup> Se UN Doc. A/56/10, s. 177.

<sup>179</sup> Se UN Doc. A/56/10, s. 178.

<sup>180</sup> Se UN Doc. A/56/10, s. 206.

<sup>181</sup> Se Hannikainen, s. 1-20 og kapittel 5, Byers, s. 211-239, Brownlie, s. 514-517.

<sup>182</sup> Wienkonvensjonen om traktatretten, 23.mai 1969 (Wienkonvensjonen).

law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm which no derogation is permitted (...)"

Denne bestemmelsen er i dag ansett å gi uttrykk for et alminnelig rettslig prinsipp.<sup>183</sup> Det man derimot ikke har kommet til enighet om er hvilke regler som har oppnådd denne statusen.

Et moment som taler for at forbudet mot tortur har oppnådd status som jus cogens er at de fleste stater i verden i dag er medlem av enten en regional eller en internasjonal avtale som setter et absolutt forbud mot tortur.<sup>184</sup> I tillegg til dette er det ingen stater som offisielt støtter bruk av tortur i dag.

Brudd på forbudet mot tortur har vært oppe for domstolene en rekke ganger.<sup>185</sup> Rettspraksis viser at domstolene anser forbudet mot tortur som en jus cogens regel. I Delalic and others sier Jugoslavia-domstolen:

“Based on the foregoing, it can be said that the prohibition on torture is a norm of customary law. It further constitutes a norm of *jus cogens*, as has been confirmed by the United Nations Special Rapporteur for Torture (...)"<sup>186</sup>

Det gis uttrykk for det samme syn i Furundzija-saken.<sup>187</sup> Disse dommene gir begge uttrykk for at forbudet mot tortur er ansett å ha jus cogens status.

Et annet moment som støtter opp om at tortur har jus cogens-status er uttalelser fra “the Special Rapporteur” i en rapport fra FNs menneskerettighets komité. Her sies det at” (...) in view of these qualifications the prohibition of torture can be considered to belong to the rules of jus cogens (...)"<sup>188</sup> Denne uttalelsen som kom så tidlig som i 1986 har blitt sitert senere blant annet i Furundzija-saken. Dette taler for at uttalelsen tillegges stor vekt.

---

<sup>183</sup> At visse regler har jus cogens status fastsettes blant annet i North Sea Continental Shield (ICJ Reports 1969), i Fisheries Jurisdiction (ICJ Reports 1974), Barcelona Traction (ICJ Reports 1970) er ansett å slå fast at Wienkonvensjonen art. 53 gir uttrykk for et alminnelig rettslig prinsipp. Sakene omtales i Hannikainen, s. 1-20, kap. 5, Byers, s. 211-239. Av nyere rettspraksis som gir uttrykk for at visse regler har jus cogens status er ICTY Furundzija, § 153. Se også ILC (A/56/10), § 48.

<sup>184</sup> Se Than/Shorts, s. 181, Rodley, s. 47.

<sup>185</sup> Se pkt. 3.2.

<sup>186</sup> Se ICTY trial judgement, IT-96-21-T, Delilac and others § 454.

<sup>187</sup> Se pkt. 3.2.2.

<sup>188</sup> Se E/CN.4/1986/15, § 3.

Et annet argument som støtter opp om at forbudet har jus cogens status er at alle bestemmelsene som forbyr tortur er absolutte i sin form. I tillegg tillater de ikke derogasjon. Samtidig viser rettspraksis at forbudet mot derogasjon tolkes restriktivt. De fleste avgjørelser viser at retten legger stor vekt på hvilken verdi forbudet mot tortur har for samfunnet.

Til tross for dette ser ut til at en rekke stater i dag bryter dette forbudet. Spørsmålet som reises er om dette medfører at vilkåret om at regelen må være “accepted and recognized by the international community of States as a whole” ikke lenger er oppfylt. Hannikainen drøfter hva man skal legge i dette vilkåret.<sup>189</sup> Han mener at det kun kreves at et flertall av verdens stater har anerkjent og akseptert regelen. Slik jeg ser det er det ikke uenighet blant verdens stater om det foreligger et forbud. Bruddene skjer ikke fordi statene mener at det ikke er et forbud mot tortur, men fordi de ikke anser deres handlinger å falle inn under forbudet. Vilkåret om at regelen må være “accepted and recognized by the international community of States as a whole” er derfor oppfylt.

### 3.4 Konklusjon

Etter å ha gjennomgått hvordan tortur er regulert i humanitærretten og under menneskerettighetene ser det ut til at man på begge områdene har et absolutt forbud mot tortur. Alle bestemmelsene fastsetter at forbudet er ufravikelig i tillegg til at man i humanitærretten setter et forbud mot både represalier og bruk av tortur i selvforsvar. Slik jeg ser det, vitner både ordlyd, forarbeider, rettspraksis og reelle hensyn om at man i dag anser forbudet mot tortur ikke bare som en ufravikelig regel, men også som en jus cogens-regel. Spørsmålet som reises er om man til tross for dette kan gi straffrihet på det individuelle plan. Jus cogens er et folkerettslig prinsipp som i utgangspunktet kun forplikter statene overfor hverandre.

---

<sup>189</sup> Se Hannikainen, s. 211-215.

## 4 Argumenter for en sammenhengende konsekvens i regelverket

### 4.1 Innledning

Drøftelsen over viser at reglene om nødrett og nødverge i internasjonal strafferett må ses i lys av forbudet mot tortur i folkeretten. Begrunnelsen for dette er at jeg tidligere i drøftelsen har kommet til at individet i utgangspunktet kan reise nødrett om nødverge som straffrihetsgrunn for tortur,<sup>190</sup> samtidig som statene er absolutt forpliktet på det folkerettslige plan til å påse at borgerne blir beskyttet mot den samme handling.<sup>191</sup> Spørsmålet er hvilke argumenter som taler for at disse regelsettene harmoniseres.<sup>192</sup>

### 4.2 Argumentene

Et argument som taler for at de to regelsettene harmoniseres er at menneskerettighetene har en sterk forankring i dagens demokratiske samfunn.<sup>193</sup> Dette vises ved at de fleste stater er medlem av enten regionale eller internasjonale menneskerettighetskonvensjoner. For at disse reglene skal få noen direkte virkning er det av betydning at de også tillegges vekt på det individuelle plan. Spesielt signaleffekten det sender å tillate straffrihet for tortur kan ha stor betydning for utviklingen av internasjonal strafferett. I tillegg har det liten effekt at statene påser at forbudet mot tortur overholdes statene i mellom hvis ikke individet som utfører handlingen kan stilles til ansvar. At en stat får sanksjoner mot seg på det folkerettslige plan sender ingen signaler om hva som kreves av individet. Spørsmålet er hvilke verdier samfunnet kan stille seg bak.<sup>194</sup> Er det mulig å ta et absolutt standpunkt til tortur samtidig som man gir straffrihet for den samme handling?

Et annet argument i forlengelse av dette er at man aldri bør tillate og bruke mennesker som redskap.<sup>195</sup> Enhver person har rett på beskyttelse mot overgrep. Dette er en fundamental menneskerettighet. Hvis man tillater tortur, tillater man også en type

---

<sup>190</sup> Se pkt. 2.

<sup>191</sup> Se pkt. 3.

<sup>192</sup> Nærmere om problemstillingen av Gaeta, s. 785-794, Morgan, s. 182.196, Dershowitz, s. 132-163, Wantchekon/Healy, s. 596-609 og Position paper, s. 8-10, Twining/Twining, s. 305-356.

<sup>193</sup> Se nærmere om dette i pkt. 3.

<sup>194</sup> Se pkt. 2.2.

<sup>195</sup> Se Gaeta, s. 793. Se også pkt. 2.2.

straff for en gjerning som man ikke kan være sikker på om er begått.<sup>196</sup> Følgen av ikke å harmonisere reglene er at statene sender signaler om at tortur er tillatt hvis en person befinner seg en spesiell situasjon. Dette sett i sammenheng med at staten selv har en absolutt plikt til å påse at borgerne beskyttes mot overgrep er ikke samsvarende med å tillate handlingen. Det er også staten som skal tilse at gjerningen ikke går ustraffet hen.

I samme retning taler det at det ikke er staten selv som torturerer, men individet. Siden individet kan bli straffri for tortur som en internasjonal forbrytelse, jr. pkt. 2.5, vil verdien av et absolutt forbud mot tortur for statene jr. pkt. 3.4, miste sin funksjon. I tillegg er det lite praktisk at den samme handling anses som rettmessig for individet, mens den er absolutt forbudt for staten.<sup>197</sup>

Et annet argument som taler for å harmonisere de to regelsettene er at både rettspraksis og teori ser ut til å enes om at en utilitaristisk tankegang ikke kan tas til støtte for å tillate straffrihet for tortur.<sup>198</sup> Hvis regelsettene ikke harmoniseres, vinner den utilitaristiske tankegang frem. Dette begrunner jeg i at straffrihet for tortur foretatt i nødrett eller nødverge vanskelig kan forsvares uten å støtte seg på utilitaristiske synspunkter. Dette kommer også tydelig frem når man undersøker rettspraksis der nødrett eller nødverge er drøftet.<sup>199</sup> De fleste avgjørelsene viser at resultatet bygger på en avveining mellom to onder. I de tilfellene der nødrett eller nødverge godtas, har retten lagt avgjørende vekt på farene ved å tillate tortur opp mot nytten av å redde uskyldige menneskeliv.

Samtidig vil prinsippet om å velge det minste av to onder kunne gi grunnlag for å rettferdiggjøre den mest brutale form for tortur.<sup>200</sup> Dette skyldes at avveiningen ikke står mellom hvor mye smerte som kan brukes, men hvilke verdier som er mest beskyttelsesverdige. En annen risiko med denne løsning er at det også rettferdiggjør bruk av tortur på uskyldige.<sup>201</sup> Siden det er resultatet av handlingen som vurderes, blir

---

<sup>196</sup> Se pkt. 2.2, Morgan, s. 190.

<sup>197</sup> Se kap. 3.

<sup>198</sup> Se kap.1. I tillegg drøftes dette både i kapittel 2 og 3. Se spesielt Erdemovic saken (IT-96-22-A). Gaeta og Morgan kommer også frem til at utilitarismen ikke kan forsvare bruk av tortur.

<sup>199</sup> Se nærmere i punkt. 2.4.

<sup>200</sup> Se Position paper, s. 17-19.

<sup>201</sup> Se Position paper, s- 19.



middelet som brukes av underordnet betydning.<sup>202</sup> Hensynet til den personlige integritet blir således et ikke-tema. Spørsmålet er om en moderne demokratisk stat kan stille seg bak slike betraktninger.

En annen fare med ikke å tolke reglene om straffrihet i internasjonal strafferett slik at de er i samsvar med det absolutte forbud mot tortur i humanitærretten og under menneskerettighetene er at det sender signaler om at det er mulig å unnsnippe ansvar for handlingen. Dette er farefullt, siden tortur som oftest begås i de situasjoner der individet er under sterkt press.<sup>203</sup> I slike situasjoner vil man lett kunne argumentere med at gjerningsmannen gjorde rett i å velge tortur fremfor å ofre andres liv. Det vil også være lettere å ty til tortur før alle andre muligheter har vært utprøvd hvis man vet at handlingen ikke blir straffet. Hensynet til straffens avskrekkende virkning taler således for å harmonisere de to regelsettene.

Gaeta fremsetter et argument mot at det i det hele tatt er behov for å harmonisere de to regelsettene.<sup>204</sup> Hun sier at siden internasjonal strafferett og menneskerettighetene opererer med ulike siktemål vil man ikke få noen reell rettskonflikt. Bakgrunnen for dette er at i internasjonal strafferett er det individet som er ansvarssubjekt, mens menneskerettighetene pålegger staten plikter. Dette innebærer at de to regelsettene ikke kommer i konflikt siden de regulerer ulike rettssubjekter. I tillegg peker hun på at visse typer straffrihetsgrunner er alminnelig anerkjent i nasjonale rettssystem, slik at det vil være naturlig at disse også tillates på det internasjonale plan. Internasjonal strafferett kan ses på som utviklet fra nasjonal rett, men med et annet formål. Tar man dette standpunktet er det rimelig at individet blir tildelt de samme rettighetene under internasjonal straffeprosess som på det nasjonale plan.

Slik jeg ser det kan man ikke se disse to regelsettene isolert. Dette skyldes som sagt at staten så å si aldri handler i egen person, i tillegg til at reglene i internasjonal strafferett skal tolkes i tråd med menneskerettighetene.<sup>205</sup> Samtidig pålegger reglene i humanitærretten både individuelt ansvar og plikter for statene i og med at krigsforbrytelser er en internasjonal forbrytelse.<sup>206</sup>

---

<sup>202</sup> Både Dershowitz, s. 144 og i Landau Report (om dette i blant annet Position paper, s. 17) er man av motsatt synspunkt, og rettferdiggjør tortur basert på en utilitaristisk filosofi.

<sup>203</sup> Se mer detaljert om dette i kapittel 3.

<sup>204</sup> Se Gaeta, s. 789-790.

<sup>205</sup> Se ICC art. 21(3).

<sup>206</sup> Se ICC art. 8.

Et annet argument Gaeta trekker frem som tilsier at det ikke foreligger noen reell konflikt mellom de to regelsettene er at tortur som er foretatt i nødrett eller i nødverge i praksis aldri vil oppfylle straffbarhetskravene i internasjonal strafferett.<sup>207</sup> Dette medfører at det ikke blir noen rettskonflikt.

Heller ikke dette argumentet mener jeg skal ha avgjørende vekt. Siden nødrett er ansett som en rettmessighetsgrunn, bør det tas et klart standpunkt til om straffrihet skal tillates eller ikke for tortur. Gjøres det motsatte, åpnes det opp for at tortur ses på som et rimelig middel under visse situasjoner.

En siste innvending mot å harmonisere tolkningen av straffrihetsgrunner i internasjonal strafferett opp mot det absolutte forbud mot tortur er at det vil være urimelig strengt å ikke tillate straffrihet for tortur der gjerningsmannen ikke har hatt noe annet valg enn å utføre den ulovlige handlingen.<sup>208</sup> Dette argumentet har også vært drøftet i saker der retten har stått overfor spørsmålet om man skal tillate straffrihet for internasjonale forbrytelser.<sup>209</sup> I Erdemovic-saken ble dette problemet løst ved at retten tillot tvang som en formildende omstendighet.<sup>210</sup> Ved å gjøre dette viser det internasjonale samfunnet at tortur er en alvorlig forbrytelse samtidig som det ikke kreves at en person ofrer sitt eget liv på bekostning av en annens.

Oppsummeringsvis er det flest argumenter som taler for at det er behov for å harmonisere de to regelsettene.

## 5 Oppsummering og vurdering

Sammenfatningsvis ser det ut til at reglene om straffrihetsgrunner i internasjonal strafferett ikke kan ses totalt atskilt fra forbudet mot tortur i folkeretten. Slik jeg ser det er det derfor behov for en klargjøring av hvilket standpunkt det internasjonale samfunnet skal ta til tortur i fremtiden.

---

<sup>207</sup> Se Gaeta, s. 791-792.

<sup>208</sup> Se Gaeta, s. 793.

<sup>209</sup> Se mer om dette i kapittel 3 under drøftelsen av rettspraksis fra Nürnberg domstolen. Se også drøftelse av Erdemovic-saken i pkt. 2.4.2.

<sup>210</sup> Se Erdemovic, appeal judgment, § 85.

Behovet for avklaring er stort fordi man ser at stater i økende grad forsøker å rettferdiggjøre tortur når nasjonale interesser står på spill. Det paradoksale er at til tross for at de fleste stater i dag offentlig går ut og fordømmer bruk av tortur har dette forekommet i et økende antall land de siste årene.<sup>211</sup> Før anså man tortur som en forbrytelse som kun forekom i land med totalitært styre. I “kampen mot terror” ser det ut til at tortur ikke lenger er like tabubelagt. Det er lett å glemme at selv forbrytere har krav på en menneskeverdig behandling.<sup>212</sup> Kriminalisering av tortur vil således hindre at det kalkuleres med straffrihet, samtidig som vernet av den personlige integritet ikke settes på spill.

Slik rettstilstanden er i dag er det uklart om det internasjonale samfunnet vil velge å tillate straffrihet for tortur hvis handlingen er foretatt i nødrett eller nødverge. En avklaring på dette spørsmålet vil kanskje komme den dag ICC får en slik problemstilling opp til behandling. Tiden vil vise hvordan stater vil forholde seg til dette spørsmålet i praksis.

---

<sup>211</sup> Se Amnesty International Report, 1996.

<http://www.amnesty.org/ailib/aireport/ar96/index.html#worldwide>

<sup>212</sup> Se mer om dette i Amnesy International Report, 2004, <http://web.amnesty.org/report2004/hragenda-1-eng>

## 6 Litteraturliste

### 6.1 Bøker

Andersen, Kjell V. *Strafferettslig nødrett*. Oslo, 1999

Brownlie, Ian. *Principles of public international law*. 5 utg. Oxford, 1998

Dixon, Rodney. *Archbold international criminal courts: practice, procedure and evidence*. Rodney Dixon, Karim A.A. Khan, Richard May. London, 2003

Boulesbaa, Ahcene. *The U.N. Convention on Torture and the Prospect for Enforcement*. Haag, 1999

Cassese, Antonio. *International criminal law*. Oxford, 2003

Triffterer, Otto. *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. Baden-Baden, 1999

De Than, Claire. *International Criminal Law and Human Rights*. Claire de Than, Edwin Shorts. London, 2003

Dershowitz, Alan M. *Why terrorism works, understanding the threat responding to the challenge*. Newhaven and London, 2002

Fletcher, George P. *Rethinking criminal law*. Oxford, 2000

Hannikainen, Lauri. *Peremptory norms (jus cogens) in international law: Historical Development, Criteria, Present Status*. Helsinki, 1988

Jacobs, Francis G. *The European Convention on Human rights*. Francis G. Jacobs, Robin C. A. White. 2. utg. Oxford, 1996

Jacobsen, Jørn RT. *Menneskevern eller menneskeverd: Ei innleiing til spørsmålet om allmennprevensjonen sin rettslege legitimitet*. Bergen, 2004

Jareborg, Nils. *Allmän kriminalrätt*. Uppsala, 2001

*Kant, Groundwork of the Metaphysics of Morals*. Redigert av Mary Gregor. Cambridge, 1998

Kinander, Morten. *The view from within: An analysis and critique of legal realism and descriptive jurisprudence*. Bergen, 2004

Knoops, Geert-Jan, *Defeses in contemporary international criminal law*. New York, 2001. ( International and comparative criminal law series)

Lorentzen, Peer. *Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer*. Peer Lorentzen, Lars Adam Rehof, Tyge Trier. København, 1994

McDonald, Gabrielle Kirk. *Substantive and procedural Aspects of International Criminal Law: The Experience of International and National Courts*. Gabrielle Kirk McDonald, Olivia Swaak-Goldman. Vol. 1. Haag, 2000

*Commentary: III Geneva Convention relative to the treatment of prisoners of war*. Redigert av Jean S. Pictet. Sveits, 1960

Position paper, *Legislation Allowing the Use of Physical Force and Mental coercion in interrogation by the General Security Service*. Jerusalem, 2000

*Praktisk filosofi: Bentham, Mills, Rawls, Moral og nytte*. Redigert av Eivind Storheim og Knut Midgaard, Oslo, 1970

Provost, Renè. *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge, 2002

Rodley, Nigel S. *The treatment of Prisoners Under International Law*. 2. utg. Oxford, 1999

Ruud, Morten. *Innføring i folkerett*. Morten Ruud, Geir Ulfstein. Oslo, 1998

*The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*. Roy S. Lee (ed.) ... [et al.]. New York, 2001

Van Sliedright, E. *The criminal responsibility of individuals for violations of international humanitarian law*. Haag, 2003

## 6.2 Artikler

Addo, Michael K. *Does article 3 of The European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?* Michael K. Addo, Nicholas Grief. I: *European Journal of International Law* 9, 1998, s. 510-524

Barret, Jastine *The prohibition of Torture under international Law: Part 2: The Normative Content*. I: *The International Journal of Human Rights*, Vol. 5, No. 2, 2001, s. 1-29

Byers, Michael *Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules*. I: *Nordic Journal of International Law* 66, 1997, s. 211-239

Gaeta, Paola *May Necessity Be Available as a defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorists?* I: *Journal of International Criminal Justice* 2, 2004, s. 785-794

Imseis, Ardi *"Moderate" Torture on Trial: Critical reflection on the Israel Supreme Court Judgment Concerning the Legality of the General Security Service Interrogation Methods*. I: *The International Journal of Human Rights*, Vol. 5, No. 3, 2001, s. 71-96

Morgan, Rod *The Utilitarian justification of torture. Denial, desert and disinformation*. I: *Punishment and society*, vol. 2(2), s. 181-196

Newman, Stephen C. *Duress as a defense to war crimes and crimes against the humanity: Prosecutor v. Drazen Erdemovic*. I: Critique of MCM formalities, 2000, s. 159-173

Rowe, Peter *Duress as a defence to war crimes after Erdemovic: A laboratory for a permanent court*. I: Yearbook of International Humanitarian Law, Vol. 1, 1998, s. 210-228

Scaliotti, Massimo *Defence before the international criminal court: Substantive grounds for excluding criminal responsibility- Part 1*. I: International Criminal Law Review 1. 2001, s. 111-172

Swaak-Goldman, Olivia *Prosecutor v. Erdemovic. Case No. IT-96-22-A*. I: The American Journal of International Law, Vol. 92, No. 2, 1998, s. 282-287

Twining, W.L. *Bentham on torture*. W.L. Twining, B.E. Twining. I: Northern Ireland Legal Quarterly, 24(3), 1973, s. 307-356

Wantchekon, Leonard *The "Game" of Torture*. Leonard Wantchekon, Andrew Healy. I: Journal of conflict resolution, vol. 43 No.5, 1999, s. 596-609

### 6.3 Traktater og konvensjoner

Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in the Armed Forces in the Field, Genève 12 august 1949

*Norsk tittel:* Genève konvensjonen om forbedring av syke og såredes kår i de væpnede styrker i felten 1949

Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, Genève 12 august 1949

*Norsk tittel:* Genève konvensjonen om forbedring av såredes, sykes og skipbrudnes kår i de væpnede styrker til sjøs, 1949

Convention relative to the Treatment of Prisoners of War, Genève 12 august 1949

*Norsk tittel:* Genève konvensjonen om behandling av krigsfanger, 1949

Convention relative to the Protection of Civilian Persons in time of War, Genève 12 august 1949

*Norsk tittel:* Genève konvensjonen om beskyttelse av sivile i krigstid, 1949

Protocol Additional to the Geneva Convention of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, 8. juni 1977

*Norsk tittel:* Genève konvensjonens første tilleggsprotokoll 1977

Protocol Additional to the Geneva Convention of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non- International Armed Conflicts, 8. juni 1977

*Norsk tittel:* Genève konvensjonens annen tilleggsprotokoll 1977

*Protokoll om forbud mot bruk i krig av kveldende, giftige eller liknende gasser og av bakteriologiske midler. Genèveprotokollen, 17. juni 1925*

*The Charter of the International Military Tribunal, London 8. august 1945*

The Charter of the United Nation, 26. juni 1945

*Norsk tittel:* FN pakten 1945

The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4. november 1950

*Norsk tittel:* Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen 1950

The International Convention on Civil and Political Rights, 16 desember 1966

*Norsk tittel:* Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter(FN)1966

The Rome Statute of the International Criminal Court, 17 juli 1998, U.N. Doc. A/CONF. 183/9

*Norsk tittel:* Statuttene for den internasjonale krigsforbryterdomstol (ICC), 1998

The UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment, 10 desember 1984



*Norsk tittel:* Konvensjonen om bekjempelse av tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff (FN) 1984

Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien 23 mai 1969

*Norsk tittel:* Wienkonvensjonen om traktatretten, 1969

#### 6.4 Resolusjoner fra Sikkerhetsrådet

The Statute of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Person Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwanda Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighbouring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994, 8 november 1994, S/RES/955; 14 august 2002, S/RES/1411

*Norsk tittel:* Tribunalet for Rwanda Domstolen (ICTR), 1994

The Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violation of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, 25 mai 1993, S/RES/827; 17 mai 2002, S/RES/1411

*Norsk tittel:* Tribunalet for Jugoslavia domstolen (ICTY), 1993

#### 6.5 Andre FN dokumenter

*Commission on Human Rights, Resolution 2004/41*

*General Comment No. 20 on ICCPR article 7, 10 April 1992,*  
U.N.Doc.CCPR/C/21/Rev.1/Add.3

*General Comments No. 29 on ICCPR article 4, 31 August 2001,*  
UN.Doc.CCPR/C/21/Rev.1/Add.11

*ILCs Draft Articles on the International Responsibility of States, U.N. Doc. A/56/10*

*Report by the special Rapporteur on Torture, P. Koojimans, 12 January 1988, U.N. Doc. E/CN.4/1988/17*

*Report by the special Rapporteur on Torture*, P. Koojimans, 19 February 1986,  
U.N.Doc. E/CN.4/1986/15

*Report of the Committee against Torture*, 15 November 1993, A/48/44/Add.1

*Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court*, 1  
November 2000, UN Doc. PCNICC/2000/1

## 6.6 Andre dokumenter

*Amnesty International Report*, 1996,

<http://www.amnesty.org/ailib/aireport/ar96/index.html#worldwide>

*Amnesty International Report*, 2004,

<http://web.amnesty.org/report2004/hragenda-1-eng>

*14<sup>th</sup> General Report on the CPT's activities*, CPT/Inf (2004) 28

*I.G. Farben*, [http://www.ess.uwe.ac.uk/genocide/cntrl10\\_trials.htm#Farben](http://www.ess.uwe.ac.uk/genocide/cntrl10_trials.htm#Farben)

*Krupp saken*, [http://www.ess.uwe.ac.uk/genocide/cntrl10\\_trials.htm#Farben](http://www.ess.uwe.ac.uk/genocide/cntrl10_trials.htm#Farben)

*The Committee for the Prevention of Torture*,

<http://www.cpt.coe.int/en/about.htm>

## 6.7 Rettspraksis

### 6.7.1 The International Court of Justice

*North Sea Continental Shield*, ICJ Reports 1969

*Fisheries Jurisdiction*, ICJ Reports 1974

*Barcelona Traction*, ICJ Reports 1970

### 6.7.2 Jugoslavia-domstolen

*Prosecutor v. Delalic and others*, 16 November 1998, Trial Chamber II, Judgment, Case No. IT- 96-21.T

*Prosecutor v. Erdemovic*, 29 November 1996, Trial Chamber I, Judgment, Case No. IT-96-22-T

*Prosecutor v. Erdemovic*, 7 October 1997, Appeals Chamber, Judgment, Case No. IT-96-22-A

*Prosecutor v. Furundzija*, 10 December 1998, Trial Chamber , Judgment, Case No. IT 95-17/1-T

*Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, 26 February 2001, Trial Chamber, Judgment, Case No. IT-95-14/2-T

*Prosecutor v. Kupreskic*, 14 January 2000, Trial Chamber, Judgment, Case No. IT-95-

### 6.7.3 Den Europeiske Menneskerettighetsdomstol

*Aksoy v. Turkey*, App. No. 21987/93

*Al Adsani v. U.K.*, App. No. 3576/97

*Chahal v. UK*, App. No. 22414/93

*Ireland v. UK*, App. No. 5310/71

*Soering v. UK*, App. No. 14038/88

### 6.7.4 Rettspraksis fra rettsoppgjøret etter andre verdenskrig

*Alfried Felix Krupp and others (Krupp)*, US Military Tribunal sitting at Nuremberg, Judgment of 30 Juliy, 1948, TWC IX.

*Erich Weiss and Wilhelm Mundo*, US General Military Government Court at Ludwigsburg, verdict of 10 November 1945, LRTWC XIII

*Frank C. Schultz*, US Court of Military Appeals, Judgment of 7 March 1969, CMA LEXIS

*Gustav Alfred and others (Jebsen)*, British Military Tribunal at Luneburg, Vol. XV, TWC

*List and others*, US Military Tribunal sitting at Nuremberg, judgment of 19 February 1948, Vol. XI, TWC

*Ohlendorf and others (Einsatzgruppen)*, US Military tribunal sitting at Nuremberg, judgment of 10 April 1948, Vol. IV, TWC

*Trial of Carl Krauch and twenty-two others (I.G. Farben)*, US Military Tribunal sitting at Nuremberg, Judgment of 29 July 1948, Vol. VIII, TWC

*Trial of Frederick Flick and five others*, US Military Tribunal sitting at Nuremberg, Judgment of 22 December 1947, Vol. VI, TWC

*Trial of Max Wielen and 17 others (Stalag Luft III)*, British Military Court sitting at Hamburg, 3 September 1947, Vol. XI, UNWCC

*Trial of Valentin Furerstein and others*, British Military Court sitting at Hamburg, 24 August 1947, Vol. VIII, TWC

*Trial of Robert Hölzer, Walter Weigel and Wilhelm Ossenbach*, Canadian Military Court sitting at Aurich, Judgment of 6 April 1946, Vol. XV, TWC

*Von Leeb and others (High Command)*, US Military Tribunal sitting at Nuremberg, judgment of 28 October 1948, Vol. XI, TWC

*Willi Tressmann and others*, British Military Court sitting at Hamburg, 1-24 September 1947, UNWCC, XV

*Yamamoto Chusaburo*, British Military Court sitting at Kuala Lumpur, verdict of 1 February 1946, LRTWC III

