

ERDEMOVIC-AVGJØRELSEN: SPØRSMÅLET OM TVANG SOM STRAFFRIHETSGRUNN

En analyse

Kandidatnr: 321

Veileder: Torunn Salomonsen

Leveringsfrist: 25. november

Til sammen 14.824 ord

Dato: 23. november 2004

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	PROBLEMSTILLINGER OG TEMA	1
1.2	BAKGRUNN OG SAKSGANG.....	3
1.3	DILEMMAET BAK TVANG SOM STRAFFRIHETSGRUNN	5
1.3.1	INNLEDNING.....	5
1.3.2	DET MORAL-FILOSOFISKE BAKTEPPET.....	6
1.3.3	HISTORISK KONTEKST.....	9
<u>2</u>	<u>DET MATERIELLE SPØRSMÅL</u>	12
2.1	RETTSDOGMATISK KLASIFISERING.....	12
2.2	DOMSTOLENS ARGUMENTASJON.....	16
2.2.1	OVERSIKT	16
2.2.2	DOMMERNE VOHRAH OG MCDONALDS VOTUM	16
2.2.3	DOMMER LIS VOTUM	21
2.2.4	DOMMER CASSESES VOTUM	22
2.2.5	DOMMER STEPHENS VOTUM.....	27
2.2.6	OPPSUMMERING.....	28
2.2.7	HVA ARGUMENTASJONEN INNEBÆRER.....	29
2.2.8	KONKLUSJONER OG VURDERINGER	34
2.3	FORHOLDET TIL ICC-STATUTTENS LØSNING	36
<u>3</u>	<u>LEGALITETSBETRAKTNINGER</u>	39
3.1	INNLEDNING.....	39
3.2	LEGALITETSSPØRSMÅL I ERDEMOVIC-AVGJØRELSEN.....	41
<u>4</u>	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	43

5 LITTERATURLISTE..... 45

1 Innledning

1.1 Problemstillinger og tema

I Erdemovic-saken¹, som gikk ved Den internasjonale straffedomstolen for det tidligere Jugoslavia (ICTY²) fra 1996 til 1998, var ett av spørsmålene som reiste seg om tvang (engelsk: *duress*) kunne være straffrihetsgrunn når handlingen innebar drap på uskyldige. Denne oppgaven tar for seg hvordan domstolen behandlet dette spørsmålet, og analyserer begrunnelsene bak de ulike votene som ble avgitt av dommerne. Hovedproblemstillingen i oppgaven er hva de ulike argumentasjonsmønstrene innebærer og illustrerer. Herunder er det tre spørsmål som særlig tas opp: Hva slags løsninger kan man se for seg i andre tenkte situasjoner dersom man følger de ulike argumentasjonsmønstrene? Kan det tenkes at avgjørelsen senere kan ha presedensvirkninger når det gjelder tvang som straffrihetsgrunn? Og hvordan forholder begrunnelsene seg til løsningen i statuttene til den senere opprettede Internasjonale straffedomstolen (ICC³)? Oppgaven avsluttes så med noen betraktninger rundt hvilke problemstillinger avgjørelsen reiser med hensyn til legalitet.

Erdemovic-saken ble behandlet i to runder ved ICTY. Det er i avgjørelsen fra ankeinstansen under den første behandlingen av saken, at tvang som straffrihetsgrunn drøftes prinsipielt. Denne problemstillingen ble aktuell da ankeinstansen måtte ta stilling til om Erdemovics erklæring som skyldig kunne sies å være gyldig. Ett av kravene til gyldighet, var at erklæringen måtte være entydig i den forstand at den ikke på noen som helst måte insinuerte tiltaltes uskyld.⁴ Erdemovic la i sin forklaring sterk

¹ Erdemovic IT-96-22.

² International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.

³ The International Criminal Court.

⁴ Se for eksempel Erdemovic IT-96-22, Appeals Chamber Judgement, Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah avsnitt 8.

vekt på tvangen han ble utsatt for,⁵ noe som kunne oppfattes som at han mente han burde være straffri. For å finne ut av om dette i realiteten var en slik påstand om straffrihet, måtte ankeinstansen dermed avgjøre om tvang i det hele tatt kunne være straffrihetsgrunn når uskyldige var drept. Dette spørsmålet var ikke direkte besvart i ICTYs egne statutter, og dommerne måtte derfor søke grunnlag for løsninger i andre kilder. Resultatet ble en dissensavstemning med tre mot to stemmer. Under annen gangs behandling i førsteinstansen (avgjørelsen som er blitt stående med rettskraft), drøftes ikke tvang som straffrihetsgrunn, ettersom Erdemovic her på nytt erklærte seg skyldig (og dermed ikke la ned påstand om straffrihet på grunn av tvang). Det er derfor ankeinstansens avgjørelse som danner grunnlaget for oppgaven.

Det skal innledningsvis også presiseres at det er et skille mellom straffrihetsgrunnene ”tvang” og ”ordre fra en overordnet”.⁶ Den sistnevnte har kommandolinjen i det militære som utgangspunkt, med de konsekvenser dette systemet oppstiller hvis man nekter å utføre ordren. Når det gjelder tvangssituasjoner, kan disse klart oppstå i forbindelse med at en ordre er gitt, slik vi skal se straks nedenfor at tilfellet var for Erdemovic.⁷ Konsekvensene som truer i bakgrunnen for gjerningsmannen og fremtvinger hans handlinger følger imidlertid ikke av det militære systemet – tvangssituasjonene er som vi skal se mer komplekse.

Oppgaven hører hjemme i internasjonal strafferett. Denne rettsdisiplinen omfatter overtredelser av folkeretten, altså de internasjonale forbrytelser. Den kan karakteriseres som møtepunktet mellom de strafferettslige sidene av internasjonal rett og de internasjonale sidene av nasjonal strafferett.⁸ Nedenfor, i avsnitt 2.2 om domstolens argumentasjon, vil vi erfare at dommerne ofte refererer til brudd på internasjonal humanitær rett, kortfattet det rettsområdet som søker å begrense unødig volds- og maktbruk i krigstider. Uten å gå nærmere inn på skillelinjer og definisjoner, vil jeg få understreke at brudd på internasjonal humanitær rett er blant dem som omfattes av og forfølges i tråd med internasjonal strafferett.⁹

⁵ Se Erdemovic IT-96-22, Trial Chamber I Judgement, avsnitt 10.

⁶ Slik Blakesley 1997 s. 219-220 og Rowe 1998 s. 216-217.

⁷ Se avsnitt 1.2.

⁸ Slik Kittichaisaree 2001 s. 3.

⁹ Se om dette for eksempel Carcano 2002 side 584.

1.2 Bakgrunn og saksgang

Faktum som ble lag til grunn i saken var følgende:¹⁰ 6. juli 1995 ble enklaven Srebrenica, som var erklært som et "sikkert område"¹¹ av FN, angrepet av den bosnisk-serbiske hæren. Fem dager senere var kampene over, og Srebrenica under hærens kontroll. Enklavens fall sendte tusenvis av sivile bosniske muslimer på flukt. Et ukjent antall søkte tilflukt i FN-basen i Potocari, men heller ikke her lot bosnisk-serberne seg stoppe. De muslimske mennene som ble funnet her, ble transportert med buss ut til ulike steder der de ble henrettet i løpet av dagene som fulgte. To av disse stedene er senere blitt lokalisert i tettstedet Pilica, nærmere bestemt ved Branjevo-gården og ved rådhuset på stedet.

Drazen Erdemovic, den gang 24 år gammel, var på denne tiden soldat i den bosnisk-serbiske hæren. Han hadde motvillig meldt seg til tjeneste for å få penger til mat til seg selv, sin kone og sitt barn. Etter innrulleringen ble Erdemovic beordret til å tjenestegjøre i Den 10ende sabotasjeenhet. Det var denne enheten som utførte de om lag 1.200 henrettelsene som fant sted ved den nevnte Branjevo-gården. Om morgenen 16. juli 1995 fikk Erdemovic sammen med syv medsoldater ordre om å dra til Branjevo-gården. I løpet av dagen ble så busslaster med muslimske menn kontinuerlig kjørt inn til gården og stilt opp i grupper av ti. Enheten Erdemovic var en del av henrettet så disse mennene, og Erdemovic mente at han personlig sto bak mellom 70 og 100 henrettelser.

Umiddelbart etter ordren om henrettelsene ble gitt, forsøkte Drazen Erdemovic å nekte å utføre den. Han ønsket ikke å være med på slik meningsløs slakting av mennesker. Av sine overordnede fikk han da beskjed om at han godt kunne nekte, men da fikk han stille seg opp sammen med de muslimske bosnierne og bli skutt sammen med dem. Erdemovic måtte altså velge mellom sitt eget liv og deres. Dessuten fryktet han at hans kone og barn også kunne rammes dersom han nektet.

Med støtte fra tre av sine medsoldater, klarte han senere å nekte å delta i de etterfølgende henrettelsene ved rådhuset i Pilica. To av medsoldatene samt Erdemovic selv ble senere forsøkt myrdet av en av sine kolleger for denne ordrenekten. Antagelig var dette etter ordre fra en høyerestående offiser.

¹⁰ Se Erdemovic IT-96-22, Trial Chamber I Judgement, avsnittene 76-82.

¹¹ Slike områder skal ikke være målet for bevæpnede offensiver eller andre typer fiendtlige angrep.

28. mars 1996 ble Drazen Erdemovic etter forespørsel fra ICTY overført fra Rest-Jugoslavia¹², der han satt i varetekt, til varetekt ved ICTY. Den 29. mai samme år tok anklageren ved ICTY så ut tiltale mot ham for forbrytelser mot menneskeheten, subsidiært for brudd på krigens folkerett. Erdemovic sa seg skyldig etter tiltalens første punkt, og den subsidiære tiltalen ble da raskt avvist fra domstolens side etter samtykke fra partene.¹³ 29. november 1996 ble Drazen Erdemovic så dømt til 10 års fengsel i førsteinstansen. Dommen ble anket med påstand om at straffen måtte settes ned til null på grunn av forholdene som forelå, subsidiært at straffutmålingen måtte reduseres vesentlig.¹⁴

Ankeinstansens avgjørelse kom 7. oktober 1997. Dommerne tok på eget initiativ opp spørsmålet om gyldigheten av Erdemovics erklæring om at han var skyldig.¹⁵ Herunder måtte de undersøke om erklæringen var avsagt frivillig, om Erdemovic var gitt tilstrekkelig informasjon før erklæringen og om erklæringen var entydig. Det var som nevnt under vurderingen av om påstanden var entydig at spørsmålet om tvang kunne være straffrihetsgrunn når det dreier seg om drap av uskyldige mennesker ble drøftet.¹⁶ Det var først hvis dette var en mulighet at Erdemovics erklæring ikke kunne sies å være entydig. Med tre mot to stemmer kom ankeinstansen til at tvang ikke kunne være straffrihetsgrunn i slike tilfeller, og dermed at erklæringen var entydig. Det var videre enstemmighet om at erklæringen var frivillig avsagt. Et flertall på fire fant imidlertid at erklæringen ikke var avsagt med tilstrekkelig informasjon om hva den innebar. I sum kunne tiltaltes erklæring som skyldig derfor ikke sies å være gyldig, og saken ble således tilbakevist til ny behandling i førsteinstansen. Som konsekvens av dette ble forsvarets påstand om å ikke ilegge straff (eller eventuelt sette ned straffen som ble gitt i førsteinstansen) ikke tatt til følge av ankeinstansen.¹⁷

Før annen gangs behandling forandret Erdemovic sin erklæring til at han var skyldig i brudd på krigens folkerett i form av drap, men ikke skyldig i forbrytelser mot menneskeheten. Anklageren trakk da det sistnevnte punktet i den opprinnelige anklagen.

¹² Den føderale jugoslaviske republikk (Serbia og Montenegro).

¹³ Se Erdemovic IT-96-22, Trial Chamber I Judgement, avsnittene 1-2.

¹⁴ Se Erdemovic IT-96-22, Appeals Chamber Judgement, avsnitt 11.

¹⁵ Ibid. avsnitt 16.

¹⁶ Se ovenfor avsnitt 1.1.

¹⁷ Se Erdemovic IT-96-22, Appeals Chamber Judgement, avsnittene 17-21.

5. mars 1998 ble så Drazen Erdemovic dømt til 5 års fengsel.¹⁸ Til denne avgjørelsen ble ingen anke inngitt, og dommen ble avsonet i Norge.

1.3 Dilemmaet bak tvang som straffrihetsgrunn

1.3.1 Innledning

Da henrettelsene fant sted, stod Erdemovic med våpenet i hendene og måtte vurdere sine handlinger raskt. Skulle han mot sin vilje følge ordren, og ta del i disse meningsløse drapene – eller skulle han la seg selv bli skutt? Hva ville skje med familien hans hvis han nektet? Det var hans egen, og kanskje også hans nærmestes eksistens som ble satt opp mot de uskyldige muslimske mennenes. I kalde tall var det kun tre mot mange titalls personer, men for Erdemovic selv var det alt han brydde seg om mot det som for ham var ukjente mennesker. Og hvis han ofret seg, ville bare en annen soldat ta plassen hans, og drepingen ville fortsette. Som medmenneske ser man at det er et umulig dilemma. Når et rettslig utgangspunkt skal tas, ligger imidlertid avveiningen på et annet nivå. På den ene siden har man det vanskelige valget som en person stilles ovenfor. På den annen side har man de verdier som berøres av handlingene. Skal jusen ta hensyn til at dette er et så å si umulig valg å ta for den jevne mann? Eller skal den stå på den andre siden og ta hensyn til de verdier som blir berørt av de grusomme handlingene, og heller kreve heltemot?

Videre i dette kapitlet skal det straks nedenfor trekkes frem en del moral-filosofiske argumenter som kan legges til grunn når man skal ta standpunkt til dette spørsmålet. I avsnittet deretter blir så tvang som straffrihetsgrunn satt inn i en historisk kontekst. Begge deler er verdifulle å ha som bakteppe ved den senere vurderingen av domstolens argumentasjon rundt dette spørsmålet.¹⁹

¹⁸ Se Erdemovic IT-96-22, Trial Chamber II Judgement, avsnitt 23.

1.3.2 Det moral-filosofiske bakteppet

Som moral-filosofisk grunnlag for å åpne for straffrihet der man har blitt tvunget til å drepe uskyldige, fremheves gjerne rimelighetsstandarden (engelsk: *reasonableness*),²⁰ målestokken om rimelighet eller fornuft i handlingene man begår som eksisterer i mange nasjonale rettsystemers strafferett.²¹ Denne normen har rot i rettens generelle søken etter allment aksepterte standarder for fremferd som kan sies å være anvendbar på alle individer.²² Den er altså i utgangspunktet objektiv på den måten at den ikke tar hensyn til tiltaltes subjektive eller faktiske mentale tilstand. Normen kan i følge Brooks skilles i en svak og en sterk form.²³ Den svake formen er der man sammenligner med en ”gjennomsnittsperson”, en som tenker, føler og opptrer som en ordinær, normal og typisk person. Å snakke om rimelighet i denne formen kan kritiseres, for det er lett å tenke seg eksempler der man må kreve mer enn hva en gjennomsnittsperson faktisk gjør – for eksempel når det gjelder fartsgrenser: Det er vanlig å overtrede dem, men det er ingen særlig diskusjon om at det likefullt må være straffverdig å gjøre slikt.

Den sterke formen av rimelighet har mer substans i så måte. Her er temaet ikke hva en normal person *ville* ha gjort, men hva han *kunne eller burde* ha gjort.²⁴ Dette vil oftest sette en strengere norm enn den svake versjonen. For å unngå ansvar, må personen opptre rimelig og fornuftig, tenke gjennom sine handlinger og etterfølgende konsekvenser, og opptre varsomt. Det er rom for større nyanser i denne versjonen, men den gir samtidig ikke rom for å ta hensyn til emosjonell tilstand hos personen. Sinne, stress, skam, ydmykelse og avsky er alle sinnstilstander som etter den svake formen kunne tilsi at en vanlig person ville handle annerledes enn hvis den var rolig. I den sterke versjonen er det ikke rom for andre sinnstilstander enn den veloverveide.²⁵

¹⁹ Se avsnitt 2.2 nedenfor.

²⁰ Se for eksempel Fletcher 1985 s. 949 ff og Brooks 2003 s. 869 ff.

²¹ I norsk strafferett kjenner vi dette igjen fra når skyldspørsmålet skal avgjøres: Det må være hevet over enhver rimelig og fornuftig tvil at tiltalte er skyldig for at han kan dømmes.

²² Også i erstatningsrett er denne målestokken sentral i vurderingene, for eksempel ved avgjørelsen av om culpa foreligger: Hvordan ville en rimelig og fornuftig person ha handlet?

²³ Se Brooks 2003 side 870 ff.

²⁴ Ibid. s. 872.

²⁵ L. c.

Brooks tar for seg hvordan de to versjonene slår ut anvendt på tilfeller som det Erdemovic havnet i.²⁶ I den svake versjonen er det vanskelig å påstå at en gjennomsnittlig, normal person ville handlet annerledes. Står man der og har valget mellom å skyte eller å bli skutt, vil de fleste skyte. Likeledes kan man gå til den sterke versjonen: Hvor gjennomtenkt og reflektert man enn er, vil man neppe velge andres liv fremfor sitt eget. Uansett hvilken form man velger av disse to, er det altså vanskelig å se Erdemovics handlingsvalg som noe annet enn rimelig og fornuftig.

En videreføring av denne tankegangen tilsier at en regel om at tvang ikke kan være straffrihetsgrunn der uskyldige blir drept, neppe heller vil ha noen allmennpreventiv effekt. Allmennprevensjon bygger på tanken om at man påvirkes i sine handlinger av en eksisterende straffetrussel. Når straffetrusselen etter ”common sense” ikke avskrekker mer enn følgene av å ikke begå lovbruddet, er effekten av trusselen liten: ”Hvis jeg dreper, blir jeg kanskje straffet på en eller annen måte – men hvis jeg ikke dreper, blir jeg faktisk drept selv!”.

Videre kan man gå til teorien om ”det minste ondet”, som også kan støtte opp om at tvang kan være straffrihetsgrunn i slike sammenhenger. Her er tanken at man må avveie konsekvensene av de ulike handlingsmønstrene, det vil altså si konsekvensene av om den tvungne dreper de uskyldige eller lar være. Man sammenligner utfallene av de to mulige veiene å gå, og så blir det riktige valget den veien som fører til det minste ondet av de to. Hvis eksempelvis Erdemovic hadde nektet å drepe og dermed latt seg skyte, ville hans død kommet i tillegg til muslimenes offer (disse ville blitt drept uansett). Dette ville da vært et onde som i tall var større enn dersom Erdemovic fulgte ordren og dermed overlevde selv. Fordi målet er å oppnå minst mulig skade, kan denne teorien kalles en utilitaristisk tankegang. Denne tankegangen om ”det minste ondet” er imidlertid ikke absolutt; det har i følge Fletcher vokst frem noen retningslinjer som stort sett er de samme i de ulike nasjonale rettsystemer.²⁷ Disse retningslinjene tilsier for det første at overtredelsen av straffebudet må være begått for å redde en større interesse enn den skaden som oppstår ved overtredelsen. For det andre må overtredelsen være den eneste mulige utvei for å unngå trusselen. Til sist er det også et krav om at handlingen

²⁶ Se Brooks 2003 s. 875.

²⁷ Se Fletcher 2000 side 774-775.

bare kan godtas dersom den er begått for å unngå en overhengende og nærstående fare for skade.

På den annen side av gjerdet kan man innta en mer absolutt holdning i tråd med det kategoriske imperativet Kant mente moralen måtte baseres på: Man skal handle etter den maksime som man samtidig mener skal være en allmenn lov.²⁸ Dette kan også uttrykkes i en humanitets-formulering: Man skal alltid handle slik at man betrakter menneskeheten i så vel egen person som hos enhver annen som et formål i seg selv, og aldri bare som et middel.²⁹ Mennesket har en uendelig stor verdi, og man skal derfor aldri bruke et annet menneske som et middel. Av dette følger det at man alltid må ofre seg i de situasjonene i strid der man må velge mellom å beholde sitt eget eller å ta uskyldiges liv. Det eksisterer en absolutt moralsk grense uavhengig av hva som er å forvente av en rimelig og fornuftig person. Selv om det er umenneskelig å kreve så mye av noen, er handlingene like umenneskelige. En annen, høyere standard enn den ovenfor omtalte rimelighetsstandarden må med andre ord legges til grunn.

Også de mer tradisjonelle straffeteorier kan benyttes som argument mot å tillate tvang som straffrihetsgrunn. Dienstag trekker i sin artikkel *Comment: Fedorenko v United States: War Crimes, the Defense of Duress, and American Nationality Law* frem allmennprevensjonen, som han mener kan ha en viss effekt også i situasjoner der man er truet på livet, på tross av det som er nevnt over med hensyn til rimelighetsstandarden og ”common sense”. Selv om man oftest vil velge sitt eget liv fremfor andres, mener han at en trussel om straff, og den tilhørende stigmatisering som forbryter, i det minste kan være med på å inspirere til heltemot.³⁰ Dienstag nevner videre hevn-tanker, om at forbrytelsen som er begått må hevnes og at forbryteren må bote for sine ugjerninger. Selv om mange vil hevde at denne hevn-tankegangen er foreldet og primitiv, gjør den seg fortsatt gjeldende i en rekke nasjonale rettssystemer. Til slutt nevnes også symboleffekten av å slå hardt ned på slike grusomheter. Dienstag tenker ikke da på allmennprevensjonen, men på hva man kan kommunisere til omverdenen ved eventuelt

²⁸ Se Kant 1996 s. 17.

²⁹ Se Saugstad 1995.

³⁰ Se Dienstag s. 148 ff. Dienstag kaller dette for et utilitaristisk argument. Han sikter da til de situasjoner der den tvungnes offer vil bli det eneste, det vil si at ingen andre vil bli drept dersom han nekter og dermed blir drept selv. Han har altså ”det minste ondet” (se ovenfor i dette avsnittet) som et mål.

å ikke tillate tvang som straffrihetsgrunn for slike forbrytelser. Man reiser med avstraffelsen et monument som viser at siviliserte samfunn ikke kan godta, og ikke på noen som helst måte anerkjenner, slike handlinger.

1.3.3 Historisk kontekst

I likhet med store deler av begrepsapparatet i internasjonal strafferett, er også begrepet ”tvang” en analogi fra nasjonal strafferett.³¹ De nasjonale strafferettssystemer er derfor et naturlig startsted for en oversikt over hva slags stilling tvang har hatt i den senere tid. Ved drapstiltale har denne straffrihetsgrunnen blitt noe ulikt behandlet i henholdsvis angloamerikanske og sivilrettslige rettsystemer. I de angloamerikanske systemene har det ikke vært mulig å bli frikjent på dette grunnlaget i det hele tatt når man har vært tiltalt for drap. I den engelske *Howe*-saken fra 1987 kommer dette eksempelvis klart frem i domsgrunnene fra Overhuset. I denne saken, hvor tiltalen lød på to drap samt et drapsforsøk, mente to av de tre gjerningsmennene at de var blitt tvunget til handlingene av tredjemann. Tvang ble her formelt avvist som straffrihetsgrunn ved drap og medvirkning til drap. I *Gotts*-saken fra 1991 gjentar Overhuset standpunktet, og avviser et slikt forsvar også ved tiltale om drapsforsøk. For USA sin del er utgangspunktet det samme, men det kan nevnes at den amerikanske *Model Penal Code*³² anbefaler at unntaket for drapstiltale fjernes, og at noen delstater har fulgt dette forslaget i sine straffelover.³³

I sivilrettslige rettsystemer er utgangspunktet det motsatte. Her er det intet eksplisitt unntak for noen typer av forbrytelser. Tysk, fransk og nederlandsk rett gir alle det samme resultat i så måte.³⁴ I norsk rett er det også en mulighet for at tvang kan være straffrihetsgrunn ved drapstiltale gjennom bestemmelsen om nødrett i straffelovens §

³¹ Internasjonal strafferett kan i det hele tatt i stor utstrekning ses på som en adopsjon av konsepter og begreper utviklet for nasjonal strafferett, se for eksempel Cassese s. 18-19.

³² *The Model Penal Code* er et dokument utarbeidet av American Law Institute, som ble publisert i 1962. Dokumentet var et revisjonsforslag til amerikansk strafferett, og har altså ingen bindende effekt.

³³ Se Fletcher 2000 s. 831.

³⁴ Se Slidrege 2003 s. 276-278.

47.³⁵ I dommen inntatt i Rt 1950 s. 377 førte dette imidlertid ikke frem. Her var tre norske politimenn tiltalt for å ha drept en motstandsmann. De ble tvunget til å utføre henrettelsen etter at motstandsmannen fikk sin dødsdom av en spesialdomstol opprettet av nazistene. Tvang ble ikke formelt avvist som straffrihetsgrunn, men retten fant at kravet til rettmessighet i nødrettsbestemmelsen ikke var oppfylt.³⁶ De tiltalte ble dermed dømt for forræderi og drap etter hhv straffelovens § 86 og § 233.

Tar vi skrittet over i rettshistorie av internasjonal karakter, er det naturlig å starte med å nevne *Llandovery Castle*-saken fra tysk høyesterett i 1921. Under første verdenskrig ble et britisk sykehuskip (kalt "Llandovery Castle") senket av et tysk slagskip. De to tiltalte tyske løytnantene ble dømt for å ha drept skipbrudne fra sykehuskipet etter ordre fra kommandanten deres (tanken bak henrettelsene var å slette alle spor etter den feilaktige senkningen). Tvang som straffrihetsgrunn ble påstått fra forsvarers side, men avvist av retten fordi den fant at trusselen om at de tiltalte ville bli drept av kommandanten ikke var reell.

Oppgjøret etter Annen verdenskrig utløste videre en lang rekke saker der spørsmålet om tvang som straffrihetsgrunn var aktuelt. Om Nürnberg-prosessene og de etterfølgende rettssakene kan det generelt sies at tvang ikke prinsipielt var utelukket som straffrihetsgrunn der tiltalte hadde tatt livet av uskyldige.³⁷ Det finnes imidlertid ingen eksempler på at dette forsvaret førte frem. I *Stalag Luft III*-saken, fra en militærdomstol i Hamburg i 1947, var 18 SS-medlemmer tiltalt for å ha drept 50 soldater fra det britiske luftforsvaret som hadde rømt fra krigsfangeleiren de satt i (denne het *Stalag Luft III*). Flere tiltalte påstod at de hadde handlet under tvang fra sine overordnede; de hadde blitt truet med drap og såkalt "slektsfengsel" (tysk: *Sippenhaft*), nemlig at hele familien ville bli holdt ansvarlig for det ene familiemedlemmets handlinger. Ingen av de tiltalte ble imidlertid frikjent som følge av dette. I *Einsatzgruppen*-saken ble det slått fast at det måtte gjelde absolutte grenser for når tvang som straffrihetsgrunn kunne komme til anvendelse. De tiltalte hadde vært medlemmer av spesialstyrker, de såkalte *Einsatzgruppen*, som hadde som oppdrag å likvidere all opposisjon mot nazi-regimet i Tyskland. Det ble slått fast av dommerne at

³⁵ Se Andorsen 1999 s. 257 ff.

³⁶ Ibid. s. 379-380.

³⁷ Se Slidregt 2003 s. 280.

generelt kunne ikke massedrap på sivile være straffritt, uansett om man var blitt tvunget til handlingene.

Også senere har det vært noen saker om krigsforbrytelser. Da Adolf Eichmann, Hitlers betrodde for å ta seg av ”jødespørsmålet”, ble oppsporet i sin dekning i Sør-Amerika i 1960, ble han ført til Israel og dømt til døden for sine forbrytelser av høyesterett der. Tvang ble nevnt som en teoretisk mulig straffrihetsgrunn, men det var åpenbart at tiltalte i denne saken ikke møtte kravene til å oppnå slik straffrihet – han hadde tvert i mot utført sine forbrytelser ”med glede”.

Siden har det vært lite aktivitet på området på det internasjonale plan inntil Erdemovic-saken kom opp for ICTY i 1996. Som nevnt førte heller ikke her forsvaret om tvang frem for tiltalte, men ble kun tatt hensyn til som en formildende omstendighet.³⁸ Til tross for at det var en prinsipielt interessant avgjørelse, fikk saken relativt lite oppmerksomhet i media. Årsaken til dette kan være at det her dreide seg om en ”fotsoldat” og ikke et av de store navnene fra konfliktene på Balkan, som f.eks. Slobodan Milosevic, Ratko Mladic eller Radovan Karadzic. Saken hadde i det hele tatt neppe kommet opp for tribunaleet hadde det ikke vært for at Drazen Erdemovic selv sto frem med sin historie i den franske avisen *Le Figaro* i 1995.

Etter dette har det ikke kommet avgjørelser i internasjonal strafferett som har bidratt til rettsutviklingen på området, hverken hos ICTY eller ICTR. Statuttene for begge disse domstolene er også tause når det gjelder tvang som straffrihetsgrunn, både generelt og spesielt. I 1998 ble imidlertid Roma-statuttene for ICC vedtatt, og disse trådte i kraft i 2002. Her finner man i artikkel 31 nr 1 d) at tvang kan være straffrihetsgrunn under nærmere angitte forutsetninger. Dette vil jeg komme nærmere tilbake til nedenfor i avsnitt 2.3. Disse statuttene er foreløpig siste skudd på stammen i rettsutviklingen når det gjelder tvang som straffrihetsgrunn i internasjonal strafferett, men med en permanent domstol for internasjonale straffesaker er det sannsynlig at rettsutviklingen i fremtiden vil få en noe større kontinuitet enn tilfellet har vært så langt. ICC har forøvrig ikke hatt noen saker oppe til doms enda.

³⁸ Se Erdemovic IT-96-22, Trial Chamber II Judgement, avsnitt 17.

2 Det materielle spørsmål

2.1 Rettsdogmatisk klassifisering

Før jeg tar for meg rettens argumentasjon, kan det være nyttig å komme med en nærmere presisering av hvordan tvang som straffrihetsgrunn klassifiseres rettsdogmatisk. I internasjonal strafferettslig terminologi plasseres tvang under såkalte *defences*³⁹ – direkte oversatt: Forsvar mot ilegging av straff. Slikt forsvar kan være enten helt (*complete*), der straff ikke vil ilegges i det hele tatt, eller delvis, der straffen som ilegges vil være redusert. Disse forsvarene kan være av både prosessuell og materiell karakter.⁴⁰ I sivilrettslige systemer, som her i Norge, skilles disse to typene av forsvar fra hverandre. Materielle *defences* vil være det vi etter norsk terminologi vil kalle straffrihetsgrunner og straffritaksgrunner. Tvang som straffrihetsgrunn er altså en materiell form for *defence*. Det ligger i navnet (*straff-frihets-grunn*) at slike forsvar også er hele (*complete*), det vil som sagt si at straff ikke ilegges i det hele tatt dersom de kommer til anvendelse.

Går man videre i terminologien om straffrihetsgrunner, kommer man til skillet mellom *justification*, rettmessighetsgrunn⁴¹, og *excuse*, unnskyldningsgrunn.⁴² Tvang kan, som både Sliedregt og Greenawalt påpeker, innta begge former.⁴³ Utgangspunktet for når tvang har den ene eller andre klassifiseringen er forholdsvis enkelt å forklare teoretisk: Dersom en handling i utgangspunktet er straffbar, kan det hende at den likevel må anses som rettmessig fordi man i et fremtvungent valg mellom to onder velger det som må anses som det rette. Dersom handlingen på den annen side ikke kan sies å være

³⁹ Termen er hentet fra angloamerikansk rett.

⁴⁰ Se Sliedregt 2003 side 229.

⁴¹ De norske begrepene rettmessighetsgrunn og unnskyldningsgrunn er hentet fra Andenæs 2001 s. 141.

⁴² Se om dette Cassese 2003 side 219-221, Fletcher 2000 side 759 ff, Sliedregt 2003 s. 229-231.

⁴³ Se henholdsvis Sliedregt 2003 s. 269-270 og Greenawalt 1984 s. 1897.

rettmessig, kan det likevel være at handlingsforløpet må anses som unnskyldelig. Tiltalte har da handlet under en så alvorlig trussel at handlingen ikke er straffverdig. For rettmessighetsgrunner vil fokuset være på handlingen i seg selv, mens for unnskyldningsgrunner flyttes fokus fra selve handlingen til de forholdene gjerningsmannen befant seg i. Det kan ha stor betydning hvilken av disse to kategoriene man plasserer tvang i. Hvis en gjerningsmann blir frifunnet med tvang som unnskyldningsgrunn, vil det fortsatt kunne være straffbart å medvirke til handlingen. Medvirkeren vil ikke automatisk være unnskyldt. Likeledes vil man være i sin fulle rett til å øve selvforsvar mot handlingen dersom den oppfattes som et angrep – angrepet er jo ikke rettmessig. Motsatt vil en handling som er rettferdiggjort gjelde med tilsvarende virkning for alle som er tilknyttet handlingen, også medvirkere. Fordi handlingen i seg selv vil være klassifisert som rettmessig, kan selvforsvar dermed ikke statueres mot slike handlinger. Man kan således si at *excuses* er personlige, mens *justifications* er universelle.⁴⁴

De fleste rettssystemer anerkjenner skillet mellom disse to. I tysk og nederlandsk rett går skillet mellom dem klart frem av vilkårene som kreves for at en handling skal være straffbar. Her er det tre trinn i resonnementet frem til å kunne si at en forbrytelse er begått. Først må naturligvis den objektive gjerningsbeskrivelsen være oppfylt – så må handlingen bli bedømt som rettstridig (altså ikke rettmessig) – og så til sist må handlingen være klanderverdig (altså ikke unnskyldelig).⁴⁵ I norsk rett er det på samme måte et straffbarhetsvilkår at det ikke må foreligge noen straffrihetsgrunn. Herunder undersøkes det først om det foreligger eventuelle rettmessighetsgrunner og dernest om det foreligger eventuelle unnskyldningsgrunner.⁴⁶

I angloamerikansk rett er ikke skillet mellom *justifications* og *excuses* kultivert på samme måte. Kriteriene for å kunne benytte seg av de to er sammenvevd. Fletcher mener dette delvis kan skyldes denne rettstradisjonens forkjærlighet for bruken av rimelighetsstandarden⁴⁷ og den (etter hans mening) ustrukturerte måten som anvendes

⁴⁴ Slik Fletcher 2000 s. 761 og 762.

⁴⁵ Se om dette Slidregt 2003 s. 229-230.

⁴⁶ Eksempelvis kan man undersøke om rettmessighetsgrunnen nødverge (jf straffeloven §48) foreligger. Dersom dette ikke er tilfelle, kan det hende at unnskyldningsgrunnen overskredet nødverge (jf straffeloven § 48 siste ledd) må komme til anvendelse – se om dette Andenæs 2001 s. 141.

⁴⁷ Se omtale ovenfor avsnitt 1.3.2.

for rettslige resonnementer på dette punktet.⁴⁸ Her spørres det som nevnt etter hva en rimelig og fornuftig person ville gjøre under gitte omstendigheter. Løsningen her vil på en og samme tid besvare både spørsmålet om handlingen er rettmessig, og hvis svaret er nei, om den er straffverdig (ikke unnskyldelig). Rimelighetsstandarden vil føre frem enten man anser handlingen som det ene eller andre – ingen annen rimelig og fornuftig person ville handlet annerledes, og da skal tiltalte ikke straffes. Sliedregt kommenterer at dersom man legger denne oppfatningen til grunn, kan forskjellen mellom de to rettstradisjonene i måten å resonnere rettslig på forklares med at angloamerikanske rettssystemer har et jurysystem der det kun skal besvares om tiltalte er skyldig eller ikke skyldig. I en slik vurdering vil skillet mellom rettmessige og unnskyldelige handlinger naturlig flyte over i hverandre; det er ikke hensiktsmessig å skille.

Når det skal tas stilling til om tvang kan fritas for straff, kan det imidlertid være av betydning om man har plassert tvang som en rettmessighetsgrunn eller en unnskyldningsgrunn. Når en handling er rettmessig, gjelder dette som nevnt universelt, og får ringvirkninger for alle som er tilknyttet denne handlingen. I tillegg vil ikke den tiltalte bare bli straffri, han vil til og med ha vært i sin fulle rett. Dette er en høyere terskel å komme over enn å si at en handling var gal, men at tiltalte likevel må unnskyldes på grunn av omstendighetene. Sliedregt påpeker i en kommentar til engelsk rett at den gjeldende holdning – at tvang av prinsipp ikke kan være straffrihetsgrunn for drap – kanskje kunne vært annerledes dersom man diskuterte dette ut fra et klart standpunkt om at tvang var en unnskyldningsgrunn, og ikke en rettmessighetsgrunn.⁴⁹ Da ville man unngå problemet med at handlingen ble rettferdiggjort, men oppnå større fleksibilitet. Når handlingen ikke bedømmes som rettmessig, viser jo det at man ønsker å stille seg bak de verdier som er angrepet ved handlingen som tiltalte har begått. Samtidig krever man ikke heltemot og at tiltalte ofrer seg.

Ytterligere noen presiseringer bør her gjøres. Tvang som *rettmessighetsgrunn* blir aktuelt når tiltalte kommer i en situasjon der han tvinges til å velge mellom to onder, og ved å velge det rette oppnår at handlingen blir rettmessig. Disse situasjonene

⁴⁸ Se Fletcher 1985 s. 954 ff.

⁴⁹ Se Sliedregt 2003 s. 273. Fletcher kommenterer på samme måte hvordan det antagelig ville være lettere for tiltalte å få medhold i at en unnskyldningsgrunn foreligger enn en rettmessighetsgrunn, se Fletcher 2000 s. 828.

kalles derfor *choice of evils*-tilfeller eller *necessity* (direkte oversatt: nødvendighet). Tvang som *unnskyldningsgrunn* kan forekomme i to former: Tvang som følge av omstendighetene rundt gjerningsmannen (*duress of circumstances*), eller tvang som følge av trusler fra andre (*duress per minas*) – slik tilfellet var i Erdemovic-saken. Cassese understreker at det er to viktige forskjeller mellom disse:⁵⁰ I de førstnevnte tilfellene er det de objektive omstendighetene som tvinger frem gjerningsmannens handlinger, og ikke en tredjeperson som ved trusler. Videre er det gjerningsmannen selv som i omstendighets-tilfellene ønsker å utføre de urettmessige handlingene; det er egne hensikter som ligger til grunn. Ved trusler er det motsatt en tredjeperson som har hensiktene bak handlingene som utføres, mens gjerningsmannen egentlig ikke har slike kriminelle hensikter.⁵¹ Det som kompliserer bildet, er at omstendighetstilfellene også blir kalt for *necessity*-tilfeller etter angloamerikansk rettstradisjon. Som Slidregt påpeker fremstår dermed *necessity* som en hybrid som kan være både en rettmessighetsgrunn og en unnskyldningsgrunn.⁵²

Til sist i dette avsnittet skal det nevnes at tvang også kan komme inn i bildet selv om det ikke godtas som straffrihetsgrunn, nemlig som formildende omstendighet. Denne formen er i en annen kategori. Med tvang som (rettmessiggjørende eller unnskyldende) straffrihetsgrunn vil skyldsspørsmålet besvares negativt, mens som formildende omstendighet vil tvangen først bli tatt hensyn til under straffutmålingen. Den kan da til og med kanskje settes helt ned til null – men tiltalte vil likefullt bli bedømt til å ha gjort noe straffbart. For Erdemovic var det som nevnt ikke som straffrihetsgrunn, men som formildende omstendighet at tvangen til slutt kom inn i bildet.⁵³

⁵⁰ Se Cassese 2003 s. 242.

⁵¹ Se om dette også Fletcher 2000 s. 818 ff og Kittichaisaree 1999 s. 263-264 og 273-275.

⁵² Se Slidregt 2003 s. 270.

⁵³ Se ovenfor avsnitt 1.2.

2.2 Domstolens argumentasjon

2.2.1 Oversikt

Av de fem hovedproblemstillingene ankeinstansen tok opp til drøfting, var det spørsmålet om tvang som straffrihetsgrunn som var det mest kritiske og som også skapte størst splittelse blant dommerne. ICTYs statutter er tause om dette punktet og kunne ikke gi noe svar, og med dette utgangspunktet var veien frem til en løsning forskjellig hos dommerne. Dommerne Vohrah og McDonald skrev felles domsgrunner for sitt syn, og endte opp i flertall ettersom dommer Li i sine domsgrunner sluttet seg til dem. Dommerne Cassese og Stephen hadde sammenfallende synspunkter som gikk i mot de tre førstnevnte. Jeg vil i dette avsnittet analysere de ulike argumentasjonsmønstrene, og søke å gi et bilde av hvilke linjer de ulike dommerne fulgte. Formålet med denne analysen er å klargjøre hvilke – om noen – realitetsforskjeller det er mellom de ulike oppfatningene. Jeg vil også se nærmere på hvordan andre, hypotetiske situasjoner der gjerningsmannen kommer i lignende dilemmaer må løses dersom man anvender den ene eller andre begrunnelse.

2.2.2 Dommerne Vohrah og McDonalds votum

Det felles votumet til dommerne Vohrah og McDonald kan grovt sett deles i to: Først bruker dommerne mye plass på å undersøke om det finnes svar på spørsmålet om tvang som straffrihetsgrunn ved drap på uskyldige i de tradisjonelle rettskildene i folkeretten. Dommerne finner at dette ikke er tilfelle, og søker dermed å finne svar i det de kaller ”policy and moral considerations”, altså politiske og moralske betraktninger.

Etttersom ICTYs statutter som nevnt⁵⁴ ikke direkte kan gi svar på problemet, tar dommerne utgangspunkt i art 38 i statuttene for Den internasjonale domstolen (ICJ⁵⁵)

⁵⁴ Avsnitt 2.2.1 ovenfor.

⁵⁵ International Court of Justice.

for å finne hvilke andre rettskilder som kan være relevante.⁵⁶ Bestemmelsen lister opp de rettskilder som etter sedvane eksisterer i internasjonal rett. Dommerne starter med å undersøke om det kan sies å foreligge internasjonal sedvanerett som besvarer spørsmålet.⁵⁷ I denne undersøkelsen er det avgjørelser fra rettsoppjøret etter Annen verdenskrig som blir benyttet. En rekke avgjørelser trekkes frem. Det blir ikke sagt noe om det er *obiter dictum* eller *ratio decidendi* som blir hentet ut, det snakkes kun om hvilke avgjørelser som taler for og i mot. Særlig omtale får avgjørelser som *Stalag Luft III-saken Feurstein-saken* og *Jepsen-saken* fra engelske domstoler i Tyskland, *Hölzer et al-saken* fra en canadisk militærdomstol og *Einsatzgruppen-saken* fra det andre tribunalet i Nürnberg (IMT⁵⁸). Dette er antagelig fordi disse sakene særlig har blitt diskutert blant dommerne før voteringen fant sted. De dommene som McDonald og Vohrah finner taler for å tillate tvang som straffrihetsgrunn ved drap på uskyldige, blir ikke tillagt vekt av dommerne av ulike grunner (for eksempel at de mangler internasjonal karakter fordi nasjonal rett ble anvendt, at begrunnelsene ikke er grunnlagt i noen autoritativ kilde og/eller at de ikke er i tråd med den gjeldende rettsoppfatning). De slutter ut fra denne rettspraksisen at det ikke kan sies å være etablert noe internasjonal sedvanerett på dette området.⁵⁹ Kravene til slik sedvanerett henter McDonald og Vohrah fra North Sea Continental Shelf-sakene som gikk for ICJ: Det må være en utbredt og lik praksis støttet av *opinio juris*⁶⁰ i folkeretten.⁶¹ Dommerne vurderer avgjørelsene som foreligger som for inkonsistente og varierte i resultat til å kunne fylle kravene til slik sedvanerett. Det kan her virke som om dommerne anstrenger seg for å kunne komme til konklusjonen om at det ikke foreligger noen sedvanerett som kan løse spørsmålet. De sakene som taler for at tvang kan være straffrihetsgrunn der uskyldige er blitt drept, blir grundig undersøkt for å finne momenter som trekker ned

⁵⁶ Se Erdemovic IT-96-22, Appeals Chamber Judgement, Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah avsnitt 40.

⁵⁷ Ibid. avsnittene 41-55.

⁵⁸ The International Military Tribunal.

⁵⁹ Se Erdemovic IT-96-22, Appeals Chamber Judgement, Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah avsnitt 55.

⁶⁰ Uttrykket kan oversettes med "allmenn rettsoppfatning".

⁶¹ Se Erdemovic IT-96-22, Appeals Chamber Judgement, Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah avsnitt 49.

deres vekt. De som taler mot får derimot stå relativt udiskutert. Man kan si at tolkningen av denne rettspraksisen er målrettet i så måte eller farget av den hovedkonklusjonen dommerne ønsker å komme til.

Dommerne fortsetter sin søken etter relevante rettskilder som kan løse spørsmålet med en bred undersøkelse av nasjonal rett i forskjellige stater verden rundt. De ønsker å finne ut om det eksisterer et ”general principle of law recognised by civilized nations”. Argumentasjonen dommerne kommer med for at dette kan være en rettskilde,⁶² synes noe unødvendig ettersom de som nevnt ovenfor allerede har vist til hva som er rettskildene i internasjonal rett. McDonald og Vohrah tar med en rekke land verden over i sin undersøkelse, både fra sivilrettslig og angloamerikansk rettstradisjon. I samsvar med det som er beskrevet ovenfor i avsnitt 2.1, finner dommerne at tvang i prinsippet kan være straffrihetsgrunn i sivilrettslige rettssystemer, også for en soldat som er tiltalt for forbrytelser mot menneskeheten eller krigsforbrytelser som innebærer drap av uskyldige. Når det gjelder rettssystemer med bakgrunn i angloamerikansk rettstradisjon, gjelder imidlertid det motsatte. De finner at det er umulig å forene disse to utgangspunktene, og at det således ikke er noen konsistent konkret regel som besvarer spørsmålet om tvang kan være straffrihetsgrunn for drap på uskyldige personer.⁶³ Det undersøkelsen imidlertid viser, er at tvang generelt kan være en formildende omstendighet i begge rettstradisjoner.⁶⁴

Etter på denne måten å ha uttømt kildene, vender dommerne seg mot de nevnte betraktningene av politiske og moralske hensyn. De foretar altså rene vurderinger, med grunnlag i ”the specific context in which [ICTY] was established, the types of crimes over which it has jurisdiction, and the fact that the [ICTY]’s mandate is expressed in the Statute as being in relation to ‘serious violations of international humanitarian law’.”⁶⁵

Betraktningene er lange og omstendelig grunnlagt.⁶⁶ Det som må trekkes ut som dommernes hovedpoeng, er at det i internasjonal humanitær rett må settes et absolutt moralsk krav til stridende og soldater om å beskytte uskyldige menneskeliv.

⁶² Ibid. avsnitt 56.

⁶³ Ibid. avsnitt 72.

⁶⁴ Ibid. avsnittene 62-65.

⁶⁵ Ibid. avsnitt 72.

⁶⁶ Ibid. avsnittene 72-78.

Internasjonal humanitær rett søker blant annet å beskytte svake og sårbare mennesker i situasjoner der deres liv er truet. Tvang kan derfor etter dommernes mening ikke tillates som straffrihetsgrunn der uskyldige er drept. En slik moralsk absolutthet minner om Kants kategoriske imperativ som er omtalt ovenfor i avsnitt 1.3.2.

Som støtte for dette absolutte kravet kommer dommerne med argumenter som kan forstås på bakgrunn av andre av de moral-filosofiske hensyn som er nevnt ovenfor i avsnitt 1.3.2. Viktigst av disse er det som kan leses som allmennpreventive hensyn.⁶⁷ Dommerne tar opp den ”normative effekten” retten må ha overfor potensielle lovbrøyttere. Som nevnt kan det diskuteres hvilken allmennpreventiv effekt det vil ha at en handling er straffbar når det dreier seg om situasjoner der gjerningsmannen tvinges på livet. Dette drøftes imidlertid ikke av dommerne.⁶⁸

For ikke å svekke den allmennpreventive effekten eller la det råde tvil om den, kan det heller ikke etter dommernes mening gjelde noe unntak for de situasjoner der ofrene, uansett hva gjerningsmannen gjør, hadde blitt drept.⁶⁹ Den utilitaristiske logikken som sier at dette er et resultat av målet om færrest mulig drepte, kan ikke dommerne støtte. Dette ville etter Vohrah og McDonalds mening medføre en tilfeldig fordel for tiltalte i de situasjoner dette ville være aktuelt, i motsetning til de situasjoner der ofrene ville blitt spart uten tiltaltes bidrag. Det vises også til at det er umulig for dommerne å veie menneskeliv i tall på denne måten.

Dommerne tar videre opp problemet med den såkalte rimelighetsstandarden. Etter deres mening kan det heller ikke hevdes at straffrihet må foreligge fordi ingen annen

⁶⁷ Ibid. avsnitt 75.

⁶⁸ Dette usikre faktiske grunnlaget for en allmennpreventiv virkning svekker etter min mening dette argumentet nokså kraftig. Ettersom det allmennpreventive argumentet er så viktig for å begrunne dommernes hovedstandpunkt om en absolutt moralsk grense, kan det muligens stilles spørsmål også ved holdbarheten av argumentasjonen som helhet.

Man kan i tråd med dette også stille spørsmål ved allmennprevensjonens rettslige legitimitet, i tråd med Jacobsens betraktninger i ”Menneskevern eller menneskeverd?” (se Jacobsen 2004). Hans poeng er blant annet at når allmennprevensjonen blir det viktigste grunnlag for straff, blir tiltalte et redskap for samfunnet. Den enkeltes interesser vurderes ned i forhold til samfunnets interesser. Skal dette være legitimt, må det blant annet være sikkert at den ønskede effekten oppnås, slik at samfunnet virkelig nyter godt av å ”ofre” tiltalte.

⁶⁹ Se Erdemovic IT-96-22, Appeals Chamber Judgement, Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah avsnitt 79-80.

rimelig og fornuftig person ville handlet annerledes i tilsvarende situasjoner.⁷⁰ Den absolutte moralske grensen må i følge dommerne gjelde enda mer når det er snakk om soldater eller stridende.⁷¹ Det må kunne forventes en høyere grad av karakterstyrke blant disse når de konfronteres med slike valg sammenlignet med vanlige sivilister. Dommerne kvalifiserer i realiteten her rimelighetsstandarden i skjerpene retning på grunnlag av rolleforventninger.

Det er påfallende hvordan dommerne stort sett anvender argumenter tett opptil de som tradisjonelt er gitt i angloamerikanske rettssystemer for å begrunne sitt standpunkt om en absolutt moralsk grense. Felles for disse argumentene er at de alle støtter opp under dommernes syn.

Til sist kommenterer også dommerne at det er unøyaktig å si at retten *krever* at den tvungne skal ofre livet sitt dersom tvang ikke tillates som straffrihetsgrunn.⁷² Ved at tvangen også som nevnt kan være en formildende omstendighet, påpekes det at man oppnår stor fleksibilitet i straffeutmålingen. Straffen kan settes kraftig ned; i noen tilfeller helt ned til null. Det er derfor ingen absolutte krav til å ofre seg for ikke å få straff i ettertid. Til dette kan det kommenteres at en slik løsning også på mange måter er den letteste veien ut; man slipper å ta stilling til det vanskelige spørsmålet om tiltalte skal være straffri. Dommerne kommenterer heller ikke at tiltalte ved dette mister muligheten til å bli frikjent, som jo kan være av stor betydning for vedkommende.

Det er i fortsettelsen av dette også påfallende hvordan dommerne unnlater å diskutere sondringen mellom tvang som rettmessighetsgrunn og tvang som unnskyldningsgrunn, og eventuelle konsekvenser av denne sondringen. Som nevnt ville det kanskje vært enklere å godta tvang som straffrihetsgrunn dersom man var bevisst på at den, i situasjoner lik den Erdemovic kom opp i, bare kunne være aktuell som unnskyldningsgrunn.⁷³

⁷⁰ Ibid. avsnitt 82 ff.

⁷¹ Ibid. avsnitt 84.

⁷² Ibid. avsnittene 85-87.

⁷³ Se ovenfor avsnitt 2.1.

2.2.3 Dommer Lis votum

Dommer Lis votum støtter i resultat McDonald og Vohrahs votum, men er i argumentasjonen en slags mellomløsning mellom dem og mindretallets vota. Li finner nemlig i likhet med Cassese⁷⁴ at det foreligger en generell regel om tvang som straffrihetsgrunn i internasjonal strafferett. Det er fra praksis ved internasjonale og nasjonale militærdomstoler som har anvendt internasjonal rett Li trekker denne slutningen.⁷⁵ Han stiller i grove trekk opp de samme kravene for at regelen skal komme til anvendelse som Cassese gjør.

Fra denne generelle regel mener Li likefullt at det også er etablert et unntak for de tilfeller der det dreier seg om de verste forbrytelsene, "(...) for instance, the killing of innocent civilians or prisoners of war (...)".⁷⁶ Unntaket støtter han på avgjørelsene i *Hölzer-*, *Feurstein-* og *Jepsen-*sakene. I følge Lis resonnement kan tvang her ikke være straffrihetsgrunn, men bare være et formildende moment under straffutmålingen. Dermed har han i konklusjon kommet til samme løsning som McDonald og Vohrah. Personlig synes han også at både regelen og unntaket er "reasonable and sound"⁷⁷. Litt spesielt er det at Li fortsetter å argumentere for sin løsning ut fra mer generelle betraktninger selv om han mener den nevnte rettspraksisen er tilstrekkelig til å statuere den.⁷⁸ Her sier han også at når man ikke kan finne generell støtte for noen spesiell regel i verdens rettsystemer sett under ett, bør man velge den løsningen fra nasjonal rett som best beskytter de uskyldige. Det er etter min mening litt vanskelig å følge resonnementet til Li her – først sier han at det eksisterer både en generell regel og et spesielt unntak om tvang som straffrihetsgrunn i internasjonal humanitær rett – og deretter undersøker han nasjonale rettsystemer, noe som da ikke er nødvendig. Etter IJs statutter artikkel 38⁷⁹ nr 2 er nemlig nasjonal rett kun en subsidiær rettskilde i internasjonal rett.

⁷⁴ Se avsnitt 2.2.4 under.

⁷⁵ Se Erdemovic IT-96-22, Appeals Chamber Judgement, Separate and Dissenting Opinion of Judge Li avsnitt 4-5.

⁷⁶ Ibid. avsnitt 5 i f.

⁷⁷ Ibid. avsnitt 8.

⁷⁸ L. c.

⁷⁹ Som nevnt i avsnitt 2.2.2 ovenfor uttrykker denne artikkelen folkerettslig sedvane.

Li fortsetter med å kommentere noen av innsigelsene fra mindretallet. Når det gjelder *Einsatzgruppen*-saken, er han enig med McDonald og Vohrah i at denne saken ikke kan tillegges særlig vekt som rettskilde, dog på et noe annet grunnlag.⁸⁰ Han mener nemlig at støtten som tilkjennegis i saken for å tillate tvang som straffrihetsgrunn også der uskyldige blir drept kun nevnes som *obiter dictum*.

Li tar også med at selv om ofrene ville drepes uansett om tiltalte utførte handlingen eller ei, kan det ikke ha noen betydning. En slik løsning ville etter hans mening være absurd, fordi det ville rettferdiggjøre handlingene til alle som deltok i en felles massakre på uskyldige.

Det som er verdt å merke seg med dommer Lis votum, er imidlertid at han mener det er klart at Erdemovic aldri var ute etter å fremme tvang som straffrihetsgrunn, men som en formildende omstendighet.⁸¹ Det er da noe påfallende at Li bruker store deler av sitt votum for å argumentere mot at tvang kan være straffrihetsgrunn når uskyldige er drept. Dette får i sin helhet da status som et *obiter dictum* i hans votum – drøftingen var ikke nødvendig for hans konklusjoner.⁸²

Det er uansett nokså nøyaktig å si at Li ligger på linje med Vohrah og McDonald i sine oppfatninger om tvang som straffrihetsgrunn, og han gir også sin støtte til deres votum i spørsmålet.⁸³ Heretter blir denne konstellasjonen av Li, Vohrah og McDonald kalt "flertallet".

2.2.4 Dommer Casseses votum

Dommer Casseses kommer frem til en annen løsning enn flertallet. Han finner at det i internasjonal strafferett foreligger en generell regel om tvang som straffrihetsgrunn. Videre finner han at ettersom det ikke er mulig å finne en spesiell regel for tilfellene der

⁸⁰ Se Erdemovic IT-96-22, Appeals Chamber Judgement, Separate and Dissenting Opinion of Judge Li avsnitt 9 og 10.

⁸¹ Ibid. avsnitt 11-17.

⁸² Mer om dette Newman 2000 s. 168-169.

⁸³ Se Erdemovic IT-96-22, Appeals Chamber Judgement, Separate and Dissenting Opinion of Judge Li avsnitt 12.

uskyldige er blitt drept, må det i slike tilfeller slutes fra den generelle regelen. Utgangspunktet er dermed etter Casseses mening at tvang i prinsippet kan være straffrihetsgrunn også der uskyldige er blitt drept.

Som bakgrunn for dette tar Cassese utgangspunkt i avgjørelsene fra rettsoppgjøret etter Annen verdenskrig.⁸⁴ Også her trekkes særlig *Jepsen-*, *Stalag Luft III-*, *Feurstein-* og *Hölzer et al-*sakene frem. I *Feurstein*-saken fremhever Cassese at tvang ikke ble påstått av forsvaret, og at dommerens uttalelser om saken dermed kun er *obiter dictum* og derfor ikke kan tillegges særlig vekt. Når det gjelder *Hölzer et al*-saken vedgår Cassese at tvang som straffrihetsgrunn der uskyldige blir drept uttrykkelig avvises i dommens *ratio decidendi*. Cassese fremhever imidlertid at dommeren også understreket at det var nasjonal rett og ikke internasjonal rett som ble anvendt i saken. I *Einsatzgruppen*-saken ble som nevnt den motsatte løsning på spørsmålet støttet.⁸⁵ Ettersom det amerikanske tribunalet som avgjorde denne saken var opprettet på grunnlag av en avtale mellom de fire okkupasjonsmaktene i Tyskland etter krigen, Control Council Law No. 10, mener Cassese at avgjørelsen må ha større vekt i internasjonal rett enn avgjørelser fra de nasjonale tribunalene etter Annen verdenskrig.⁸⁶

Videre trekker Cassese frem en rekke saker som flertallet ikke kommenterer, men som etter hans mening må ha stor relevans. I disse sakene ble brudd på internasjonal humanitær rett som involverte drap på uskyldige ikke unntatt fra rammen av hva tvang kunne være straffrihetsgrunn for. I noen av sakene ble de tiltalte også frikjent på dette grunnlaget.⁸⁷ Særlig er en gruppe av tyske avgjørelser interessante, ettersom de ble avsagt under Control Council Law No. 10 og dermed har et internasjonalt preg.

Cassese kommer etter dette til den nevnte konklusjonen om at det i internasjonal humanitær rett ikke foreligger noen *spesiell* sedvaneregel for spørsmålet om tvang som

⁸⁴ Se Erdemovic IT-96-22, Appeals Chamber Judgement, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese avsnitt 18 ff.

⁸⁵ Se avsnitt 2.2.3 over.

⁸⁶ Se Erdemovic IT-96-22, Appeals Chamber Judgement, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese avsnitt 27.

⁸⁷ Ibid. avsnitt 31-39 ff. Verdt å merke seg av disse er i følge Cassese særlig *Eichmann*-saken fra israelsk høyesterett, som følger angloamerikansk rettstradisjon.

straffrihetsgrunn der uskyldige blir drept.⁸⁸ Han sier da at ”[i]n logic, if no exception to a general rule be proved, then the general rule prevails.”, altså at den generelle regel må gjelde dersom det ikke finnes unntak for spesielle typer situasjoner.⁸⁹ Det er her det store skillet settes i forhold til flertallets votum. Flertallet vender som nevnt her blikket mot nasjonal rett og endelig mot politiske og moralske vurderinger.

Den generelle regelen deler Cassese opp i fire strenge, kumulative krav. De fire kravene kan skjematisk stilles opp slik:⁹⁰

1. Handlingen må være utført under trussel om at gjerningsmannen eller andre umiddelbart vil påføres alvorlig og varig skade på liv eller legeme. Trusselen må være umiddelbar, reell og klar.
2. Det kan ikke være noen annen måte for siktede å gjøre tingene på for å unngå at trusselen realiseres. Alle andre utveier må være stengt.⁹¹
3. Ondet som oppstår ved at siktede utfører den tvungne handlingen må være mindre enn det ondet som blir truet med å øves dersom siktede nekter. Dette kalles proporsjonalitetskravet. Det krever altså en avveining, der det som fører til det minste av de to onder vil være det rettmessige handlingsmønsteret.
4. Den siktede må ikke frivillig ha frembrakt tvangssituasjonen – han kan ikke under noen omstendighet støtte den handlingen han tvinges til å gjøre.

Cassese kommenterer betingelsene, og sier at der den aktuelle handlingen innebærer drap på uskyldige, er det vanskeligst å møte kravet til proporsjonalitet (krav nr 3 i min oppregning). For eksempel mener Cassese at kravet kanskje aldri vil kunne møtes når det gjelder det å ofre en annen for sitt eget liv, fordi det er enorme ”(...) philosophical, moral, and legal difficulties in putting one life in the balance against that of others (...)”.⁹² Han bemerker imidlertid også at det i følge rettspraksisen er et relevant hensyn å legge vekt på om forbrytelsen uansett ville funnet sted, uavhengig av tiltaltes

⁸⁸ Ibid. avsnitt 40 og 41.

⁸⁹ Ibid. avsnitt 11 (i).

⁹⁰ Ibid. avsnitt 16 og 41.

⁹¹ Krav 1 og 2 har sin bakgrunn i ”the moral choice test” som ble etablert av IMT. Testen gikk i korte trekk ut på om tiltalte hadde noe reelt moralsk valg om å la være å utføre ugjerningen.

⁹² Ibid. avsnitt 42.

handling under tvang. En ordrenekt vil da ikke ha noen annen nytte enn å sette "(...) a heroic example for mankind (...)"⁹³ Dette er i tråd med den utilitaristiske tankegangen om "det minste ondet".⁹⁴

Kravet om at tiltalte ikke frivillig kan ha frembrakt tvangssituasjonen (krav nr 4 etter min oppregning) er et resultat av en *culpa in causa*-tankegang. *Culpa in causa* (direkte oversatt: skyld i årsaken) er et begrep som brukes generelt om de tilfeller hvor skyld knyttet til tiltaltes tidligere handlinger forhindrer ham fra å utnytte en straffrihetsgrunn.⁹⁵ Det er med andre ord ingen grunn til å unnskyldte tiltalte fordi han handlet under tvang dersom han selv er skyld i at denne situasjonen oppstod.⁹⁶ Samtidig kan det nevnes at Cassese også nevner rolleforventninger slik som flertallet gjør. Militær eller sivil rang er, i følge ham, et moment som må vurderes.⁹⁷ Desto lavere rang tiltalte har, desto mindre sannsynlig er det at han hadde noe reelt moralsk valg i tvangssituasjonen.

Cassese går til angrep på at flertallet støtter seg på nasjonal rett; først søker de etter en løsning fra ulike lands rettssystemer verden over, for deretter – når dette viste seg umulig – å avgjøre spørsmålet ut fra en vurdering av politiske og moralske hensyn, som etter Casseses mening er klart farget av den angloamerikanske rettstradisjon.⁹⁸ Han begrunner angrepet for det første med at rettstradisjonen i internasjonal rett tilsier at alle mulige rettskilder på internasjonalt nivå må utforskes før man vender seg mot nasjonal rett. Som nevnt ovenfor ignorerer flertallet etter Casseses mening viktige avgjørelser der tvang som straffrihetsgrunn har vært drøftet. For det andre tar Cassese fatt i fenomenet internasjonal rett som en sammensmeltning av lov og rett fra ulike rettssystemer, der ingen av disse systemene skal ha forrang. For det tredje viser Cassese til den faren for upresisitet og usikkerhet bruk av nasjonale rettskilder i internasjonale prosesser medfører. Når statutter i internasjonal rett inneholder begreper som har sitt opphav i nasjonal rett, påpeker han at det først må avgjøres om disse begrepene har en helt

⁹³ Ibid. avsnitt 44.

⁹⁴ Se omtale ovenfor i avsnitt 1.3.2.

⁹⁵ Mer om dette i Slidregt 2003 side 238-239.

⁹⁶ Se Erdemovic IT-96-22, Appeals Chamber Judgement, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese avsnitt 17.

⁹⁷ Ibid. avsnitt 51.

⁹⁸ Ibid. avsnitt 11.

autonom betydning i internasjonal rett. Hvis dette ikke kan sies å være tilfelle, må dommeren se om betydningen av begrepet ved overføring til internasjonal rett er blitt endret som en tilpasning til det nye bruksområdet. Dersom heller ikke denne undersøkelsen gir positive svar, er man først berettiget til å benytte en nasjonal betydning av et begrep slik det tolkes og oppfattes der.

Cassese er også sterkt kritisk til å basere løsninger i strafferett utelukkende på politiske og moralske betraktninger,⁹⁹ slik flertallet gjør, ettersom legalitetsprinsippet står spesielt sterkt på strafferettens område (ingen forbrytelse uten lov, latin: *nullum crimen sine lege*). Finner man ikke løsninger på det internasjonale plan, må man etter Casseses mening i tråd med dette prinsippet, som en siste utvei, søke løsninger i den nasjonale retten det kunne forventes at tiltalte var kjent med – nemlig hans egen.¹⁰⁰ For Erdemovics del ville dette vært det tidligere Jugoslavias rett, som forøvrig åpnet for tvang som straffrihetsgrunn generelt. Cassese påpeker at en slik løsning også ville være i tråd med det internasjonale strafferettslige prinsippet om at tvilen skal komme tiltalte til gode.¹⁰¹

I likhet med flertallet kommer imidlertid også Cassese med noen betraktninger som kan sies å være av moralsk og politisk karakter, selv om han ikke benytter denne betegnelsen eksplisitt. Det viktigste må i følge Cassese nemlig være at retten ikke skal sette "intractable standards" for hvordan man skal opptre.¹⁰² Den må være basert på hva man i et samfunn "(...) can reasonably expect of its members."¹⁰³ Rimelighetsstandarden er med andre ord et sentralt argument for Cassese. Selv om han henter den formelle begrunnelsen for sitt standpunkt fra tradisjonelle folkerettslige rettskilder, viser altså også Casseses votum tegn på at hans moralske og politiske vurderinger kan ha vært motiverende for løsningen han falt ned på.

Til sist skal det nevnes at Cassese mener at det å redusere tvang til en formildende omstendighet, slik flertallet gjør,¹⁰⁴ ikke er tilfredsstillende fordi tiltalte da

⁹⁹ Ibid. avsnitt 49.

¹⁰⁰ Ibid. avsnitt 49 i f.

¹⁰¹ Se mer om dette under kapittel 3.

¹⁰² Se Erdemovic IT-96-22, Appeals Chamber Judgement, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese avsnitt 47.

¹⁰³ L. c.

¹⁰⁴ Se avsnitt 2.2.2 ovenfor.

mister sjansen til å bli frikjent.¹⁰⁵ Imidlertid tar heller ikke Cassese opp hva slags betydning det kunne få å vurdere tvang med et klart utgangspunkt i at det kun er en unnskyldningsgrunn, og ikke en rettmessighetsgrunn.

2.2.5 Dommer Stephens votum

Dommer Stephen kommer som Cassese frem til at det foreligger en generell regel om tvang som straffrihetsgrunn som må komme til anvendelse også i de situasjoner der uskyldige er drept.¹⁰⁶ Stephen går imidlertid en litt annen vei for å komme til denne konklusjonen. Han finner at avgjørelsene fra rettsoppgjøret etter Annen verdenskrig i så stor grad har anvendt nasjonal rett (med unntak av *Einsatzgruppen*-saken og *Stalag Luft III*-saken) at det vanskelig kan sies at det er etablert noen *internasjonal* sedvaneregel som besvarer spørsmålet.¹⁰⁷ I tråd med rettskildelæren i folkeretten vender han seg derfor mot generelle rettsprinsipper anerkjent av siviliserte stater.¹⁰⁸ Han viser til flertallets gjennomgang av nasjonale rettsystemer, og sier at dersom det ikke var for unntaket for drap som eksisterer i de fleste angloamerikanske rettstradisjoner, ville det være liten tvil om at tvang som straffrihetsgrunn ville være et slikt generelt rettsprinsipp.¹⁰⁹ Når det gjelder dette unntaket, fremhever Stephen imidlertid at det er fremvokst med tanke på de situasjoner der tiltalte hadde et *valg* om sitt eget eller offerets liv – og ikke der offeret ville blitt drept uansett, slik det var i Erdemovics tilfelle. Han foretar med andre ord en slags innskrenkende tolkning av anvendelsesområdet for unntaket, og finner at unntaket ikke kan gjelde for den situasjonen Erdemovic befant seg i. Dette støtter han på en bred gjennomgang av

¹⁰⁵ Se Erdemovic IT-96-22, Appeals Chamber Judgement, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese avsnitt 48.

¹⁰⁶ Se Erdemovic IT-96-22, Appeals Chamber Judgement, Separate and Dissenting Opinion of Judge Stephen avsnitt 63.

¹⁰⁷ Ibid. avsnitt 24.

¹⁰⁸ Ibid. avsnitt 25.

¹⁰⁹ Ibid. avsnitt 26.

engelsk rettspraksis og teori, som har hatt en stor rolle i å påvirke rettsutviklingen på dette området.¹¹⁰

Ettersom Stephen i det vesentlige og i resultat kommer til samme løsning som Cassese, kalles disse to heretter for ”mindretallet”.

2.2.6 Oppsummering

De prinsipielle forskjellene mellom henholdsvis flertallets og mindretallets argumentasjon skal kort oppsummeres. Flertallet mener at tvang ikke kan være straffrihetsgrunn der uskyldige er drept, fordi det foreligger en absolutt moralsk grense når det gjelder uskyldige menneskeliv. Dette støtter de særlig på allmennpreventive argumenter. De mener også at regelen må gjelde med større styrke der det er snakk om soldater eller stridende. Mindretallet mener på den annen side at det eksisterer en generell regel om tvang som straffrihetsgrunn, og at man ikke prinsipielt kan utelukke å anvende denne på de situasjoner der uskyldige er drept. Det stilles opp fire kumulative krav for at denne generelle regelen skal kunne komme til anvendelse: For det første må handlingen må være utført med trussel om at gjerningsmannen eller andre umiddelbart vil påføres alvorlig og varig skade på liv eller legeme. Det kan for det andre ikke være noen annen måte for siktede å gjøre tingene på for å unngå at trusselen realiseres. For det tredje må det ondet som oppstår ved at siktede utfører den tvungne handlingen være mindre enn det ondet det blir truet med å øve dersom siktede nekter. Og for det fjerde må den siktede ikke frivillig ha frembrakt tvangssituasjonen. Som grunnlag for regelen mindretallet stiller opp står særlig rimelighetsstandarden sterkt.

¹¹⁰ Ibid. avsnittene 30-61.

2.2.7 Hva argumentasjonen innebærer

Votaene som ble gitt i Erdemovic-saken angående spørsmålet om tvang som straffrihetsgrunn der uskyldige er drept, var som nevnt kun et ledd i et resonnement hvor målet var å finne ut om Erdemovic virkelig hadde erklært seg skyldig i førsteinstansen eller ikke.¹¹¹ Løsningene henholdsvis flertallet og mindretallet fant på spørsmålet, hadde dermed ingen direkte rettsvirkning for Erdemovic. Som et ledd i å se på hva slags andre rettslige virkninger dommen kan ha, er det derfor nyttig å vurdere votaene etter deres innhold. Dette krever at man undersøker nærmere hva henholdsvis flertallets og mindretallets argumentasjon innebærer. For å illustrere dette, skal jeg nå vri litt på situasjonen Erdemovic kom opp i. Jeg vil vurdere fem hypotetiske scenarioer og se hvordan disse kunne blitt bedømt av de ulike konstellasjonene.

2.2.7.1 Eksempel 1: Tvunget til henrettelse I

La oss først si at Erdemovic alene blir plukket ut til å forestå henrettelsene av muslimske menn. Tvangssituasjonen er den samme. Dersom han nekter og dermed blir straffet med livet, vil imidlertid ingen ta hans plass, og henrettelsene ikke bli effektivt. Erdemovic utfører likevel henrettelsene av frykt for sitt liv.

Flertallets syn er klart: Tvang kan prinsipielt ikke være straffrihetsgrunn der uskyldige har blitt drept. Dette er en absolutt sperre som ikke gir rom for vurderinger. Erdemovic ville dermed ikke blitt frikjent dersom man følger deres argumentasjon.

Når det gjelder mindretallet, er det noe større rom for vurderinger. Kravet om reell trussel er her oppfylt, likeledes er det ingen andre utveier. Erdemovic kan heller ikke sies frivillig å ha frembrakt tvangssituasjonen, selv om han meldte seg til tjeneste selv. Problemet blir imidlertid proporsjonalitetskravet. Hvis Erdemovic nekter å følge ordren vil bare han selv bli drept. Hvis han derimot følger den, blir mange drept. "Det minste ondet" vil antagelig være å ofre seg selv, selv om man kan si at det er et urimelig krav. Han ville derfor antagelig heller ikke vært straffri dersom man ser saken med mindretallets øyne.

¹¹¹ Se avsnitt 1.2 ovenfor.

2.2.7.2 Eksempel 2: Tvunget til henrettelse II

Vi tenker oss så at Erdemovic (heretter kalt ”offiseren”) isteden er en offiser, som tvinges over radio av sine overordnede til å henrette mennene med minoritetsbakgrunn i den lille grenda troppen hans nettopp har beleiret. I følge ordren er det viktig at han gjør det selv, slik at det ikke blir vitner. Han nekter, men blir da truet med å bli betraktet som desertør og forræder og dermed drept når troppen hans kommer til hovedkvarteret senere i uken. Han tenker over dette, og finner ut at det letteste for ham er å følge ordren.

Når det gjelder flertallet, er det igjen det klare utgangspunktet at tvang ikke unnskylder for straff når uskyldige blir drept. Dette absolutte kravet gjelder ikke minst for militære med høyere rang, i tråd med rolleforventninger man kan ha om slike. Offiseren ville dermed ikke blitt frikjent dersom man følger flertallets argumentasjon.

Etter mindretallets argumentasjon vil kravet om at alle andre utveier må være utprøvd neppe være innfridd. Her har han muligheten til å flykte selv eller eventuelt la mennene flykte. Kravet om umiddelbar og klar trussel er heller neppe oppfylt. Det er dager til trusselen eventuelt blir effektivt, og det er heller ikke sikkert at det faktisk vil skje. Det er heller ikke sikkert at handlingene blir utført dersom han lar være, ettersom hans overordnede krever at han skal gjøre det selv. Hans militære rang som troppskommandør er også noe mindretallet ville lagt vekt på i negativ retning for ham. Det er ganske klart at tvang som straffrihetsgrunn etter mindretallets syn ikke ville ført frem her.

2.2.7.3 Eksempel 3: Tvunget til henrettelse III

I en leir med krigsfanger, deriblant Erdemovic, har leirsjefen bestemt at noen av fangene skal skytes på grunn av lite medgjørighet under avhør. Erdemovic (heretter kalt ”mannen”), som står i et noe bedre lys hos leirledelsen, blir da beordret til å skyte sine medfanger, som er svært medtatte etter tøffe avhør, og antagelig ikke overlever et døgn til uansett. Han nekter og ber dem om å ta seg av dette selv. En av leirvaktene kommer da bort med en avbitertang og biter resolutt av bit av den ene lillefingeren på mannen. Han blir så fortalt at han kan gå på sykestua og få sydd på fingertuppen. Dersom han ikke kommer direkte tilbake og foretar henrettelsene, vil de fortsette å gå over kroppen hans med avbitertangen. Han gjør da det han blir beordret til.

For flertallet kommer igjen det kategoriske unntaket inn om at der drap på uskyldige gjennomføres, kan ikke tvang føre til straffrihet. De nevner ikke noen spesielle hensyn som må tas eller spesielle unntak som må gjøres for tilfeller av denne typen. Det er derfor vanskelig å si noe annet enn at mannen ville dømmes etter flertallets argumentasjon.

Her vil det for mindretallet åpenbart være en konflikt med proporsjonalitetsvilkåret. Mannen blir ikke truet på livet objektivt sett, men slik er tilfellet for medfangene. Ondet som følger av å utføre ordren vil være større enn det som følger av å la være. I utgangspunktet ville mannen derfor antagelig bli dømt dersom man følger mindretallets argumentasjon. I tilfeller av denne sort, mener imidlertid Cassese i følge sitt votum at det er umulig å kreve at et menneske skal utstå slike prøvelser.¹¹² Intet rimelig og fornuftig menneske ville utholde slik smerte for å være helt, mener han. Det er således på grensen av hva man kan forvente etter rimelighetsstandarden. Etter Casseses argumentasjon ville derfor tvang som straffrihetsgrunn kunne føre frem her. Dette er et interessant resonnement, siden Cassese samtidig, i sin kommentar til proporsjonalitetskravet, poengterer at det er vanskelig, for ikke å si umulig, å vurdere liv mot liv.¹¹³ Cassese mener altså at det ikke kan forventes at man utstår å bli pint, men at det derimot er mulig at man må tåle å bli drept.

2.2.7.4 Eksempel 4 – tvunget til henrettelse IV

La oss så tenke oss at Erdemovic (heretter kalt "landsbymannen") er bosatt i en landsby der det også bor en del muslimske familier. En dag kommer den bosnisk-serbiske hæren og samler sammen mennene fra disse muslimske familiene. Landsbymannen blir tvunget til å være med på å ta livet av dem. Familien hans får pistolmunninger rettet mot hodene sine, og det blir fremsatt trusler om at de vil bli drept dersom han ikke gjør som soldatene sier. Han spør hvorfor de ikke kan gjøre udådene selv, og får til svar at det gjør de hvis ikke han tar seg av det, men de synes det er "mye artigere" hvis han gjør

¹¹² Se Erdemovic IT-96-22, Appeals Chamber Judgement, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese avsnitt 47.

¹¹³ Se avsnitt 2.2.4 over.

det. Han nekter, og de tar da livet av den minste sønnen hans. Motvillig skyter han da de muslimske mennene med våpenet han har fått utdelt, og familien hans blir spart.

Det nye i dette eksempelet er at det er andre enn gjerningsmannen selv trusselen rettes mot. Flertallets sperre ved drap på uskyldige står muligens ikke like sterkt når det er uskyldige som er truet på begge sider av gjerdet. I tillegg er landsbymannen en sivilist. Flertallets absolutte regel er særlig rettet mot militære og stridende. Det er derfor en viss mulighet for at landsbymannen her kunne gått fri dersom man følger flertallets vurdering. Det er imidlertid ikke mulig å utlede noe helt sikkert.

Etter vilkårene mindretallet stiller opp for den generelle regel, er det uten betydning hvem trusselen rettes mot. Det vil dermed bero på en proporsjonalitetsvurdering om tvangen her skal føre til straffrihet etter mindretallets syn. Det går frem av eksempelet at muslimene vil bli henrettet uansett, og det må da sies å være et større onde at både familien og muslimene blir drept enn dersom familien spares. Dersom man følger mindretallets vurdering vil landsbymannen derfor kunne frikjennes.

2.2.7.5 Eksempel 5: Tvunget til tortur I

La oss si at Erdemovic (heretter kalt "soldaten") er vernepliktig soldat og tvinges til å torturere med elektrisk strøm en politisk leder for den muslimske gruppen som er tatt til fange. Soldaten vet at mannen risikerer store skader av behandlingen, men at han neppe vil dø av det. Soldaten blir truet med at han vil bli skutt dersom han ikke gjør som han får ordre om. Han prøver å nekte, men han får da en pistol rettet mot seg av sin overordnede. Han skjønner at dersom han ikke gjør som han blir beordret, vil bare en annen soldat hentes til samme ærend, og han utfører derfor torturen. Politikeren dør ikke, men får store brann- og sjokk-skader, samt at han blir steril og lam i deler av kroppen.

Her er det ikke liv som blir tatt. Flertallet er tause når det gjelder hvordan regelen bør være i tilfeller der det ikke er snakk om drap på uskyldige.¹¹⁴ Det moralske dilemmaet om å vurdere et liv mot et annet er unngått her. Det kan imidlertid stilles

¹¹⁴ De finner som nevnt at det ikke eksisterer noen generell regel om tvang som straffrihetsgrunn i internasjonal strafferett, se avsnitt 2.2.2 over.

spørsmål ved om flertallet ville kommet til en lignende absolutt løsning også for tilfeller der uskyldige tortureres. Det er fortsatt snakk om en overtredelse av internasjonal humanitær rett, der de mener det moralske kravet må være høyt. Likeledes dreier det seg om en soldat, og til slike bør det stilles høye krav om karakterstyrke (i tråd med rolleforventninger). Det er dermed ikke helt klart at soldaten ville kunne være straffri etter flertallets argumentasjon.

For mindretallet er det proporsjonalitetskravet som blir det sentrale her. Skadene offeret påføres er tilsynelatende et mindre onde enn om soldaten blir drept. Dette kan imidlertid diskuteres, ettersom politikerens skader er omfattende og bidrar til svært redusert livskvalitet. Som nevnt er det likevel ikke snakk om å vurdere liv mot liv. I tillegg taler det til tiltaltes fordel at han er nederst på den militære rangstigen, og at handlingen uansett ville bli begått – dette i tråd med den utilitaristiske tankegangen om færrest mulig ofre. Det er derfor mulig at mindretallets argumentasjon kan peke i retning av straffrihet her.

Endres scenarioet noe, og man sier at soldaten ikke var vernepliktig, men tvert i mot frivillig innmeldt i en beryktet militærjunta, kunne det også diskuteres om kravet mindretallet stiller opp om ikke frivillig å ha gått inn i situasjonen var oppfylt (culpa in causa-betraktninger). Soldaten ville i så tilfelle ha utvist støtte til saken, og kanskje kunne ha forventet slike situasjoner.

2.2.7.6 Eksempel 6: Tvunget til tortur II

I dette siste eksempelet tenker vi oss at Erdemovic (heretter kalt "legen") er lege i den bosnisk-serbiske hæren. Han blir tvunget av sine overordnede til å torturere krigsfanger med diverse instrumenter. Grunnen til at nettopp han plukkes ut til dette oppdraget, er at han som lege vet hvordan man kan plage et menneske mest mulig uten at det dør av det. Legen blir truet med ladd pistol, og det er ikke tvil om at trusselen er reell. Han vet at dersom han ikke utfører torturen, vil noen som ikke er legekundige gjøre det. Det er da svært sannsynlig at liv vil gå tapt. De som tortureres får skader som tap av sanser og forkrøpling av lemmer.

Forskjellen i faktum mellom denne situasjonen og den forrige vil antageligvis ikke bidra til at noe klart svar kan gis ut fra flertallets standpunkt. Det blir igjen et spørsmål om de ville innta en absolutt holdning til slike ugjerninger, eller om de kanskje

ville anvende en regel som gir større rom for vurderinger. Det er vanskelig å si noe sikkert om dette.

For mindretallet står, i likhet med eksempelet over, proporsjonalitetskravet sentralt i vurderingen av denne situasjonen. Igjen er skadene på ofrene omfattende, men uten at liv blir tatt. I tillegg kommer det faktum at torturofrene kunne blitt drept dersom ikke nettopp legen var den som gjennomførte torturen. Den eventuelle døden kunne på den annen side også sies å være en befrielse fra uutholdelig smerte. Verdien av et liv står likevel så høyt, at det nok må sies at legen her velger det minste ondet. Det er dermed etter min mening mulig at legen ville kunne være straffri slik mindretallets argumentasjon fremstår.

2.2.8 Konklusjoner og vurderinger

Eksemplene ovenfor viser at både flertallets og mindretallets argumentasjon inneholder nyanser. Det er mulig å tenke seg praktiske scenarioer der tvang kunne vært straffrihetsgrunn etter begge løsninger, også der uskyldige drepes. Dette spillerommet er imidlertid betraktelig mindre etter flertallets standpunkt enn etter mindretallet sitt. Den absolutte tilnærmingen flertallet fastholder er enkel å håndtere, men den fjerner også til en stor grad muligheten for tiltalte til å frikjennes i eventuelle situasjoner der det synes urimelig å straffe ham for sin opptreden. Mindretallets argumentasjonslinje er mer tiltalende i så måte. Her er det større muligheter for å ta hensyn til verdier på begge sider.

Det er videre verdt å merke seg at de løsningene henholdsvis flertallet og mindretallet representerer, kan sies i stor grad å avhenge av dommernes etiske forestillinger. For flertallet er det det absolutte moralske kravet som har stått helt sentralt, mens mindretallet er opptatt av at man ikke kan kreve heltemot og martyrvirksomhet. Sammensetningen av domstolen kan derfor sies å ha vært avgjørende for hva som ble stående som resultat. Dette er ikke helt uproblematisk, ettersom ICTY er en internasjonal domstol som representerer en rekke ulike stater, som representerer ulike verdier og ulike tilnærminger til dette problematiske rettsspørsmålet. Man kunne

ønsket seg at votaene tok konsekvensene av dette mangfoldet i større grad, snarere enn at de enkelte dommernes personlige standpunkt skulle være avgjørende.

Tvang som straffrihetsgrunn der uskyldige er drept har, som fremstillingen ovenfor har vist, historisk sett ofte vært fremmet til forsvar i saker om brudd på internasjonal humanitær rett. Det er (dessverre) svært sannsynlig at problemstillingen vil dukke opp også i fremtiden. I utgangspunktet er det derfor ikke usannsynlig at Erdemovic-avgjørelsen vil kunne bli brukt som presedens i senere avgjørelser. Særlig kan dette tenkes innenfor ICTY-systemet, der dommen ble avsagt.¹¹⁵ Denne avgjørelsen er utvilsomt den siste av internasjonal karakter som sier noe prinsipielt om temaet.

Imidlertid er det flere forhold som kan tale mot at dommen får særlig rettslig rekkevidde. Ett forhold er at spørsmålet om tvang som straffrihetsgrunn ble avgjort med største mulige dissens (tre mot to). Hadde domstolen hatt en annen sammensetning, ville resultatet muligens ha gått motsatt vei. Som fremhevet innledningsvis i dette avsnittet, kan resultatet som ble stående også kritiseres. Dette finnes det eksempler på i rettsteorien, blant annet hos Sliedregt, Howe og Newman.¹¹⁶

At votaene som ble avgitt i forbindelse med spørsmålet om tvang som straffrihetsgrunn ikke hadde direkte rettsvirkninger, taler også i mot at løsningen vil bli fulgt opp senere.

Sist, men ikke minst, har nå ICC kommet på banen. I statuttene deres (artikkel 31) er tvang som straffrihetsgrunn tillatt uten prinsipielle reservasjoner for tilfellene der uskyldige er blitt drept.¹¹⁷ Selv om disse statuttene ikke er uttrykk for sedvanerett, er det sannsynlig at de kan bli det over tid. Vurderingene gjort i Erdemovic-avgjørelsen kan da muligens bli gjort nytte av, men resultatet vil antagelig ikke bli fulgt opp her.

I sum tilsier dette at man skal være forsiktig med å si at Erdemovic-avgjørelsen uttrykker hva som nå er gjeldende rett i internasjonal strafferett, selv om den nødvendigvis må vurderes og tas hensyn til i senere saker.

¹¹⁵ Slik Howe s. 228. Denne domstolen er imidlertid ingen permanent domstol, den er et såkalt *ad hoc*-tribunal for konfliktene i det gamle Jugoslavia.

¹¹⁶ Se henholdsvis Sliedregt 2003 s. 290, Howe 1998 s. 213-220 og Newman 2000 s. 169-170.

¹¹⁷ Se avsnitt 2.3 straks nedenfor.

2.3 Forholdet til ICC-statuttenes løsning

Roma-statuttene for ICC ble ferdigforhandlet i 1998, altså etter ankeavgjørelsen i Erdemovic-saken. Over 120 land fra hele verden deltok i forhandlingene. Her finner vi i artikkel 31 "[g]rounds for excluding criminal responsibility" – direkte oversatt grunner for å ekskludere straffansvar. Det er verdt å merke seg at samlebetegnelsen "defences", som før har vært vanlig å bruke, ikke benyttes her. Det nye ordvalget minner om den sivilrettslige måten å klassifisere på, der de materielle forsvar mot straff er atskilt fra de prosessuelle.¹¹⁸ Artikkelen skiller imidlertid ikke mellom rettmessighetsgrunner og unnskyldningsgrunner – det er altså ikke klargjort om de angitte straffrihetsgrunnene rettferdiggjør handlingen eller kun unnskylder gjerningsmannen. Dette er i tråd med den angloamerikanske tilnæringsmåten,¹¹⁹ og for så vidt dommernes votaer i Erdemovic-avgjørelsen.¹²⁰ Bestemmelsen har dermed ikke bidratt til å oppklare den forvirringen som hersker på dette området.¹²¹ Det er som tidligere nevnt mulig at man ved å unnlate en slik sonndring kan bidra til at terskelen for å frifinnes blir høyere.¹²²

Artikkel 31 har en egen, sammenslått regel om *necessity* og tvang i nr 1 d):¹²³ Forbrytelser som ICC har jurisdiksjon over skal ikke straffes dersom de er

"forårsaket av en tvangssituasjon som følge av en trussel om nært forestående fare for død eller kontinuerlig eller overhengende fare for alvorlig skade på legeme mot denne person [tiltalte] eller en annen person, og personen opptrer ut fra nødvendighet og på en rimelig måte for å avverge denne faren, forutsatt at vedkommende person [tiltalte] ikke har til forsett å forårsake en større skade enn den som blir søkt avverget. Slik trussel kan enten være

- i) fremsatt av andre personer, eller

¹¹⁸ Se ovenfor avsnitt 2.1.

¹¹⁹ L. c.

¹²⁰ Se ovenfor avsnitt 2.2.

¹²¹ Se om dette Slidregt 2003 s. 229-230, 242, 273 og 280.

¹²² Se ovenfor avsnitt 2.1.

¹²³ At det ikke skilles spesielt mellom *necessity* og tvang, avspeiler utviklingen slik den har vært i mange nasjonale rettssystemer – slik er saken for eksempel i tysk rett, jf den tyske straffeloven (*Strafgesetzbuch*) § 35. (Se om dette Jeschek 2004 side 48.)

- ii) fremskaffet av andre omstendigheter som ligger utenfor denne personens [tiltaltes] kontroll.”¹²⁴

Man kan av dette utlede tre krav for tvang¹²⁵ som straffrihetsgrunn. For det første må handlingen være utført under trussel om at tiltalte eller andre umiddelbart ville påføres alvorlig og varig skade på liv eller legeme. Dette kravet kjenner vi igjen fra slik mindretallet fremstilte den generelle regelen de gikk ut fra.¹²⁶

For det andre må siktedes handlinger for å unngå at trusselen realiseres være ”nødvendige” og ”rimelige”. Dette ligner også på ett av kravene mindretallet stilte opp – men hos dem var kravet tilsynelatende noe strengere; det skal ikke være noen annen utvei for tiltalte.¹²⁷ Til dette kan det kommenteres at når ICC skal tolke ”nødvendig” og ”rimelig”, vil den antagelig legge opp til en norm der disse to ikke kan sies å være oppfylt dersom det fantes noen annen vei ut av tvangssituasjonen. Det er dermed neppe noen realitetsforskjell mellom statuttens krav og mindretallets krav.

For det tredje sier statuttene at ondet som oppstår ved at siktede utfører den tvungne handlingen må være tilsiktet å være mindre enn det ondet som blir truet med å øves dersom siktede nekter. Dette proporsjonalitetskravet er identisk med det kravet mindretallet stilte opp.¹²⁸

Mindretallet har imidlertid med et fjerde krav, som sier at tiltalte ikke frivillig måtte ha frembrakt situasjonen.¹²⁹ Dette nevnes ikke i statuttene. Som nevnt er dette kravet imidlertid et utslag av *culpa in causa*-betraktninger, som gjelder generelt, og som også vil gjøre seg gjeldende for ICC dersom det er aktuelt i en konkret sak. Dette kravet innebærer således heller ingen realitetsforskjell mellom slik henholdsvis mindretallet og statuttene stiller opp den generelle regel om tvang som straffrihetsgrunn.

Når det gjelder det absolute unntaket som flertallet mener må gjelde for de tilfeller der uskyldige er drept, er statuttene tause. Da statuttene skulle vedtas, var dette

¹²⁴ Oversettelsen er hentet fra Ot.prp. nr 95 (2000-2001).

¹²⁵ Som omtalt ovenfor i avsnitt 2.1 oppstår tvangstilfeller når trusselen er fremsatt av andre personer, altså alternativ i) i den gjengitte regelen.

¹²⁶ Se avsnitt 2.2.4 over.

¹²⁷ L. c.

¹²⁸ L. c.

¹²⁹ L. c.

ikke overraskende et stridstema.¹³⁰ Men man kom til enighet til slutt, slik at tvang som straffrihetsgrunn dermed ble fullstendig etablert i ICC-systemet uten unntak for spesielle typer av forbrytelser. Resultatet fra flertallets votum i Erdemovic-avgjørelsen kan dermed ikke sies å ha blitt fulgt opp i ICCs statutter på samme måte som mindretallets løsning.

¹³⁰ Se *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute; Issues, Negotiations, Results* s. 208)

3 Legalitetsbetraktninger

3.1 Innledning

Som tidligere nevnt, er ICTYs statutter tause når det gjelder straffrihetsgrunner. Ikke uventet ble dette problematisk for dommerne i Erdemovic-saken, og argumentasjonen til de ulike dommerne fulgte da også til dels svært forskjellige spor.¹³¹ Denne situasjonen gjorde at man kan stille noen spørsmål med hensyn til legalitet. Jeg skal i dette kapitlet skissere disse spørsmålene, uten at jeg tar sikte på en utførlig behandling av dem.

Legalitetsprinsippet, i korthet beskrevet ved at ingen skal holdes strafferettslig ansvarlig (og straffes) uten hjemmel i gjeldende rett, står sterkt i internasjonal strafferett. Tanken bak dette prinsippet er først og fremst å sikre forutberegnelighet for den enkelte i de handlinger han foretar seg, samt å hindre maktmisbruk fra overnasjonale myndigheters side. Etter annen verdenskrig er det i folkeretten kommet flere menneskerettighetskonvensjoner der prinsippet er nedfelt.¹³² Disse konvensjonene retter seg riktignok etter ordlyden mot nasjonale rettsprosesser, men de har så bred oppslutning, og er så sentrale, at det nå må sies å være akseptert at prinsippet også gjelder for straffeprosesser på det internasjonale plan. Prinsippet er også nedfelt i den tredje Geneve-konvensjonen om krigsfanger og i den fjerde Geneve-konvensjonen om sivile. I nyere tid har statuttene til ICTY og ICTR kommet til, som også støtter seg på prinsippet (om enn implisitt), og ikke minst ICC-statuttene som eksplisitt nedfeller det i sin artikkel 22 pkt. 1 og 2.

Også for legalitetsprinsippet sin del har internasjonal strafferett adoptert dets innholdet fra de nasjonale rettssystemer. Herfra kan det trekkes ut at prinsippet har fire aspekter.¹³³ For det første inneholder det et påbud om at det må foreligge støtte i

¹³¹ Se avsnitt 2.2 ovenfor.

¹³² Se for eksempel FN-pakten om sivile og politiske rettigheter art 15, Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen art 7 og Den amerikanske menneskerettighetskonvensjonen art 9.

¹³³ Slik Cassese 2003 s. 141-142, Asp 1999 s. 27-28.

skreven rett for at en handling skal kunne være en forbrytelse. Domstolene skal ikke kunne bedømme en handling som straffbar uten at de har hjemmel for dette i skreven rett. Man skal til enhver tid kunne planlegge sine handlinger ut fra loven, uten å bli overrasket av en kreativ domstol. For det andre er det et forbud mot analogier. Å anvende et straffebud analogisk vil si å anvende det på handlinger som ligger utenfor det egentlige anvendelsesområdet – for eksempel på situasjoner som ligner den som er omfattet av straffebudet, men der en eller flere av omstendighetene ikke er sammenfallende. For det tredje er det et forbud mot tilbakevirkning. Dette innebærer altså at handlingen ikke kan gjøres straffbar etter at den er begått. For det fjerde er det et krav om en viss presisjon og bestemthet i straffebestemmelsen. Det skal være mulig å forstå hva den innebærer, og den skal omfatte rimelig avgrensede typer av handlinger.

I angloamerikanske rettsystemer er det, som Cassese påpeker, tendenser til at tilnærmingen til to av disse aspektene er noe modifisert.¹³⁴ Bakgrunnen for denne modifiserte tilnærmingen er at strafferetten til en stor grad er domstolsskapt i slike rettsystemer. Dette resulterer for det første i at strafferetten kan mangle noe av den presisjon og forutsigbarhet man kan forvente av skriftlige kilder. For det andre viser yngre engelsk rettspraksis at tilbakevirkningsforbudet ikke er like strikt anvendt her, og dette er også til en viss grad godtatt av Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD).

En annen side av legalitetsprinsippet, som kan komme inn ved vurderingen av de fire ovenfor nevnte aspektene, er prinsippet om *favor rei*, som gjelder generelt i straffeprosessen.¹³⁵ Dette uttrykket kan oversettes med ”i favør av tiltalte”. Som en del av legalitetsprinsippet innebærer dette at dersom det er tvil om hvordan en regel skal være, skal man legge til grunn den løsning som er gunstigst for tiltalte.

¹³⁴ Se Cassese 2003 s. 142.

¹³⁵ Dette er for eksempel også kjent fra bevislæren, der prinsippet er uttrykt som at man skal la eventuell tvil komme tiltalte til gode (se Cassese 2003 s 157).

3.2 Legalitetsspørsmål i Erdemovic-avgjørelsen

Det er tre problemstillinger om legalitet som utmerker seg i Erdemovic-avgjørelsen når det gjelder behandlingen av spørsmålet om tvang som straffrihetsgrunn. For det første har man det faktum at straffrihetsgrunner ikke var tydelig lovfestet i noen autoritativ rettskilde. Det kan dermed stilles spørsmål ved om man således kom i konflikt med kravet til hjemmel i skreven rett. Det som først kan presiseres her, er at selve *forbrytelsene* Erdemovic var tiltalt for var en del av gjeldende rett på den tiden han deltok i massakrene.¹³⁶ Handlingene i seg selv var altså kriminaliserte.

Straffrihetsgrunner kan imidlertid være vel så viktig å ha en klar hjemmel for, ettersom dette går direkte på muligheten til å forutberegne følgene av sine handlinger. Som Rowe påpeker, kan manglende lovfesting også lede til vanskeligheter for tiltalte når det gjelder å vite om man skal fremme omstendigheter rundt hendelsen som en straffrihetsgrunn, eller kun som en formildende omstendighet.¹³⁷ I Erdemovic-saken førte slik forvirring som nevnt til at man måtte diskutere om skyldig-erklæringen virkelig var entydig eller ei.¹³⁸

For det andre kan man også se dette som et spørsmål om manglende spesifisering av rettsreglene. Gjeldende rett tilsa at straffrihetsgrunner kunne komme inn i bildet, det var det ikke uenighet om. Spørsmålet var bare om tvang var en av dem. Asp skriver i sin artikkel "Bokføringsbrott och legalitet" fra 1999 om begrensninger i legalitetsprinsippets anvendelsesområde.¹³⁹ Her sier han blant annet at negative "rekvisitter", herunder unntaksregler som straffrihetsgrunner, i stor utstrekning kan falle utenfor anvendelsesområdet. Han begrunner dette med at disse for det første innskrenker straffansvaret og dermed er til fordel for den tiltalte. Å spekulere i straffrihetsgrunner trenger ikke så stort vern som den positive kriminaliseringen av handlinger. I tillegg tilhører straffrihetsgrunnene strafferettens alminnelige del, og dette er etter Asps mening ikke legalitetsprinsippets primære anvendelsesområde.

¹³⁶ Forbrytelsene det dreide seg om var som nevnt forbrytelser mot menneskeheten og brudd på krigens folkerett. Selv om ICTYs statutter for så vidt ble til etter at forbrytelsene ble begått, er det ikke tvil om at disse forbrytelsene fra før hadde status som internasjonale forbrytelser etter folkerettslig sedvane.

¹³⁷ Se Rowe 1998 s. 225.

¹³⁸ Se avsnitt 1.2 ovenfor.

For det tredje kan man hevde at tvilen som hersket blant dommerne burde vært løst ut fra *favor rei*-prinsippet. Mindretallets løsning strider ikke mot dette. Flertallet går derimot videre til moralske og politiske betraktninger når de ikke finner noen løsning i tradisjonelle folkerettslige rettskilder. Som Cassese hevder¹⁴⁰, burde kanskje flertallet, i tråd med det nevnte prinsippet, heller løst sitt dilemma ved å anvende den rett som Erdemovic måtte antas å kjenne best (her: jugoslavisk rett). Det kan imidlertid hevdes at legalitetsprinsippet er kun et prinsipp, og ingen direkte bindende rettsregel.¹⁴¹ Dette innebærer at dersom legalitetsprinsippet møter vektige argumenter som taler for at det må settes til side, kan det faktisk fravikes. Det skal imidlertid vanligvis mye til. Det kan hende flertallet mente slike vektige argumenter forelå her, men da er det etter min vurdering bemerkelsesverdig at de ikke kommenterer dette i sitt votum.

Til sist i dette avsnittet skal det kort nevnes et lite poeng som Asp trekker frem i den nevnte artikkelen:¹⁴² Den forutsigbarhet som legalitetsprinsippet skal fremme for den jevne mann, vil ofte være vanskelig å oppnå. For det er juristene som i hovedsak vil vite hva den til en hver tid gjeldende rett er, mens dette for legfolk ofte vil være uoversiktlig. Erdemovic-saken illustrerer også dette. Erdemovic fortalte domstolen at han var nødt til å gjøre det han gjorde, fordi han fryktet for sitt eget liv og sin families velvære. Han ønsket å forklare dommerne hvorfor han handlet som han gjorde. Imidlertid erklærte han seg likevel skyldig etter tiltalen i første instans. Han visste altså ikke om muligheten for at tvang kunne være straffrihetsgrunn. Kanskje visste ikke Erdemovic en gang at han kunne bli tiltalt for ugjerningene han deltok i da han sto frem med sin historie i "Le Figaro".

¹³⁹ Se denne artikkelen s. 30 ff.

¹⁴⁰ Se Erdemovic IT-96-22, Appeals Chamber Judgement, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese avsnitt 49.

¹⁴¹ Se for eksempel Asp 1999 s. 29)

¹⁴² Se Asp 1999 s. 25-26.

4 Avsluttende bemerkninger

Spørsmålet om tvang som straffrihetsgrunn i Erdemovic-saken var problematisk å løse for dommerne. Det fantes ingen autoritative rettskilder å benytte. Resultatet ble at dommerne delte seg i et flertall og et mindretall, der løsningene de kom frem til var svært ulike, og til dels preget av dommernes personlige oppfatninger om dilemmaet. Flertallet mente det måtte være en absolutt sperre for de tilfeller der uskyldige er drept, mens mindretallet åpnet for at det må foretas en vurdering også i slike tilfeller. Fremstillingen i denne oppgaven har vist at det finnes nyanser i begge løsninger, men at mindretallets løsning er mer fleksibel.

Flertallets løsning ble imidlertid stående som domstolens syn, og den vil dermed kunne påvirke utfallet av senere saker, særlig ved ICTY selv. I denne oppgaven er det imidlertid vist at ICC, siste skudd på stammen i rettsutviklingen i internasjonal strafferett, ikke har fulgt samme spor som flertallets løsning. I stedet har man kommet frem til en regel som er på linje med mindretallets løsning.

Behandlingen av spørsmålet om tvang som straffrihetsgrunn i Erdemovic-saken kan altså diskuteres ut fra den løsningen dommerne kom frem til når det gjaldt det materielle spørsmål. Behandlingen kan imidlertid også diskuteres på formelt grunnlag, nemlig ut fra forholdet til legalitet. Oppgaven har vist at både situasjonen som oppstod for domstolen, med mangel på autoritative rettskilder, så vel som løsningen av den, ikke er helt uproblematisk i så måte.

Den delen av Erdemovic-avgjørelsen som har vært tema for denne oppgaven viser hvordan internasjonal strafferett stadig bærer preg av å være av rudimentær karakter. Sammensmeltingen av hele verdens nasjonale rettsystemer, mangel på autoritative kilder og ikke minst mangel på en overordnet myndighet gjør at rettsbildet er uklart for aktørene i dette rettsområdet. Med ICC etablert som en permanent internasjonal domstol, er det mulig dette vil avhjelpes etter hvert – at den kan tilegne seg en posisjon der den vil fungere som en slik overordnet myndighet, og der retten den anvender – og skaper – kan bli oppfattet som uttrykk for gjeldende internasjonal rett.

Inntil videre er det imidlertid ikke annet å gjøre enn å følge utviklingen, analysere det som skjer underveis og forsøke å rette opp det som eventuelt kan sies å ha vært feilslått ved neste korsvei.

5 Litteraturliste

Andorsen, Kjell V. *Strafferettslig nødrett*. Oslo, 1999 (Andorsen 1999)

Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 4. utgave, 4. opplag, Oslo, 1997/2001 (Andenæs 2001)

Asp, Petter. *Bokføringsbrott och legalitet*. I: Svensk Juristtidning. Häfte 1, 1999, s. 16-47 (Asp 1999)

Blakesley, Cristopher L. *Atrocity and Its Prosecution: The Ad Hoc Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*. I: The Law of War Crimes – National and International Approaches. Redigert av Timothy L. McCormack og Gerry J. Simpson. Den Haag, 1997 (Blakesley 1997)

Brooks, Rosa Ehrenreich. *Law in the Heart of Darkness: Atrocity and Duress*. I: Virginia Journal of International Law. Nr 43, 2002-2003, s. 861-888 (Brooks 2003)

Cassese, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford, 2003 (Cassese 2003)

Carcano, Andrea. *Sentencing and the Gravity of the Offence in International Criminal law*. I: International and Comparative Law Quarterly. Vol 51, 2002, s. 583-609 (Carcano 2002)

Dienstag, Abbe L. *Comment: Fedorenko v United States: War Crimes, the Defense of Duress, and American Nationality Law*. I: Columbia Law Review. Vol 82, 1982, s. 120-183 (Dienstag 1982)

Fletcher, George P. *The Right and the Reasonable*. I: 98 Harvard Law Review, 1984-1985, s. 949-982 (Fletcher 1985)

Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Oxford, 2000 (Fletcher 2000)

Greenawalt, Kent. *The Perplexing Borders of Justification and Excuse*. I: 84 Columbia Law Review, 1984, s. 1897-1927 (Greenawalt 1984)

The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute; Issues, Negotiations, Results. Redigert av Roy S. Lee. Haag, 1999

Jacobsen, Jørn R. T. *Menneskevern eller menneskeverd? Ei innleiing til spørsmålet om allmennprevensjonen sin rettslige legitimitet*. Bergen, 2004 (Jacobsen 2004)

Jescheck, Hans-Heinrich. *The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute*. I: Journal of International Criminal Justice 2, 2004, s. 38-55 (Jescheck 2004)

Kant, Immanuel. *The Metaphysics of Morals*. Redigert og oversatt av Mary Gregor. Cambridge, 1996 (Kant 1996)

Kittichaisaree, Kriangsak. *International Criminal Law*. Oxford, 1999 (Kittichaisaree 1999)

Newman, Stephen C. *Duress as a Defense to War Crimes and Crimes against Humanity – Prosecutor v Drazen Erdemovic*. I: Military Law Review. Vol. 166, 2000, s. 158-171 (Newman 2000)

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 (Rowe 1998)

Saugstad, Jens. *Tendensiøst om Kant*. I: Morgenbladet. 18-24. august 1995 (Saugstad 1995)