

**FORFØLGELSE**  
**som en forbrytelse mot menneskeheten**  
**med særlig fokus på skyldkravet,**  
**for henholdsvis**  
***ad hoc*-domstolene ICTY og ICTR, og ICC**

Kandidatnummer: 399

Veileder: Jo Stigen

Leveringsfrist: 25.04.2007

Til sammen 17 203 ord

21.11.2007

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
<b><u>2</u></b>	<b><u>RETTSKILDER</u></b>	<b><u>4</u></b>
2.1	Plassering – folkerettslig metode	4
2.2	Vedtektene og forholdet til grunnleggende folkerettslige kilder	4
2.2.1	ICTY og ICTR	4
2.2.2	ICC	7
2.3	Rettspraksis	9
2.3.1	Rettspraksis fra ICTY og ICTR	9
2.3.2	Rettspraksis fra ICC	10
<b><u>3</u></b>	<b><u>VILKÅRENE FOR FORBRYTELSEN FORFØLGELSE</u></b>	<b><u>12</u></b>
3.1	Vedtektene	13
3.2	<i>Chapeau</i> -elementene for forbrytelser mot menneskeheten	15
3.2.1	Jurisdiksjonelle forutsetninger for <i>ad hoc</i> -domstolene	16
3.2.2	Objektive straffbarhetsvilkår	19
3.2.3	Subjektive straffbarhetsvilkår	27
3.3	Den underliggende forbrytelsen forfølgelse	36
3.3.1	Objektive straffbarhetsvilkår	38
3.3.2	Subjektive straffbarhetsvilkår	42
<b><u>4</u></b>	<b><u>DISCRIMINATORY INTENT</u></b>	<b><u>49</u></b>
4.1	<i>Ad hoc</i> -domstolene	50
4.1.1	Skyldgrad	50
4.1.2	Et kvalifisert skyldkrav	51

4.1.3	Nærmere om vilkåret	52
<b>4.2</b>	<b>ICC</b>	<b>63</b>
4.2.1	Inneholder artikkel 7 om forbrytelser mot menneskeheten et krav til en diskriminerende hensikt for forfølgelse?	64
<b><u>5</u></b>	<b><u>KONKLUSJON</u></b>	<b><u>67</u></b>
<b><u>6</u></b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b><u>68</u></b>
6.1	Vedtekter	68
6.2	Rettspraksis	68
6.3	Bøker	69
6.4	Artikler	70

## 1 Innledning

I internasjonal strafferett finnes tre kjerneforbrytelser. Disse er forbrytelser mot menneskeheten, folkemord og krigsforbrytelser. Forfølgelse ("persecution") – som er tema for denne oppgaven – er en av forbrytelsene mot menneskeheten.

Forfølgelse av en gruppe mennesker på grunnlag av politikk, rase og religion, har vært anerkjent som en forbrytelse mot menneskeheten, og som en internasjonal forbrytelse siden straffeforfølgningen for Nürnberg- (IMT)<sup>1</sup> og Tokyo- (IMTFE)<sup>2</sup> domstolene i henholdsvis 1945 og 1946. Foruten å ha et sedvanerettslig grunnlag, er forbrytelsen i dag nedfelt blant annet i vedtektene til "the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia" (ICTY),<sup>3</sup> til "the International Criminal Tribunal for Rwanda" (ICTR)<sup>4</sup>, og til "the International Criminal Court" (ICC).<sup>5</sup> I denne oppgaven vil jeg se nærmere på hvordan forbrytelsen forfølgelse er definert for disse tre domstolene.

Straffbarhetsbetingelsene for forbrytelsen forfølgelse kan deles inn i objektive og subjektive straffbarhetsvilkår. Det er de subjektive straffbarhetsvilkårene som er hovedtemaet for denne oppgaven. Da den subjektive skyld skal dekke de objektive elementer i gjerningsinnholdet, vil det imidlertid også være nødvendig å redegjøre kort for disse.

Fremstillingen nedenfor er inndelt på følgende måte: Innledningsvis vil jeg i kapittel 2 gi en oversikt over rettskildebildet. Deretter i kapittel 3 vil jeg redegjøre for vilkårene for forbrytelsen forfølgelse for henholdsvis ICTY og ICTR, og ICC. Først vil jeg se på

---

<sup>1</sup> The International Military Tribunal

<sup>2</sup> The International Military Tribunal for the Far East

<sup>3</sup> Heretter ICTY-vedtektene, jf. artikkel 5(h)

<sup>4</sup> Heretter ICTR-vedtektene jf. artikkel 3(h)

<sup>5</sup> Heretter ICC- eller Roma-vedtektene jf. artikkel 7(1)(h)

vilkårene som gjelder generelt for alle forbrytelser mot menneskeheten, før jeg deretter går over til å analysere vilkårene for den underliggende forbrytelsen forfølgelse. Skyldkravet på begge nivåer vil være gjenstand for en analyse. Hva slags skyldkrav gjelder? Hva er det nærmere innholdet i kravet? Hvilken *grad* av skyld kreves? Er den nedre grensen for den tilstrekkelige skyld sammenfallende for henholdsvis ICTY og ICTR, og ICC?<sup>6</sup>

Skyldkravet ”discriminatory intent” som kun kreves for forbrytelsen forfølgelse er skilt ut i et eget kapittel 4. Som jeg vil komme inn på er det objektive gjerningsinnholdet i forbrytelsen vidt definert, og forfølgelseshandlingene eller unnlåtelsene kan dermed ta mange former. Det kan dreie seg om atferd som gir seg utlag i fysisk eller psykisk skade, og handlinger som framstår som mindre alvorlige, som for eksempel ødeleggelse eller plyndring av eiendom.<sup>7</sup> Adferden kan også ta former som allerede utgjør selvstendige forbrytelser mot menneskeheten, eksempelvis drap, voldtekt og frihetsberøvelse. Det som gjør at forfølgelse er skilt ut som en egen kategori forbrytelser, er det spesielle kravet om at gjerningspersonen har foretatt handlingen eller unnlåtelsen med et ”discriminatory intent”. Det er kun for denne forbrytelsen mot menneskeheten at det stilles et slikt ytterligere skyldkrav. Dersom skyldkravet ikke er oppfylt, vil det ikke bli tale om straffansvar for forfølgelse, men eventuelt for en av de øvrige forbrytelsene mot menneskeheten. Som jeg vil komme inn på gjør skyldkravet forbrytelsen spesielt straffverdig. Også for dette vilkåret vil jeg foreta en nærmere analyse av hva som ligger i skyldkravet for ICTY og ICTR. Deretter vil jeg se om et tilsvarende krav følger av ICC-vedtektene. I kapittel 5 vil jeg forsøke å sammenfatte noen hovedlinjer for disse skyldkravene.

Første gang forbrytelser mot menneskeheten, inkludert forfølgelse, ble formulert i positiv internasjonal rett var gjennom Nürnberg-vedtektene. Etter krigsoppgjørene etter 2. verdenskrig og før opprettelsen av ICTY, har også en rekke internasjonale instrumenter forbudt og fordømt diskriminerende praksis som resulterer i undertrykkelse av personer og

---

<sup>6</sup> Jeg vil i rettskildekapittelet komme nærmere inn på det rettslige grunnlaget for disse domstolene og metoden ved fortolkningen av vedtektene

<sup>7</sup> Den nedre grensen for hvilke former forfølgelseshandlingene eller unnlåtelsene kan ta vil bli redegjort for

grupper. Ingen av disse instrumentene har imidlertid kriminalisert overtredelsene.<sup>8</sup> Det var derfor først ved opprettelsen av ICTY (og året etter ICTR), at enkeltpersoner igjen ble stilt strafferettslig ansvarlig for forfølgelse som en forbrytelse mot menneskeheten. Selv om det kunne vært interessant å trekke noen linjer fra det historiske opphavet til forbrytelsen forfølgelse, og gå nærmere inn på den første straffeforfølgningen av denne forbrytelsen for IMT, vil dette sprengte rammene for denne framstillingen.

---

<sup>8</sup> Bortsett fra Apartheid konvensjonen

## 2 Rettskilder

### 2.1 Plassering – folkerettslig metode

Internasjonal strafferett er en gren av folkeretten, og kildene man kan utlede relevante regler fra er i stor grad de alminnelige folkerettslige kildene. I og med at dette ”hybrid” faget også består av komponenten strafferett, vil dette imidlertid ha betydning for rettskildebruken. Dette kommer jeg nærmere inn på i det følgende.

Oppgaven behandler forfølgelse som en forbrytelse mot menneskeheten, for henholdsvis ICTY og ICTR, og ICC. På denne bakgrunn vil jeg ta utgangspunkt i rettskildesituasjonen for disse domstolene, ved en fortolkning av forbrytelsen forfølgelse, slik denne kommer til uttrykk i vedtektene.

### 2.2 Vedtektene og forholdet til grunnleggende folkerettslige kilder

#### 2.2.1 ICTY og ICTR

Begrunnet i et ønske om å skape fred og stabilitet i det tidligere Jugoslavia, samt å straffe de ansvarlige for grusomhetene begått på territoriet, ble the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) opprettet ved resolusjon 827 av FNs Sikkerhetsråd den 25. mai 1993.<sup>9</sup> Vel ett år etter, bestemte Sikkerhetsrådet seg for å opprette the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) for å straffeforfølge personer ansvarlige for folkemord og andre grove brudd på humanitærretten i Rwanda i 1994. ICTR ble opprettet ved resolusjon 955 av 8. november 1994.<sup>10</sup> Opprettelsen av domstolene har grunnlag i FN paktens kapittel 7 som omhandler sikkerhetsrådets kompetanse til å treffe tvangstiltak for å sikre internasjonal fred og sikkerhet.<sup>11</sup>

Begge domstolene er således opprettet for å straffeforfølge personer ansvarlige for tidsmessig og geografisk avgrensede konflikter. Slik det kommer til uttrykk i artikkel 1 i

---

<sup>9</sup> Jf. UN Doc. S/RES/827 (1993), annex

<sup>10</sup> Jf. UN Doc. S/RES/955 (1994), annex

<sup>11</sup> Som fastslått bl.a. i forordet til ICTR vedtektene: ”As amended by the Security Council acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations [ . . . ]”

ICTY-vedtektene, gjelder domstolens jurisdiksjon *ratione temporis* og *ratione loci*, grove brudd på internasjonal humanitærrett ”committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991”. ICTRs tilsvarende kompetanse gjelder forbrytelser “committed in the territory of Rwanda and [. . .] in the territory of neighbouring States between 1 January 1994 and 31 December 1994”, jf. vedtektenes artikkel 1.

På grunn av domstolenes midlertidige karakter, blir de ofte omtalt som *ad hoc*- domstoler. Når de ansvarlige for forbrytelsene er straffeforfulgt, skal domstolene legges ned. Selv om ICTY og ICTR har myndighet til å straffeforfølge de ansvarlige, har også nasjonale domstoler kompetanse til å straffeforfølge. Mens ICTY og ICTR skal ha ansvaret for de store sakene, dvs. for å straffeforfølge lederne – det være seg statlige, politiske eller militære ledere – skal de nasjonale domstolene straffeforfølge personer lenger ned på rangstigen. *Ad hoc*- domstolene er gitt forrang over de nasjonale domstolene for forbrytelser som faller innenfor deres (*ad hoc*- domstolenes) jurisdiksjon.<sup>12</sup>

For at straffeforfølgelsen ikke skal gå på akkord med det grunnleggende prinsippet *nullum crimen sine lege*, skal domstolene ikke skape ny rett, men anvende eksisterende internasjonal rett på det tidspunktet forbrytelsen ble begått. Dette innebærer at den relevante adferd både må være anerkjent som straffbar og være tilstrekkelig definert i internasjonal sedvanerett på det tidspunkt den ble begått.<sup>13</sup> Som det framgår av FNs Generalsekretærs rapport til Sikkerhetsrådet, vedlagt forslaget til vedtektene for ICTY, ”the principle *nullum crimen sine lege* requires that the international tribunal should apply rules of international humanitarian law which are beyond any doubt part of customary law”.<sup>14</sup>

Som jeg vil komme nærmere inn på senere i oppgaven inneholder ICTY- og ICTR-vedtektene kun rammeverket for forbrytelsene som faller innenfor domstolenes jurisdiksjon *ratione materiae*, herunder for forbrytelsen forfølgelse. Domstolenes vedtekter inneholder

---

<sup>12</sup> Jf. ICTY og ICTR vedtektene, hhv. artikkel 9 og artikkel 8.

<sup>13</sup> Se *Vasiljevic* Tr.Ch.J., para. 202 og *Kordic and Cerkez* Articles 2 and 3 Jurisdiction Decision, para. 20. Se også Mettraux, 2005, s. 6

<sup>14</sup> Jf. Report of the Secretary-General (ICTY) pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), para. 29



ingen eksplisitte bestemmelser om de relevante rettskildene dommerne skal ta i bruk ved den nærmere fastleggelse av forbrytelsenes innhold. Det rettslige grunnlaget for domstolene og det nevnte grunnleggende prinsipp *nullum crimen sine lege*, innebærer likevel at domstolenes materielle jurisdiksjon må basere seg på ”firm foundations of customary law”.<sup>15</sup>

Som uttalt av ICTY:

”[T]he Tribunal only has jurisdiction over a listed crime [in the Statute] if that crime was recognised as such under customary international law at the time it was allegedly committed. The scope of the Tribunal’s jurisdiction *ratione materiae* may therefore be said to be determined both by the Statute, insofar as it sets out the jurisdictional framework of the International Tribunal, and by customary international law, insofar as the Tribunal’s power to convict an accused of any crime listed in the Statute depends on its existence *qua* custom at the time this crime was allegedly committed.”<sup>16</sup>

Av dette kan slutes at domstolene ikke har jurisdiksjon over forbrytelser som kun innebærer brudd på traktater eller på nasjonal rett på det tidspunkt adferden ble begått, såfram ikke disse bestemmelsene i tillegg har status som internasjonal sedvanerett.<sup>17</sup> *Ad hoc*-domstolenes jurisdiksjon *ratione personae* framgår av ICTY- og ICTR- vedtektene, henholdsvis artikkel 7 og artikkel 6.

For de vilkårene av forbrytelsen forfølgelse som jeg ikke har til formål å analysere nærmere, vil jeg legge til grunn *ad hoc*- domstolenes forståelse av internasjonal

---

<sup>15</sup> Jf. *Hadzihasanovic* Command Responsibility Appeal Decision, para.55.

<sup>16</sup> Jf. *Ojdanic* Joint Criminal Enterprise Appeal Decision, 21 mai,2003,para.9

<sup>17</sup> Se *Vasiljevic* Tr.Ch.J., para. 198, *Blaskic* App.Ch.J.,para.110,139 og 141.

Det hører med å nevne at det i flere *obiter dictum* fra både ICTY og ICTR, er gitt uttrykk for at en domfellelse vil kunne ha grunnlag i en konvensjon, istedenfor i sedvanerett. Se bl.a. Appeals Chamber i *Tadic* Jurisdiction Decision, para. 143 og 144, *Blaskic*,Tr.Ch.J.para.169, *Semanza*,Tr.Ch.J.para.353, *Rutaganda*,Tr.Ch.J.para.89. Hva gjelder oppgavens tema, forfølgelse som en forbrytelse mot menneskeheten, er det likevel ingen internasjonal konvensjon som kan sies å kriminalisere denne forbrytelsen og som gjaldt innenfor det tidsrom *ad hoc* domstolene har jurisdiksjon *ratione temporis*.

sedvanerett, slik de har fastlagt denne basert på alminnelige folkerettslige regler (om internasjonal sedvaneretts komponenter).

### 2.2.2 ICC

The International Criminal Court (ICC) er en uavhengig, permanent domstol opprettet ved traktat basert på ratifiserte stater. Ideen om å opprette en slik internasjonal straffedomstol har røtter tilbake til opprettelsen av FN, i kjølvannet av andre verdenskrig. På grunn av den kalde krigens paralyserende effekt på FN, var det ikke før i 1989 at arbeidet igjen ble tatt opp ved at FNs Generalforsamling ba International Law Commission (ILC) utrede spørsmålet.<sup>18</sup> Flere runder med utredninger skulle til, og det var ikke før man satt med erfaringene fra *ad hoc*- domstolene at et tilstrekkelig antall parter greide å enes om ICC vedtektene i Roma den 17. juli 1998 (derav Roma-vedtektene).<sup>19</sup> Vedtektene trådte i kraft den 1. juli 2002 etter den sekstiende ratifiserte part.<sup>20</sup> Per i dag har 104 stater ratifisert.<sup>21</sup> Norge ratifiserte den 16. februar 2000, og vedtektene er gjennomført i norsk rett ved lov 15. juni 2001 nr. 65.

Domstolen skal straffeforfølge personer tiltalt for ”the most serious crimes of international concern to the international community as a whole”, og disse er i artikkel 5 definert til folkemord, forbrytelser mot menneskeheten, krigsforbrytelser og ”the crime of aggression”.<sup>22</sup> Domstolens jurisdiksjon *ratione materiae* omhandler således de tre hovedgruppene innen *ad hoc*- domstolenes jurisdiksjon.

I motsetning til *ad hoc*- domstolene er ICC traktatbasert. Utgangspunktet for den nærmere fastleggelsen av innholdet til forbrytelsen forfølgelse, slik denne framgår av vedtektene,

---

<sup>18</sup> Jf. UN General Assembly Resolution 44/39 of 4 December 1989.

<sup>19</sup> Arbeidet forut for vedtagelsen i 1998, ble intensivert med Generalforsamlingens etablering av ”Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court” (PrepCom) i 1996. Komiteen la fram en Draft Statute og en Draft Final Act for Romakonferansen (15 juni-18 juli 1998).

<sup>20</sup> Jf. ICC vedtektene artikkel 126(1)

<sup>21</sup> Dvs. per april 2007. Se <http://www.icc-cpi.int/statesparties.html>

<sup>22</sup> Domstolen skal utøve jurisdiksjon også i forhold til denne forbrytelsen så snart en definisjon er forhandlet fram av partene.

blir derfor annerledes. Roma- vedtektene inneholder i artikkel 21 en hierarkisk opplisting av rettskildene dommerne skal anvende i deres pådømmelse av saker. De relevante kildene nedfelt i artikkel 21 er i hovedsak avledet fra kildene opplistet i ICJ-vedtektene artikkel 38,<sup>23</sup> men er modifisert for å bedre ivareta prinsippet *nullum crimen sine lege*. Som det framgår av en kommentarutgave til ICC-vedtektene: ”The ICC Statute modifies the approach taken in the ICJ Statute to fit the context of international *criminal law*.”<sup>24</sup> Sammenlignet med ICJ artikkel 38, åpner artikkel 21 i mindre grad opp for bruk av skjønn. Det følger av artikkel 21(1)(a) at domstolen ”shall apply” ”In the first place, this Statute, Elements of Crimes and its Rules of Procedure and Evidence”. En nærmere fastleggelse av innholdet til forbrytelsen forfølgelse må derfor ta utgangspunkt i vedtektenes ordlyd. Dette er i overensstemmelse med de alminnelige folkerettslige regler for traktatoppkløsing, jf. Wienkonvensjonen av 23. mai 1969 om traktatretten (VCLT), artikkel 31 til 32, som i stor grad er en kodifisering av internasjonal sedvanerett.<sup>25</sup> Av VCLT artikkel 31 går det fram at en traktat skal bli fortolket ”in good faith in accordance with *the ordinary meaning* to be given to the terms of the treaty” lest i deres kontekstuelle sammenheng og sett i lys av traktatens formål.<sup>26</sup>

Forbrytelsesdefinisjonene i Roma- vedtektene er i mer utførlig grad definert enn de tilsvarende i *ad hoc*- domstolenes vedtekter, og dommerne vil derfor ha mer å ta utgangspunkt i.<sup>27</sup> Roma-vedtektene er i det hele tatt det første internasjonale instrumentet som positivt gir en definisjon av forbrytelsen forfølgelse. Også andre kilder enn de nevnte er relevante, men da ”in the second place, where appropriate”.<sup>28</sup>

---

<sup>23</sup> Artikkel 38(1) i vedtektene for ”the International Court of Justice” (ICJ) lister opp de mest relevante kildene i folkeretten, som internasjonal sedvanerett, traktater og generelle prinsipper, i betydningen alminnelige rettsgrunnsetninger for statenes interne rett (primærkilder). Og som subsidiære kilder rettspraksis og juridisk teori fra de mest kvalifiserte forfattere. Vedtektene for ICJ kan ikke sees som annet en autoritativ tekst og som kun er rettslig bindende for ICJ. Innholdet innebærer likevel en kodifisering av internasjonal sedvanerett.

<sup>24</sup> Triffterer ed., Commentary, 1999, s. 436

<sup>25</sup> Jf. bl.a. Ruud, Ulfstein og Fauchald, Utvalgte emner i folkeretten, 1997, s. 46

<sup>26</sup> Min utheving

<sup>27</sup> Hver enkelt definisjon er framforhandlet av statspartene

<sup>28</sup> Jf. Roma vedtektene artikkel 21(1)(b). Se for øvrig rettskildehierarkiet i bestemmelsen.

Domstolens jurisdiksjon *ratione loci* er ikke avgrenset på samme måte som ad hoc domstolene. Domstolens jurisdiksjon skal gjelde uavhengig av geografi, likevel slik at kompetansen vil avhenge av at staten der forbrytelsen er begått eller der gjerningspersonen eller fornærmede er statsborger, har ratifisert Roma- vedtektene.<sup>29</sup> Hva gjelder jurisdiksjonen *ratione temporis*, er denne begrenset til forbrytelser begått etter vedtektenes ikrafttredelse, dvs. etter 1. juli 2002.<sup>30</sup> Domstolen skal på samme måte som ICTY og ICTR straffeforfølge enkeltindivider i henhold til artikkel 25 (jurisdiksjonen *ratione personae*).

I motsetning til *ad hoc*- domstolene skal ICC være subsidiær i forhold til nasjonale domstoler, basert på det såkalte komplementaritetsprinsippet.<sup>31</sup> Kun dersom den aktuelle stat er 'unable' eller 'unwilling' til å straffeforfølge tilsynelatende ansvarlige, skal ICC ta seg av saken.<sup>32</sup> I likhet med *ad hoc*- domstolene skal ICC kun straffeforfølge de tiltalte hovedmennene for forbrytelsene.

## 2.3 Rettspraksis

### 2.3.1 Rettspraksis fra ICTY og ICTR

Som nevnt er forbrytelsene slik de framgår av *ad hoc*- domstolenes vedtekter kun et rammeverk for det nærmere innholdet som må ha grunnlag i internasjonal sedvanerett. Ved fortolkningen av domstolenes vedtekter er avgjørelsens rettskildemessige verdi først og fremst at de gjennom anvendelse av den folkerettslige metodelæren fastlegger eller finner bevis for internasjonal sedvanerett.

Når det gjelder betydningen av domstolenes praksis *innad* i domstolen, dvs. i form av eventuell presedens for senere avgjørelser, samt det hierarkiske forholdet mellom domskammerene, var dette lenge et uavklart forhold. Etter tid med usikkerhet er dette tatt

---

<sup>29</sup> Begrunnet i det fundamentale folkerettslige suverenitetsprinsippet

<sup>30</sup> Jf. Roma vedtektene artikkel 11. Den tidsbegrensede kompetansen skal ivareta de grunnleggende strafferettslige prinsippene *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege* og *non-retroactivity ratione personae*.

<sup>31</sup> Jf. Roma vedtektens preamble og artikkel 1

<sup>32</sup> Jf. Roma vedtektens artikkel 17

stilling til i praksis. Selv om Appeals Chamber i utgangspunktet ikke er rettslig bundet til å følge sine egne avgjørelser, har det lagt til grunn i praksis at behovet for visshet, stabilitet og forutsigbarhet i strafferetten tilsier at det i utgangspunktet bør følge dem, men at de kan avvikes ”for cogent reasons in the interests of justice”.<sup>33</sup> Appeals Chamber skal derfor i utgangspunktet følge sine *ratio decidendi* i tidligere avgjørelser, og bør kun unntaksvis avvike dem ”after the most careful considerations has been given to it, both as to the law, including the authorities cited, and the facts”.<sup>34</sup> Appeals Chambers *ratio decidendi* er i tidligere avgjørelser er imidlertid bindende for Trial Chamberene innen samme domstol.<sup>35</sup> Avgjørelser fra Trial Chamberene er ikke bindende for andre domskammere, likevel slik at de kan velge å følge disse dersom de finner dem overbevisende.<sup>36</sup>

For det andre er det et spørsmål om betydningen av domstolenes praksis *utad*. På dette punkt vil jeg begrense meg til kort å kommentere betydningen av rettspraksis for ICC.

Rettspraksis fra *ad hoc*- domstolene er i henhold til Roma-vedtektene artikkel 21 ingen relevant rettskilde. Avgjørelsene vil likevel *indirekte* kunne ha betydning ved at de fastlegger internasjonal sedvanerett, som i henhold til artikkel 21 er en relevant rettskilde.

### 2.3.2 Rettspraksis fra ICC

Det er foreløpig ikke avsagt noen avgjørelser fra ICC. Etter domstolens oppstart i 2002 befinner den seg på etterforskningsstadiet i sine første saker. I min nærmere analyse av komponentene i forbrytelsen forfølgelse vil jeg derfor ikke ha noen rettspraksis fra ICC å forholde meg til. Fortolkningen av forbrytelsens vilkår vil først og fremst måtte ta utgangspunkt i traktattekstens ordlyd og ’Elements of Crimes’.

---

<sup>33</sup> Jf. *Alekovski* App.J.para.97,101, 107 og 108.

<sup>34</sup> Jf. *Alekovski* App.J.para.109 og 110

<sup>35</sup> Jf. *Alekovski* App.J.para.113

<sup>36</sup> Jf. *Alekovski* App.J.para.114

Artikkel 21 i Roma-vedtektene slår fast at ”The Court may apply principles and rules of law as interpreted in its previous decisions.” Jeg avgrenser imidlertid mot å gå nærmere inn på hvilken betydning kommende avgjørelser fra domstolen vil ha for forståelsen av forbrytelser innen domstolens jurisdiksjon.

Hva gjelder betydningen av framtidige avgjørelser fra ICC for *ad hoc*-domstolene, vil de i utgangspunktet ikke ha betydning som relevante rettskilder. Det store antallet statsparter som etter hvert har ratifisert Roma-vedtektene vil kunne ha viktig betydning som bevis for en *opinio juris* som kan bidra til å videreutvikle internasjonal sedvanerett. *Ad hoc*-domstolene skal imidlertid anvende internasjonal sedvanerett på det tidspunkt forbrytelsene innen domstolenes jurisdiksjon ble begått. En senere videreutviklet sedvanerett vil derfor ikke være anvendelig som rettslig grunnlag.

### 3 Vilkårene for forbrytelsen forfølgelse

Definisjonen av forbrytelser mot menneskeheten består av to lag eller nivåer. Dette gjenspeiles i formuleringene i alle tre vedtektene. Gjerningspersonen må for det første ha begått en (eller flere) av de opplistede forbrytelsene i vedtektene - som forfølgelse, mord, tortur etc. - ofte kalt den underliggende forbrytelse. I tillegg, for at denne underliggende forbrytelsen skal ”opphøyes” til en forbrytelse mot menneskeheten og således en internasjonal forbrytelse, stilles det krav til i hvilken kontekst denne er begått. Både vedtektene for *ad hoc*- domstolene og for ICC krever at den underliggende forbrytelse er ”begått som ledd i et utbredt eller systematisk angrep rettet mot en sivilbefolkning”.<sup>37</sup> Dette utgjør de objektive straffbarhetsvilkårene for en forbrytelse mot menneskeheten, på latin betegnet *actus reus* – den ”skyldige handling.”

For at gjerningspersonen skal kunne stilles ansvarlig for disse handlingene, må vedkommende også kunne bebreides for å ha foretatt dem. Vedkommende må ha hatt det tilstrekkelige *mens rea*, latin for det ”skyldige sinn”. For både *ad hoc*- domstolene og for ICC stilles det krav til at gjerningspersonen har hatt ’intent’<sup>38</sup> med hensyn til å begå den underliggende forbrytelse. Hva gjelder konteksten, må gjerningspersonen ha hatt ”knowledge” om det utbredte eller systematiske angrepet rettet mot en sivilbefolkning og om at hans eller hennes straffbare handling (den underliggende forbrytelse) utgjorde del av dette angrepet.

For forbrytelsen forfølgelse er dette likevel ikke tilstrekkelig. Det stilles et ytterligere krav til gjerningspersonens skyld. Forfølgelseshandlingen – eller unnlatsen må være begått med den hensikt å diskriminere en gruppe eller et fellesskap på visse grunnlag.

---

<sup>37</sup> I motsetning til i ICTR- og ICC- vedtektene kommer disse vilkårene ikke direkte til uttrykk i ICTY vedtektene. Som det framgår under må ordlyden i ICTY- vedtektene likevel tolkes i lys av internasjonal sedvanerett.

<sup>38</sup> eller har handlet ”intentional”, jf. ICC v. art. 7(2)(g), jf. 7(1)(h).

### 3.1 Vedtektene

Ettersom den videre framstillingen vil ta utgangspunkt i vedtektenes ordlyd, anser jeg det hensiktsmessig å gjengi bestemmelsene som definerer forbrytelsen forfølgelse.

ICTY v. – artikkel 5 – forbrytelser mot menneskeheten, lyder som følger:

*The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population:*

- (a) murder;*
- (b) extermination;*
- (c) enslavement;*
- (d) deportation;*
- (e) imprisonment;*
- (f) torture;*
- (g) rape;*
- (h) persecutions on political, racial and religious grounds;*
- (i) other inhumane acts.*

ICTR v. – artikkel 3 – forbrytelser mot menneskeheten:

*The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population on national, political, ethnic, racial or religious grounds:*

- (a) Murder;*
- (b) Extermination;*
- (c) Enslavement;*
- (d) Deportation;*
- (e) Imprisonment;*
- (f) Torture;*
- (g) Rape;*
- (h) Persecutions on political, racial and religious grounds;*
- (i) Other inhumane acts.*



ICC v. – artikkel 7 – forbrytelser mot menneskeheten:

1. *For the purpose of this Statute, "crime against humanity" means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack:*

- (a) Murder;*
- (b) Extermination;*
- (c) Enslavement;*
- (d) Deportation or forcible transfer of population;*
- (e) Imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law;*
- (f) Torture;*
- (g) Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity;*
- (h) Persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court;*
- (i) Enforced disappearance of persons;*
- (j) The crime of apartheid;*
- (k) Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health.*

2. *For the purpose of paragraph 1:*

*[. . .]*

*(g) "Persecution" means the intentional and severe deprivation of fundamental rights contrary to international law by reason of the identity of the group or collectivity;*

Selv om alle tre vedtektene gjenspeiler en felles oppbygging av forbrytelser mot menneskeheten, er ikke ordlydene sammenfallende. De tre formuleringene har forskjeller. Disse vil jeg komme nærmere inn på. Innledningsvis nøyer jeg meg med å minne om grunnlaget for de tre domstolene. *Ad hoc*-domstolene er opprettet ved resolusjoner fra Sikkerhetsrådet, og skal av hensyn til bl.a. prinsippene *nullum crimen sine lege* og *non-retroactivity ratione personae* bygge på internasjonal sedvanerett. Som det følger av formuleringene over, er ordlyden knapp. Domstolene har siden deres oppstart, i henholdsvis 1993 og 1994, fortolket formuleringene i vedtektene basert på en fastleggelse

av internasjonal sedvanerett. Vedtektene må således samholdes med rettspraksis for å gi et dekkende bilde av blant annet forbrytelsenes elementer. Som vi skal se, innebærer dette at tilsynelatende forskjeller basert på ordlyden i ICTY- og ICTR- vedtektene ikke nødvendigvis har noen reell betydning.

I motsetning til ICTY og ICTR, er ICC traktatbasert, og vedtektene er således et resultat av omstendelige forhandlinger mellom statspartene. Dette har ført til en mer utfyllende ordlyd og utgangspunktene for *ad hoc*- domstolene og ICC er dermed forskjellige. Det forskjellige rettslige grunnlaget for domstolene har også betydning for relevante rettskilder og vekten av disse. Dette er redegjort for i kapittel 2 om rettskilder.

En fortolkning av Roma-vedtektene vil først og fremst måtte basere seg på ordlyden, jf. Wienkonvensjonen artikkel 31, likevel slik at øvrige rettskilder vil kunne ha betydning som tolkningsfaktorer, jf. Roma-vedtektene artikkel 21. ICC har imidlertid foreløpig ikke avsagt noen avgjørelser, og man har derfor ikke noen tolkningspraksis fra domstolen å forholde seg til.

Med en mer eksplisitt regulering av blant annet forbrytelsene i Roma-vedtektene, oppstår en del spørsmål i forholdet til internasjonal sedvanerett slik denne er fastlagt for *ad hoc*- domstolene. Samtidig er det en del forhold som ikke er uttømmende eller tilstrekkelig regulert, og hvor det gjenstår å se hvordan ICC velger å forstå disse. Vil ICC bygge på *ad hoc*- domstolenes forståelse av internasjonal sedvanerett eller vil den legge en avvikende forståelse til grunn? Og i så fall vil ICC's forståelse bidra til å skape ny sedvanerett?

### 3.2 *Chapeau*-elementene for forbrytelser mot menneskeheten

Vilkårene som definerer i hvilken kontekst den underliggende forbrytelsen må være begått, samt definerer hvilken grad av bevissthet som kreves i forhold til denne konteksten, betegnes ofte *the chapeau elements*. Det er disse generelle vilkårene, som gjelder felles for alle forbrytelser mot menneskeheten, som gir denne gruppen forbrytelser deres særegenhet og dimensjon. Det er disse vilkårene som skiller en forbrytelse mot menneskeheten fra en

ordinær forbrytelse, og fra andre internasjonale forbrytelser, som folkemord og krigsforbrytelser.

Jeg vil i det følgende først se på noen forskjeller i ICTY- og ICTR-vedtektene som gjelder forutsetninger for domstolenes jurisdiksjon. Deretter vil jeg redegjøre for *chapeau*-elementene for forbrytelser mot menneskeheten i 3.2.2. Vilråene for den underliggende forbrytelsen – forfølgelse – blir behandlet i 3.3. Framstillingen sonrer fortløpende mellom rettstilstanden for *ad hoc*-domstolene på den ene siden, og situasjonen for ICC basert på en tolking av Roma-vedtektene på den andre siden.

### 3.2.1 Jurisdiksjonelle forutsetninger for *ad hoc*-domstolene

#### 3.2.1.1 ICTY – link til væpnet konflikt

Artikkel 5 i ICTY- vedtektene begrenser domstolens myndighet til å straffeforfølge personer ansvarlige for de opplistede forbrytelsene når disse blant annet er ”committed in armed conflict”.<sup>39</sup>

At forbrytelser mot menneskeheten må være tilknyttet en væpnet konflikt, var et vilkår i Nürnberg- og Tokyo- vedtektene.<sup>40</sup> Vedtektene slo fast at forbrytelsene måtte skje i tilknytning til de andre forbrytelsene innenfor domstolens jurisdiksjon,<sup>41</sup> nemlig ”crimes against peace” og ”war crimes”, som jo akkurat betinger at det eksisterer en væpnet konflikt. I kjølvannet av Nürnberg prosessen hersket det misnøye med kravet om en såkalt *nexus* til en væpnet konflikt, og i årene som fulgte var det flere varianter av definisjonen av forbrytelser mot menneskeheten som utelot et slikt krav. Dette gjorde at mange hevdet at definisjonen av forbrytelser mot menneskeheten i internasjonal sedvanerett hadde utviklet seg til å omfatte forbrytelser begått i fredstid.<sup>42</sup> Til tross for formuleringen i ICTY

---

<sup>39</sup> “when committed in armed conflict”

<sup>40</sup> Jf. IMT artikkel 6 (c) og IMTFE artikkel 5 (c). Control Council Law No. 10 inneholdt derimot ikke et slikt krav.

<sup>41</sup> ”in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal”

<sup>42</sup> Schabas, Introduction to the International Criminal Court, 2004, s. 42 og 43.

vedtektene i 1993, inneholdt vedtektene til ICTR, som kom ett år etter, ikke et tilsvarende krav.

I *Tadic* (1995) beskrev Appeals Chamber i ICTY kravet til en *nexus* med en væpnet konflikt som ”obsolescent”, og uttalte at ”there is no logical or legal basis for this requirement and it has been abandoned in subsequent State practice with respect to crimes against humanity.”<sup>43</sup> I etterfølgende praksis fra ICTY er dette kravet ansett å være ”purely jurisdictional”.<sup>44</sup>

Betydningen av formuleringen ”committed in armed conflict” i ICTY vedtektene, er på denne bakgrunn, som uttalt i *Tadic*, at det kreves bevis for ”the *existence* of an armed conflict at the relevant time and place.” Og som understreket i *Limaj et al.*: ”Proof of a nexus between the underlying crimes and the armed conflict is not required.”<sup>45</sup> Det er således ikke noe krav til en materiell link mellom tiltaltes handlinger og den væpnede konflikten.<sup>46</sup> Den væpnede konflikten kan ha en internasjonal eller en intern natur.<sup>47</sup> I praksis vil ICTY måtte foreta en konkret vurdering av karakteren av konflikten i det relevante området og på det relevante tidspunktet for forbrytelsen.<sup>48</sup>

---

<sup>43</sup> Jf. *Tadic* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeals Chamber, 2.okt., 1995, para. 140.

<sup>44</sup> Jf. *Tadic* App.Ch. J. para. 249, *Kunarac et al.* App.J.12.juni,2002,para. 83: “[T]he requirement [begått i væpnet konflikt] contained in Article 5 of the Statute is a purely jurisdictional prerequisite which is satisfied by proof that there was an armed conflict”, *Stakic* Tr.Ch.J.31.juli,2003,para.570, og senest i *Krajisnik* Tr. J. 27. september 2006 para. 704

<sup>45</sup> Jf. *Limaj et al.*, Tr.Ch.J.,30.nov.,2005,para.180

<sup>46</sup> *Vasiljevic* Tr. J. para. 38, *Kunarac* App. J. para. 83, *Kunarac* Tr. J. para. 413, *Kupreskic* Tr. J. para. 71, *Tadic* App. J. para. 249 og 251.

<sup>47</sup> Jf. bl.a. *Blagojevic and Jokic*, Tr.Ch.J.,17.jan.,2005,para.541: “[T]he Statute of the Tribunal requires that the crimes be ‘committed in armed conflict, whether international or internal in character.’ The Appeals Chamber has considered this requirement to be a jurisdictional requirement.”

<sup>48</sup> I henhold til praksis fra ICTY, skal ”armed conflict” forstås som: ”a resort to armed force between states or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a state”, jf. *Krajisnik* Tr.Ch.J.,27.sept.,2006,para.704. Se også bl.a. *Tadic*, Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 70.

### 3.2.1.2 ICTR – på grunnlag av nasjonal tilhørighet, politikk, etnisk tilhørighet, rase eller religion

Artikkel 3 i ICTR- vedtektene slår fast at domstolen skal ha myndighet til å straffeforfølge personer ansvarlige for de opplistede forbrytelsene når disse er begått som del av et utbredt eller systematisk angrep mot en sivilbefolkning ”on national, political, ethnic, racial or religious grounds”. Tilsvarende begrensning av domstolens jurisdiksjon følger ikke av ICTY- vedtektene. Skal dette kontekstuelle vilkåret forstås som et krav om diskriminerende hensikt uavhengig av hvilken underliggende forbrytelse som begås?

Vilkåret må sees på bakgrunn av at ICTR- vedtektene er utformet med tanke på å straffe de ansvarlige for forbrytelsene begått i Rwanda i 1994, hvor Hutuer målrettet angrep Tutsier på grunnlag av deres etniske opprinnelse. Liberale Hutuer ble også angrepet på grunnlag av deres politiske overbevisning, ved å vise sympati for Tutsiene. ICTR har i flere saker gjort det klart at dette kontekstuelle vilkåret ikke innebærer at et diskriminerende *mens rea* må foreligge for hver underliggende forbrytelse mot menneskeheten.<sup>49</sup> I motsatt fall ville forbrytelsen forfølgelse mistet sin selvstendige betydning i forhold til de øvrige forbrytelsene mot menneskeheten.

I henhold til praksis fra ICTR, må vilkåret heller forstås slik at *angrepet* på sivilbefolkningen i seg selv må være av en diskriminerende natur, og basert på en av de fem opplistende grunnene.<sup>50</sup> Med tanke på karakteren av forbrytelsene begått i Rwanda i 1994, har et slikt krav til diskriminerende angrep ikke vært vanskelig å bevise. Selv om begrensningen må anses å ha ren jurisdiksjonell betydning,<sup>51</sup> innebærer den likevel en innsnevring av definisjonen av forbrytelser mot menneskeheten i forhold til den som følger av ICTY- vedtektene og av internasjonal sedvanerett.

---

<sup>49</sup> Jf. *Akayesu* Tr. J. para. 464-469, 595 og *Bagilishema* Tr. J. para. 81

<sup>50</sup> Jf. *Akayesu* Tr. J. para. 464-469, 595 og *Bagilishema* Tr. J. para. 81

<sup>51</sup> Jf. *Akayesu* App. J. para. 465 og *Kajelijeli* Tr. J. para. 877

## 3.2.2 Objektive straffbarhetsvilkår

### 3.2.2.1 *Ad hoc*-domstolene

*”committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population”*

Av ICTR- vedtektene, artikkel 3 (1), går det uttrykkelig fram at de opplistede forbrytelsene må være *”committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population”*. Til sammenligning slår ordlyden i ICTY vedtektene, artikkel 5 (1), fast at de opplistede forbrytelsene må være: *”committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population”*.

Det følger således ikke av ordlyden i ICTY-vedtektene at den underliggende forbrytelsen må være *”begått som ledd i et utbredt eller systematisk angrep”*. Det er imidlertid dette vilkåret som gjør at en ellers ordinær forbrytelse, uavhengig av hvor bestialsk den er, utgjør en forbrytelse mot menneskeheten. Som uttalt av ICTY Trial Chamber i *Krajisnik* (2006):

*”For the acts of the perpetrator to amount to a crime against humanity they must be part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population.”*<sup>52</sup>

Selv om ICTY-vedtektene artikkel 5 ikke inneholder et eksplisitt krav til at den underliggende forbrytelsen må være begått i en slik kontekst, følger således et slikt krav av internasjonal sedvanerett slik denne er fortolket av ICTY.<sup>53</sup> For en nærmere redegjørelse av vilkåret, kan dette deles inn i følgende underelementer:<sup>54</sup>

- (i) there must be an attack

---

<sup>52</sup> Jf. para.705

<sup>53</sup> Praksis om vilkåret: **ICTY**: *Krajisnik* Tr. J. 2006 para. 705 og 706, *Naletilic and Martinovic* Tr. J. para. 232, *Tadic* Trial Judgement, para 618; *Kupreskic* Trial Judgement, para 543; *Blaskic* Trial Judgement, paras 201-214; *Kordic* Trial Judgement, paras 172-187; *Jelusic* Trial Judgement, para. 50-57; *Kunarac* Trial Judgement, para 410; *Krstic* Trial Judgement, para 482; *Kvočka* Trial Judgement, para 127, *Krnojelac* Trial Judgement, para 53; *Tadic* Appeal Judgement, para 247-272; *Kunarac* Appeal Judgement, para 82-105. **ICTR**: *Akayesu* Trial Judgement, para 563-584, *Musema* Trial Judgement, para 199-211; *Rutaganda* Trial Judgement, para 34-35, *Kayishema/Ruzindana* Trial Judgement, para 119-134; *Akayesu* Appeal Judgement, para 460-469.

<sup>54</sup> Jf. bl.a. *Krajisnik* Tr. J. 2006 para. 705, *Krnojelac* Tr.Ch.J. para.53 og *Kunarac* Tr.Ch.J., para. 410. Se også *Akayesu* para. 578

- (ii) the attack must be widespread or systematic
- (iii) the attack must be directed against a civilian population
- (iv) the acts of the perpetrator must be part of the attack

I tillegg er det er krav at gjerningspersonen har kunnskap om at det foreligger et utbredt eller systematisk angrep rettet mot sivilbefolkningen, og om at han/hennes handlinger utgjorde del av dette. Dette subjektive vilkåret vil bli behandlet i 3.2.3.

(i) ”attack”

Det må for det første foreligge et angrep. ICTY har i flere dommer definert ”attack” som “a course of conduct involving the commission of acts of violence.”<sup>55</sup> Handlingene som begås under angrepet, og som faktisk utgjør angrepet, kan variere både i alvorlighet og natur. Det er presisert i flere dommer av ICTY at ”attack” i konteksten av forbrytelser mot menneskeheten ikke skal forstås som begrenset til bruk av væpnet styrke, og som uttalt av Appeals Chamber i *Kunarac et al.*: “it encompasses any mistreatment of the civilian population.”<sup>56</sup> Det er naturlig å forstå “any mistreatment” av en sivilbefolkning til også å omfatte psykisk vold. En slik forståelse av ”attack” har støtte i etterfølgende praksis fra ICTY. I *Krajisnik* (2006) uttalte Trial Chamber følgende:

“An attack is formed of conduct causing physical or mental injury, as well as acts preparatory to such conduct”<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> Jf. *Blagojevic and Jokic*, Trial Chamber, 17.jan., 2005, para. 543. Se også *Limaj et al.*, Trial Chamber, 30.nov., 2005, para. 182; *Brdjanin*, Trial Chamber, 1.sept., 2004, para. 131; *Galic*, Trial Chamber, 5.des., 2003, para. 141; *Naletilic and Martinovic*, Trial Chamber, 31.mars, 2003, para. 233. ICTR har defintert ”attack” som “the event in which the enumerated crimes must form part”, jf. *Kayishema and Ruzindana*, Tr.Ch.J.para.122.

<sup>56</sup> Jf. *Kunarac* App. J. 12. juni 2002 para. 86. Se også *Limaj et al.*, Trial Chamber, 30.nov., 2005, para. 182; *Blagojevic and Jokic*, Trial Chamber, 17.jan., 2005, para. 543; *Brdjanin*, Trial Chamber, 1.sept. 2004, para. 131; *Stakic*, Trial Chamber,31.juli, 2003, para. 623, *Vasiljevic*, Trial Chamber,29.nov., 2002, para. 29

<sup>57</sup> Jf. *Krajisnik* para. 706. Se også *Kunarac et al.*, App.Ch.J.,12.juni,2002,para. 86 ; *Krnjelac*,Tr.Ch.J.,15.mars,2002,para.61; *Naletilic and Martinovic*,Tr.Ch.J.,31.mars, 2003,para.238-240; *Simic et al.*,Tr.Ch.J.,para.978-980; *Brdjanin*,Tr.Ch.J.,1.sept.,2004,para.159.

Uttalelsen avviker ikke nødvendigvis fra tidligere definisjoner, men fokuserer i stedet på *følgene* av adferden. ICTY gjør det i denne dommen klart at psykisk skade som følge av en adferd er tilstrekkelig for å legge til grunn at det dreier seg om et ”attack”. Trial Chamber går imidlertid legger enn dette, ved å legge til grunn at det ikke er nødvendig at angrepet har resultert i fysisk eller psykisk skade - også forberedende handlinger til en slik adferd er tilstrekkelig for å utgjøre et ”attack”.

Det er videre presisert i praksis fra ICTY at ”attack” og ”armed conflict” refererer til to forskjellige ting.<sup>58</sup> Angrepet kan komme forut for, vare utover eller foregå under den væpnede konflikten, men det er ikke et krav at det utgjør en del av den væpnede konflikten, i henhold til internasjonal sedvanerett, slik dette er lagt til grunn av domstolen.<sup>59</sup> Denne sondringen er logisk da en forbrytelse mot menneskeheten med grunnlag i internasjonal sedvanerett kan begås uavhengig av en væpnet konflikt.

ICTR har definert ”attack” som: ”an unlawful act, event, or series of events of the kind listed in Article 3 (a) through (i) of the Statute.”<sup>60</sup> Adferden som utgjør angrepet må således kunne sammenlignes med de underliggende forbrytelsene, som drap, frihetsberøvelse, voldtekt etc. Det er ikke et krav for alle de underliggende forbrytelsene at de gir seg utslag i fysisk skade. F.eks. behøver ikke ’persecution’ eller ’other inhumane acts’ nødvendigvis å gi seg utslag i fysisk vold. Det er således ingen grunn til å forstå ICTRs definisjon av ”attack” til å utelukke adferd som kun resulterer i psykisk skade. En slik forståelse har støtte i praksis fra ICTR. I *Akayesu* uttalte Trial Chamber:

“An attack may also be non violent in nature, like imposing a system of apartheid [ . . . ] or exerting pressure on the population to act in a particular manner”.<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> Jf. *Krajisnik* para. 706 og *Vasiljevic* Tr. J. 2002 para. 30

<sup>59</sup> Jf. *Krajisnik* para. 705 og *Naletilic and Martinovic*, Tr.Ch.J.,31.mars,2003,para.233. Se også *Kunarac* App. J. 2002 para. 86 og *Tadić* Appeal Judgement, para. 251.

<sup>60</sup> Jf. *Nzabirinda*, Tr.Ch.J.,23.febr.2007,para.21. Se også *Kajelijeli*, Tr.Ch.J., para. 867, *Semanza* Tr.Ch.J.,para.327, *Rutaganda* Tr.Ch.J.,6.des.,1999,para.70, *Musema* Tr. J. 2000 para. 205

og *Akayesu* Tr.Ch.J.,1998,para.581

<sup>61</sup> Jf. *Akayesu* Tr.Ch.,1998,para.581



Dommen gir således støtte for at et ”angrep” ikke behøver å gi seg utslag i fysisk vold, men at en adferd som gir seg utlag i psykisk skade også er omfattet, såfremt denne adferden kan sammenlignes med de underliggende forbrytelsene i artikkel 3 (a) til (i). ICTY og ICTRs forståelse av internasjonal sedvanerett på dette punkt er derfor ikke sprikende.

Intensiteten av et angrep på en sivilbefolkning vil normalt minke over tid etter hvert som angrepsstyrkene oppnår sine mål. Et ”attack” vil likevel kunne sies å vare så lenge voldshandlingene som utgjør angrepet er rettet mot sivilbefolkningen som et hele, og ikke mot spesielt identifiserte medlemmer av befolkningen. Angrepet behøver heller ikke være av veldig stor skala for å utgjøre et ”attack”. I *Tadic* saken, var for eksempel det geografiske området under vurdering på 20 km i diameter, i *Kunarac* saken var det relevante området tre relativt små ”municipalities” øst i Bosnia, og i *Musema* saken utgjorde det relevante området to ”communes” i Kibye. ”Attack” må imidlertid sees sammen med de øvrige elementene. Det geografiske område kan uansett ikke være mindre enn at det kan være tale om en ’befolkning’ (”population”).

(ii) ”widespread or systematic”

Angrepet på sivilbefolkningen må som nevnt være utbredt eller systematisk. Vilårene viser til angrepets natur og er alternative. Det følger av praksis fra *ad hoc*- domstolene at dette vilkåret er basert på et ønske om å ekskludere isolerte og tilfeldige handlinger fra kategorien forbrytelser mot menneskeheten.<sup>62</sup> I henhold til praksis fra ICTY og ICTR refererer ”widespread” til ”the large-scale nature of the attack and the number of targeted persons”, mens ”systematic” refererer til ”the organized nature of the attack”.<sup>63</sup>

”Widespread” viser dermed til utbredelsen av angrepet og antallet av målrettede ofre.<sup>64</sup> Som uttalt av ICTR refererer det til ”massive, frequent, large scale action, carried out

---

<sup>62</sup> Jf. bl.a. *Tadic* Tr.Ch.J.,para.648 og *Krajisnik* para.706

<sup>63</sup> Jf. bl.a. ICTY: *Kordic and Cerkez*, App.Ch.J.,17.des.,2004, para. 94 og *Krajisnik*,Tr.Ch.J, 2006,para. 706(b) og ICTR: *Nzabirinda*,Tr.Ch.J.,23.febr.,2007,para.21. Se dommene for videre henvisninger.

<sup>64</sup> Jf. *Krajisnik* para. 706(b) og *Kunarac et al.* Appeal Judgement, para. 94.

collectively with considerable seriousness and directed against a multiplicity of victims”.<sup>65</sup> Angrepet kan være utbredt på grunn av den kumulative effekten av en serie av handlinger, eller som også foreslått, på grunn av effekten av en enkelt handling av en størrelsesorden utenom det vanlige (‘extraordinary magnitude’).<sup>66</sup> ”Systematic” refererer til den organiserte naturen av voldshandlingene og usannsynligheten for deres tilfeldige forekomst.<sup>67</sup> I

*Kunarac* bekrefter Appeals Chamber at:

“Patterns of crimes – that is the non-accidental repetition of similar criminal conduct on a regular basis – are a common expression of such systematic occurrence”.<sup>68</sup>

I praksis vil disse to kriteriene ofte overlappe. Et utbredt angrep rettet mot et stort antall ofre, vil normalt reflektere et mønster av mishandling og bero på en form for planlegging eller organisering.<sup>69</sup> På samme måte vil et systematisk angrep ofte ha som mål eller som effekt, å ramme mange mennesker.<sup>70</sup>

I og med at ”widespread” og ”systematic” er relative begreper, som vil bero på hvordan den målrettede befolkning er definert, må domstolen:

“[. . .] first identify the population which is the object of the attack and, in light of the means, methods, resources and result of the attack upon the population, ascertain whether the attack was indeed widespread or systematic.”<sup>71</sup>

I vurderingen av om det er tale om et utbredt eller systematisk angrep, kan blant annet, følgende faktorer tas i betraktning: antallet kriminelle handlinger, eksistensen av kriminelle

---

<sup>65</sup> Jf. *Akayesu* Tr.Ch.J.para.580

<sup>66</sup> Se 1996 ILC Draft Code, s. 94-95, sitert i *Blaskic* Tr.Ch.J.para.206

<sup>67</sup> Jf. *Kunarac* Tr.Ch.J.para.429 og *Kunarac* App.Ch.J. para.94.

<sup>68</sup> Jf. *Kunarac* App. J. para. 94 og *Kunarac* Tr.J. para. 429. ICTR har uttalt at “systematic” referer til ”thoroughly organised and following a regular pattern on the basis of a common policy involving substantial public or private resources”, jf. *Akayesu* Tr.Ch.J.para.580. Se også 1991 ILC Draft Code, s. 266: “The systematic element relates to a constant practice or to a methodical plan to carry out such violations” og 1996 ILC Report, s.94-95.

<sup>69</sup> Jf. *Blaskic* Tr.Ch.J.,para.207. Se også *Jelusic* Tr.Ch.J. para.53

<sup>70</sup> Se *Mettraux*,2005, s. 171

<sup>71</sup> Jf. *Kunarac et al.* Appeals Chamber,12.juni, 2002, para. 95. Se også *Limaj et al.*, Trial Chamber,30.nov., 2005, para. 183; *Galic*, Trial Chamber,5.des., 2003, para. 146; *Simic, Tadic, and Zaric*, Trial Chamber,17.okt., 2003, para. 43.

mønstre som for eksempel en eventuell deltakelse fra myndighetene, eventuelle logistiske og finansielle ressurser involvert, antall ofre, følgene av angrepet for den målrettede befolkningen, naturen av handlingene, tidsmessig og geografisk repeterende og koordinerte militære operasjoner som leder til samme resultat eller har samme følger.<sup>72</sup>

Det presiseres at det kun er angrepet og ikke tiltaltes enkelthandlinger som må være “widespread” eller ”systematic”.<sup>73</sup>

Videre er det ikke et krav i henhold til internasjonal sedvanerett slik denne er lagt til grunn av *ad hoc*- domstolene, at de aktuelle handlinger er begått som resultat av eller som del av en plan eller strategi om å begå dem. Som uttalt i blant annet *Krajisnik* (2006):

“Proof of the existence of a plan or policy behind the attack is relevant to proof of this element, but the existence of a plan or policy is not a distinct legal element of the crime”<sup>74</sup>

(iii) “*directed against any civilian population*”

Angrepet må videre være rettet mot en sivilbefolkning. At angrepet må være ”directed against” en sivilbefolkning, viser i henhold til *ad hoc*- domstolenes forståelse, at sivilbefolkningen må være ”the primary object of the attack”.<sup>75</sup> Det er angrepet som helhet og ikke tiltales handlinger som må være rettet mot sivilbefolkningen.<sup>76</sup>

Det følger av praksis fra både ICTY og ICTR at en vid forståelse av “civilian” skal legges til grunn i betydningen forbrytelser mot menneskeheten.<sup>77</sup> I henhold til Trial Chamber i *Blagojevic and Jokic*, refererer ”civilian” til:

“[. . .] persons not taking part in hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed *hors de combat* by sickness, wounds detention or any other cause. It is a principle of customary international law that these persons are protected in armed conflicts.”<sup>78</sup>

---

<sup>72</sup> Jf. bl.a. *Kunarac et al.* App.Ch.J.para.95 og *Limaj et al.*, Trial Chamber, 30.nov., 2005, para. 183. Se også Mettraux, 2005, s. 171

<sup>73</sup> Se bl.a. *Kunarac et al.*, Tr.Ch.J.para.430, *Kunarac et al.*, App.Ch.J., para.96 og *Blaskic*, App.Ch.J.para.101

<sup>74</sup> Jf. *Krajisnik* (2006) para. 706. Se bl.a. også *Blaskic* App.Ch.J., para.130, *Kunarac et al.* Appeal Judgement, para. 94, og ICTR: *Kajelijeli* Tr.Ch.J.para.872

<sup>75</sup> Jf. bl.a. *Krajisnik* para. 706

<sup>76</sup> Jf. ordlyden i ICTR vedtektene, artikkel 3, og for ICTY: *Tadic*, App.Ch.J.para.248.

<sup>77</sup> Jf. bl.a. *Tadic*, Tr.Ch.J., para.643, *Kurpeskic* Tr.Ch.J.para.547, *Akayesu* Tr.Ch.J.para.582, *Musema* Tr.Ch.J.para.207

At det må være tale om en "population" innebærer ikke at hele befolkningen i det geografiske område hvor angrepet finner sted, må være ofre for angrepet.<sup>79</sup> Det er tilstrekkelig å etablere at måten, metodene eller ressursene som ble tatt i bruk, demonstrerer at angrepet faktisk var rettet mot en sivil *befolkning* og ikke kun mot et begrenset og tilfeldig utvalg av enkeltpersoner.<sup>80</sup> At det er personer som ikke kvalifiserer til 'sivile' i en befolkning, fratrar den ikke kategoriseringen "civilian population" såfremt befolkningen er "predominantly civilian".<sup>81</sup>

(iv) "*the acts of the perpetrator must be part of the attack*"

Gjerningspersonens atferd må endelig være begått som ledd i angrepet. For å stille en person ansvarlig for en forbrytelse mot menneskeheten, må det bevises at vedkommendes handlinger var *relatert* til angrepet på sivilbefolkningen, i motsetning til rent isolerte handlinger.<sup>82</sup>

Tiltaltes handlinger må "objectively 'form part' of the attack by their nature or consequences".<sup>83</sup> For at tiltaltes handlinger skal kunne sies å utgjøre en del av angrepet, må de ha den effekt at de bidrar til at angrepet pågår.<sup>84</sup>

Det går fram av ICTYs praksis at tiltaltes handlinger ikke behøver å begås når eller der angrepet er på sitt verste ("in the midst of the attack"), såfremt de er tilstrekkelig knyttet til angrepet.<sup>85</sup>

---

<sup>78</sup> Jf. *Blagojevic and Jokic*, Tr.Ch.J., 17.jan., 2005, para. 544. Se også *Tadić* Tr.Ch.J., para.643; *Kupreškić* Trial Judgement, para. 547-8; *Krnojelac* Trial Judgement, para. 56; *Naletilić and Martinović* Trial Judgement, para. 235; *Galić* Trial Judgement, para. 143; *Brdjanin* Trial Judgement, para. 134 og *Krajisnik* para. 706(c)

<sup>79</sup> *Kunarac et al.* App.J., 2002, para. 90. Se også *Kordic and Cerkez* Appeals Chamber, 17.des., 2004, para. 95 (siterer *Kunarac*). ICTR: *Kajelijeli* Tr.Ch.J. para.875 og *Bagilishema* Tr.Ch.J. para.80.

<sup>80</sup> *Kunarac et al.* App.J., 2002, para. 90

<sup>81</sup> Jf. bl.a. *Limaj et al.*, Trial Chamber, 30.nov., 2005, para. 186

<sup>82</sup> Jf. *Tadić*, Appeals Chamber, 15.juli, 1999, para. 271. Se også *Limaj et al.*, Trial Chamber, 30.nov., 2005, para. 189

<sup>83</sup> *Brdjanin*, Trial Chamber, 1.sept., 2004, para. 132. Se også *Simic, Tadic, and Zaric*, Trial Chamber, 17.okt. 2003, para. 41; *Naletilić and Martinović*, Trial Chamber, 31.mars, 2003, para. 234 og *Kunarac et al.* Appeals Chamber, 12.juni, 2002, para. 99

<sup>84</sup> Jf. *Kunarac* Tr.Ch.J. para.418, *Tadić* App.Ch.J. para.248,251 og 271, og *Kupreskić* Tr.Ch.J. para.550.

<sup>85</sup> Jf. *Limaj et al.*, Trial Chamber, 30.nov., 2005, para. 189. Se også *Brdjanin*, Trial Chamber, 1.sept., 2004, para. 132

For eksempel kom Appeals Chamber i *Kunarac* til at en forbrytelse begått flere måneder etter, eller flere kilometer unna et hovedangrep, fremdeles kunne anses som del av dette angrepet, såfremt disse var tilstrekkelig knyttet sammen på andre måter.<sup>86</sup>

Gjerningspersonen behøver ikke å ha begått en serie med handlinger for å oppfylle kravet til ”part of the attack”, en enkelt handling er i prinsippet tilstrekkelig.<sup>87</sup> Tilsvarende er det ikke nødvendig at mange ofre er involvert.<sup>88</sup> Avgjørelsen av om tiltaltes handling(er) utgjør del av angrepet må bero på en helhetsvurdering, hvor bl.a. ”characteristics, aims, nature, and consequence” av tiltaltes handling(er) må tas i betraktning.<sup>89</sup> I *Krajisnik* uttaler Trial Chamber:

“An act would be regarded as isolated when it is so far removed from the attack that, having considered the context and circumstances in which it was committed, it cannot reasonably be said to have been part of the attack.”<sup>90</sup>

Således vil for eksempel et drap av en bosnisk-muslim begått av en kroater i Geneve i 1993, ikke kvalifisere til en forbrytelse mot menneskeheten. Handlingen vil være for langt unna kjernen i angrepet til at det kan sies å utgjøre del av dette.<sup>91</sup>

### 3.2.2.2 ICC

I henhold til ICC-vedtektene artikkel 7(1) må en av de underliggende handlingene være ”committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population”. Hva gjelder disse objektive vilkårene er ordlyden sammenfallende med vilkårene for *ad hoc*-domstolene, hvis man ser bort fra de juridiksjonelle forutsetningene. Ettersom framstillingen skal fokusere på de *subjektive* vilkårene, velger jeg å avgrense mot en nærmere problematisering av denne ordlyden. Det må legges til grunn at formuleringen i stor grad baserer seg på erfaringene fra ICTY og ICTR, som på sin side bygger på

---

<sup>86</sup> Jf. *Kunarac* App. Ch. para. 100. Se også *Kupreskic* Tr.Ch.J. para.550

<sup>87</sup> Jf. *Tadic* Tr.Ch.J.para.649.

<sup>88</sup> Jf. *Tadic* Tr.Ch.J.para.649.

<sup>89</sup> Jf. *Kajelijeli* Tr.Ch.J.para.866 og *Semanza* Tr.Ch.J. para.326.

<sup>90</sup> Jf. bl.a. *Krajisnik* para. 706 (d). Se også *Kunarac et al.* Appeal Judgement, para. 100.

<sup>91</sup> Se *Mettraux*, 2005, s.162

internasjonal sedvanerett. Jeg finner det på denne bakgrunn forsvarlig å behandle skyldkravet i tilknytning til disse objektive elementene uten å problematisere disse nærmere.

### 3.2.3 Subjektive straffbarhetsvilkår

De objektive *chapeau*-elementene for forbrytelser mot menneskeheten har sitt subjektive motstykke. For at en person skal kunne holdes strafferettslig ansvarlig er det ikke tilstrekkelig at det objektive gjerningsinnholdet er oppfylt, vedkommende må også kunne *bebreides* for at dette er tilfellet.<sup>92</sup> *Mens rea*, det skyldige sinn, må dekke både den underliggende forbrytelsen begått av gjerningspersonen (*actus reus*) og den større konteksten den underliggende forbrytelsen inngår i. Dette har støtte i praksis fra *ad hoc*-domstolene. Som uttalt av Trial Chamber i *Kupreskic et al.* (2000):

“[. . .] the requisite mens rea for crimes against humanity appears to be comprised by (1) the *intent* to commit the underlying offence, combined with (2) *knowledge* of the broader context in which that offence occurs”<sup>93</sup>

At gjerningspersonens subjektive skyld må dekke alle elementene i gjerningsinnholdet har kommet klarere fram i etterfølgende dommer fra ICTY. I *Kordic and Cerkez* (2004) kom Appeals Chamber med følgende presise uttalelse:

“the *mens rea* of crimes against humanity is satisfied when the accused has the requisite intent to commit the underlying offence(s) with which he is charged, and when he knows that there is an attack on the civilian population and also knows that his acts comprise part of that attack.”<sup>94</sup>

---

<sup>92</sup>At vedkommende må kunne bebreides for å ha foretatt den straffbare adferd har røtter tilbake i kanonsk og romersk rett, og uttrykkes gjerne gjennom den latinske grunnsetningen *actus non facit reum nisi mens sit rea*, som kan oversettes til: ”An act does not make a person guilty of a crime, unless the person’s mind be also guilty”. Kravet er i dag grunnleggende i moderne rettsystemer. Jf. bl.a. Triffterer (ed.) *Commentary*, 1999, s. 528-529.

<sup>93</sup> *Judgement* 14 januar para. 556

<sup>94</sup> Jf. *Appeal Judgement* 17. desember 2004 para. 99. Se også *Blaskic Appeal Judgement* 29. juli 2004 para. 124 (samme formulering), *Tadic Appeal J.* 15. juli 1999 para. 248 og *Kunarac et al. App. J.* 12. juni 2002 para. 99 og 102

Det nødvendige mens rea for forbrytelser mot menneskeheten kan på denne bakgrunn oppstilles som følgende tre elementer:<sup>95</sup>

- (i) ”intent” om å begå den underliggende forbrytelse<sup>96</sup> som han/hun er tiltalt for å ha begått,
- (ii) ”knowledge” om at det er et utbredt eller systematisk angrep mot en sivilbefolkning, og
- (iii) ”knowledge” om at hans/hennes handling(er) utgjør en del av det angrepet

Skyldkravet for den underliggende handlingen kan naturlig behandles enten som del av *chapeau*-elementene eller sammen med behandlingen av den underliggende forbrytelse. I og med at denne framstillingen fokuserer på en konkret forbrytelse mot menneskeheten, vil dette skyldkravet bli behandlet under redegjørelsen for den underliggende forbrytelsen - forfølgelse i 3.3. Det er mest hensiktsmessig å behandle kravet til skyld etter å ha gjort rede for hvilke elementer denne skylden skal omfatte.

I det følgende vil det nødvendige *mens rea* i forhold til konteksten den underliggende forbrytelse må inngå i, bli behandlet. Det presiseres også at mens fastleggelsen av det nødvendige *mens rea* for forbrytelser mot menneskeheten normalt består av de to ovennevnte skyldkrav, er det et ytterligere krav til skyld for forfølgelse. Dette vilkåret vil bli behandlet i kapittel 4.

### 3.2.3.1 *Mens rea* – for konteksten og for at den underliggende forbrytelsen inngår i denne

At vedkommende må ha utvist skyld, vil si at vedkommende må ha hatt en form for bevissthet i forhold til det utbredte eller systematiske angrepet rettet mot sivilbefolkningen,

---

<sup>95</sup> Jf. bl.a. Blagojevic and Jokic, Tr.Ch.J.17.januar,2005,para.548, Brdjanin Tr. J.1. september 2004, para. 138 og *Galic* Tr. J. 5. desember 2003 para. 148

<sup>96</sup> ‘den underliggende forbrytelse’ og ‘den/(de) underliggende handling(er)/unntatelse(er)’ vil bli brukt om hverandre. Ved tale om ‘en underliggende forbrytelse’ i denne sammenheng, siktes det til en *ordinær* forbrytelse, i motsetning til en forbrytelse mot menneskeheten.

og tilsvarende i forhold til at den underliggende forbrytelse (her forfølgelse) utgjorde del av dette angrepet. Som uttalt av Trial Chamber i *Kordic and Cerkez*:

”[T]he perpetrator must knowingly commit crimes against humanity in the sense that he must understand the overall context of his acts. [ . . . ] Part of what transforms an individual’s act(s) into a crime against humanity is the inclusion of the act within a greater dimension of criminal conduct; therefore an accused should be aware of this greater dimension in order to be culpable thereof [ . . . ]”<sup>97</sup>

Foreligger ikke skyld i forhold til de kontekstuelle omstendighetene, vil vedkommende bare kunne stilles ansvarlig for en ordinær forbrytelse.

### 3.2.3.1.1 *Ad hoc*-domstolene

Verken ICTY- eller ICTR-vedtektene sier noe om de subjektive straffbarhetsvilkårene for forbrytelser mot menneskeheten. Definisjonen av denne gruppen forbrytelser i henholdsvis artikkel 5 og artikkel 3 inneholder ingen eksplisitte skyldkrav og vedtektene inneholder ingen generell bestemmelse om *mens rea*.<sup>98</sup> Den nærmere fastleggelsen av den nødvendige skyld er således overlatt til *ad hoc*-domstolene, som på sin side skal bygge på internasjonal sedvanerett.

Som det framgår av sitatene over, følger det av praksis fra *ad hoc*-domstolene at det kreves ”knowledge” om konteksten og at den underliggende forbrytelsen inngår i denne. I domstolenes praksis er det de samme ordene som går igjen ved oppstillingen av skyldkravet. I tillegg til ordet ”knowledge” og at ”the perpetrator must *knowingly*”<sup>99</sup> eller ”the perpetrator must *know*”<sup>100</sup> at han eller hennes handlinger er del av et utbredt eller systematisk angrep på sivilbefolkningen, er også ”aware” brukt.<sup>101</sup> I motsetning til ordet ”intent”, åpner ikke ”knowledge” eller ”awareness” for ulike forståelser. Det har et entydig innhold i både nasjonal og internasjonal strafferett. Gjerningspersonen må ha ”positiv

---

<sup>97</sup> Jf. *Kordic and Cerkez*, Tr.Ch.J.,26.febr.,2001,para.185. ICTR: Se bl.a. Kayishema and Ruzindana, Tr.Ch.J.,21.mai,1999,para.133 og 134

<sup>98</sup> I motsetning til ICC-vedtektene, som jeg senere vil komme inn på

<sup>99</sup> Se f.eks. *Kordic and Cerkez*, Tr.Ch.J.,26.febr.,2001,para.185

<sup>100</sup> Se f.eks. *Krajisnik*, 27.sept.,2006,para.706(e)

<sup>101</sup> Jf. bl.a. *Kordic and Cerkez*, Tr.Ch.J.,26.febr.,2001,para.184



kunnskap” eller ”vite” om den større konteksten forfølgelsesadferden inngikk i. Dette innebærer på den ene side, som presisert av domstolene, at det ikke er et krav til at gjerningspersonen ”must approve of the context in which his acts occur”.<sup>102</sup> På den annen side er det ikke tilstrekkelig at gjerningspersonen vitende tok en risiko om at sivilbefolkningen ble utsatt for et slikt angrep.<sup>103</sup> Bevisst uaktsomhet er altså ikke nok.<sup>104</sup>

Dette kunnskapskravet utgjør således et krav til *dolus indirectus*, og sammenlignet med skyldformene i norsk rett vil det sammenfalle med det såkalte visshetsforsettet. Det er ikke nok at gjerningspersonen tror, han eller hun må vite. Grensen går antageligvis noe lavere enn 100 % sikkerhet, da få ting i livet er sikkert, likevel ikke slik at det norske sannsynlighetsforsettet er nok. Jeg vil under behandling av ”intent” i 3.3.2 komme nærmere inn på skyldgradene av *dolus*/forsett og med en begrunnelse for den nærmere grensedragningen. Jeg begrenser meg her til å henvise til denne oppstillingen for en nærmere omtale.

Det hører med å nevne at det mulig gjelder et unntak fra kravet til positiv kunnskap. Domstolene har i noen saker vært inne på at ”awareness” må omfatte situasjoner der gjerningspersonen bevisst har forholdt seg uvitende til omstendigheter (som utgjør elementer i en forbrytelse), såkalt ”wilful blindness”.<sup>105</sup> ”Villet blindhet” vil i så fall innebære noe mer enn uaktsomhet, likevel ikke slik at vedkommende har positiv kunnskap. Bortsett fra dette forhold må kunnskapskravet for de kontekstuelle omstendigheter anses å ha et klart innhold. Dette ble uttrykkelig slått fast av Trial Chamber i *Kordic and Cerkez*, med følgende uttalelse:

---

<sup>102</sup> Jf. bl.a. *Kordic and Cerkez*, Tr.Ch.J., 26.febr., 2001, para. 185

<sup>103</sup> Jf. bl.a. Blaskic Appeals Chamber, 29.juli, 2004, para. 126: “The Trial Chamber, in stating that it ‘suffices that he knowingly took the risk of participating in the implementation of the ideology, policy or plan,’ did not correctly articulate the *mens rea* applicable to crimes against humanity.” Jf. også Limaj et al. Trial Chamber, 30.nov., 2005, para. 190.

Det presiseres at Appeal Chamber også uttalte at det ikke er noe rettslig krav om en ”plan” eller ”policy”, og at Trial Chambers uttalelse derfor også var misvisende i denne sammenheng.

<sup>104</sup> Dog slik at overordnede vil kunne pådra seg et unnlatesansvar for handlinger begått av sine underordnede, basert på uaktsomhet (‘should have known’). Jeg avgrensner mot å gå nærmere inn på dette.

<sup>105</sup> Se bl.a. Tadic Tr.Ch.J., 7.mai, 1997, para. 657, som viser til den canadiske *Finta* saken.

”That the perpetrator must have knowledge of the wider context in which his acts occur [. . .] does not appear to be controversial any more in the jurisprudence of the International Tribunal”.<sup>106</sup>

Når det gjelder spørsmålet om hva kunnskapen må omfatte, er utgangspunktet at den skal dekke alle de objektive *chapeau*-elementene i gjerningsinnholdet, som redegjort for i 3.2.2. I praksis, vil dette si at gjerningspersonen må ha kunnskap om alle detaljer ved angrepet? I *Limaj et al.* (2005) uttalte Trial Chamber at: ”The accused merely needs to understand the overall context in which his or her acts took place.”<sup>107</sup> Også av øvrige uttalelser fra domstolene går det fram at det er en mer overordnet kunnskap eller oppmerksomhet om naturen av angrepet, som kreves.<sup>108</sup> En slik forståelse har også støtte i *Kunarac et al.*, hvor Appeals Chamber uttalte: “This requirement [at tiltalte har kunnskap om angrepet] does not entail knowledge of the details of the attack.”<sup>109</sup> Dette er også lagt til grunn i etterfølgende praksis fra domstolene.<sup>110</sup> For øvrig vil det måtte bero på faktum i den enkelte sak hva slags bevis som anses tilstrekkelig for å fastlegge gjerningspersonens kunnskap.<sup>111</sup> Det presiseres også at kravet til kunnskap om omstendighetene ikke betyr at gjerningspersonen må være klar over den rettslige vurderingen av dette faktum. Dette er et grunnleggende strafferettslig prinsipp, både i nasjonal og internasjonal strafferett (*ignorantia legis non excusat*).<sup>112</sup>

Som det følger av det ovennevnte er skyldkravet i seg selv som regel uproblematisk. Enten så vet gjerningspersonen om forholdene, eller så gjør han/hun det ikke. Et spørsmål som imidlertid melder seg er hvordan denne kunnskapen kan *bevises*?

Kunnskapen må bevises utover enhver rimelig tvil (“beyond reasonable doubt”).

---

<sup>106</sup> Jf. *Kordic and Cerkez*, Tr.Ch.J., 26.febr., 2001, para.185

<sup>107</sup> Jf. *Limaj et al.*, Tr.Ch., 30.nov., 2005, para.190

<sup>108</sup> Jf. bl.a. *Kordic and Cerkez*, Tr.Ch.J. para.185 og *Kayishema*, Tr.Ch.J., para. 133 og 134

<sup>109</sup> Jf. *Kunarac et al.*, App.Ch.J., 12.juni, 2002, para.102

<sup>110</sup> Jf. *Krajisnik*, Tr.Ch.J., 27.sept., 2006, para.706e), *Blagojevic and Jokic*, Tr.Ch., 17.jan.,

2005, para.548, *Brdjanin*, Tr.Ch., 1.sept., 2004, para.138,

*Galic*, Tr.Ch., 5.des., 2003, para.148, *Krnojelac*, Tr.Ch., 15.mars, 2002, para.59.

<sup>111</sup> Jf. *Blaskic*, App.Ch.J., 29.juli, 2004, para.126, se også *Limaj et al.*, Tr.Ch., 30.nov., 2005, para.190

<sup>112</sup> Se ICJ artikkel 38(1) som lister opp ”general principles of law recognized by civilized nations” som en primærkilde, og som er en kodifisering av internasjonal sedvanerett.

Hvis en legger til grunn at det ikke foreligger en tilståelse - må det føres bevis for at gjerningspersonen *faktisk* hadde kunnskap om konteksten, da gjennom vitneprov eller dokumenter, eller kan det ut i fra faktum i saken legges til grunn at gjerningspersonen *måtte vite*? I flere dommer fra *ad hoc*-domstolene er det uttalt at gjerningspersonen må ha “*actual or constructive knowledge of the broader context of the attack*”.<sup>113</sup> Det er naturlig å forstå denne uttalelsen slik at ”konstruert kunnskap” i motsetning til ”faktisk”, må bety at det ut i fra faktum i saken må kunne *utledes* at gjerningspersonen måtte ha den nødvendige kunnskap. Denne forståelsen har også støtte i *Tadic*, hvor Trial Chamber uttalte: ”While knowledge is [ . . . ] required, it is examined on an objective level and factually can be implied from the circumstances.” Trial Chamber viste til flere tyske saker i kjølvannet av andre verdenskrig hvor tiltalte ”was assumed to have known [ . . . ]”.<sup>114</sup> Det må således kunne legges til grunn at kunnskap vil kunne utledes fra faktum i saken.

Et illustrerende eksempel på Appeals Chambers anvendelse av *mens rea* kravet finnes i *Vasiljevic*.<sup>115</sup> Vasiljevic hadde blant annet anket over Trial Chambers slutning om at hans handlinger hadde blitt begått som del av et utbredt eller systematisk angrep og at han hadde kunnskap om dette angrepet. Appeals Chamber understreket at det i den gjeldende sak var et spørsmål om Trial Chambers bevis for Vasiljevics kunnskap om de pågående angrepene mot den muslimske sivilbefolkningen i Visegrad-regionen. Appeals Chamber uttalte at det fant det åpenbart ut i fra Trial Chambers slutninger at Vasiljevic deltok med Lukic og andre i letingen etter huset til en bestemt person, og at han var tilstede på et hotell da syv muslimske menn (som senere ble skutt) ankom, ledsaget av Lukic og hans menn. Trial Chamber hadde kommet til at i betraktning av det blotte omfanget og den systematiske naturen av angrepet må tiltalte ha merket seg følgene som denne kampanjen hadde på den ikke-serbiske sivilbefolkningen i Visegrad. Appeals Chamber kom på denne bakgrunn til at det var rimelig av Trial Chamber å slutte at tiltalte hadde kunnskap om det pågående angrepet mot den muslimske sivilbefolkningen i Visegrad.

---

<sup>113</sup> Jf. ICTR: Kayishema, Tr.Ch.J., para.133 og 134. Gjengitt i ICTY: Kupreskic, Tr.Ch.J.para.557, Blaskic, Tr.Ch.J.,para.249 og Kordic and Cerkez, Tr.Ch.J.26.febr.2001,para.185. Min utheving.

<sup>114</sup> Jf. Tadic Tr.Ch.J.para.657.

<sup>115</sup> Jf. Vasiljevic, App.Ch.J.,25.febr.,2004,para.28 og 30.

### 3.2.3.1.2 ICC

Roma-vedtektene inneholder flere reguleringer av krav til skyld. Det gjelder visse eksplisitte skyldkrav i den spesielle delen, samtidig som vedtektene inneholder en generell bestemmelse i artikkel 30 om ”mental element”.

Av artikkel 30 går det fram at ”[. . .] a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court *only if* the material elements are committed with *intent and knowledge*”.<sup>116</sup> Bestemmelsen oppstiller således skyldkravene ”intent and knowledge” som hovedregel for forbrytelsene innen domstolens jurisdiksjon, og gir en nærmere definisjon av hvordan begrepene skal forstås. Denne hovedregelen gjelder i henhold til artikkel 30 imidlertid kun ”[u]nless otherwise provided”. Dersom ikke annet er foreskrevet skal altså ”intent and knowledge” innfortolkes som skyldkrav i definisjonene av forbrytelsene i vedtektene. Flere forfattere omtaler dette som en ”default rule approach” i motsetning til en ”explicit use approach”.<sup>117</sup>

Skal ”otherwise provided” forstås som ”otherwise provided” i *vedtektene*, eller skal det forstås slik at en vil kunne gå *utenfor vedtektene* ved bruk av ”applicable law” i artikkel 21? En mulig forståelse er også at skyldkrav vil kunne være ”otherwise provided” i ’Elements of Crimes’ gjennom artikkel 9.<sup>118</sup> Forstått ut i fra ordlydens ”ordinary meaning”, jf. VCLT artikkel 31, kan den ikke sies å inneholde noen begrensning i forhold til hvor skyldkrav ellers kan være foreskrevet. Hensynet til det grunnleggende prinsippet *nullum crimen sine lege*, setter likevel skranker for hvor og hvordan skyldkrav kan være foreskrevet.<sup>119</sup> Begge de utvidede forståelsene reiser betenkeligheter i forhold til dette prinsippet. Det er også grunn til å tro at det ikke har vært statspartene mening (i hvert fall

---

<sup>116</sup> Min utheving

<sup>117</sup> Jf. bl.a. Roger S. Clark ”The mental element in international criminal law: The Rome Statute of the International Criminal Court and the Elements of Offences ” in *Criminal Law Forum* 12: 291-334, 2001.

<sup>118</sup> Jeg tenker da ikke på ’Elements of Crimes’ gjeldende ordlyd, men på eventuelle endringer i denne

<sup>119</sup> Jf. Roma-vedtektene art. 21, som slår fast at ”principles [. . .] of international law” er subsidiære kilder ”where appropriate”. Vekten av dette grunnleggende prinsippet er understreket ved at det er inntatt i vedtektenes artikkel 22.

en utbredt oppfatning) at ordlyden skal ha en slik forståelse, som vil innebære en åpen kanal til kilder utenfor vedtektene som på sin side er forhandlet fram i detalj.<sup>120</sup> Jeg nøyer meg her med å slå fast det uomtvistede, at ”otherwise provided” i hvert fall refererer til andre steder i vedtektene.

Artikkel 7 om forbrytelser mot menneskeheten slår i *chapeau*-delen fast følgende:

”For the purpose of this Statute, ”crime against humanity” means any of the following acts when committed as part of a widespread attack directed against any civilian population, *with knowledge of the attack*: ”<sup>121</sup>

Skal formuleringen “with knowledge of the attack” i artikkel 7 forstås som et eksplisitt skyldkrav og således “otherwise provided”? Det er den ”ordinary meaning” av ordlyden som skal legges til grunn, lest i sin kontekst, jf. VCLT artikkel 31. Ordlyden gir imidlertid liten veiledning i dens forhold til ’default’ bestemmelsen i artikkel 30. Problemet med reguleringen av skyldkravene i ICC-vedtektene, er at definisjonene i den spesielle delen flere steder gjør bruk av formuleringer som henviser til mentale holdninger, og uten at disse begrepene er nærmere definert. Spørsmålet oppstår derfor om disse formuleringene skal forstås som eksplisitte skyldkrav og således ”otherwise provided”, med den konsekvens at de skal fortolkes uavhengig av definisjonene i artikkel 30, eller om de skal forstås som overflødige formuleringer uten et selvstendig meningsinnhold i forholdet til artikkel 30.

Det er en kjensgjerning at de forskjellige delene av Roma-vedtektene er framforhandlet og utarbeidet i forskjellige komiteer og arbeidsgrupper. At det i den spesielle delen for noen forbrytelser er gjort bruk av formuleringer som tilsynelatende framstår som skyldkrav, innebærer ikke nødvendigvis at de skal forstås som slike og således ”otherwise provided” i forhold til artikkel 30.<sup>122</sup>

---

<sup>120</sup> Jf. VCLT artikkel 31, som blant annet slår fast at ordlyden skal forstås ’in the light of [. . .] its purpose’

<sup>121</sup> Min utheving

<sup>122</sup> I litteraturen er det forskjellig syn på hvordan ”with knowledge of the attack” i artikkel 7 skal forstås, dette er imidlertid ingen relevant kilde ved fortolkningen av vedtektene, se artikkel 21. Se f.eks.: Roger S. Clark ”The mental element in international criminal law: The Rome Statute of the International Criminal Court and the Elements of Offences” in *Criminal Law Forum* 12: 291-334, 2001 – s. 316.

Det ble gjort en innsats for å få avklart denne fortolkingsvilen ved utformingen av "Elements of Crimes". I henhold til vedtektenes artikkel 9(1) skal "Elements of Crimes [. . .] assist the Court in the interpretation and application of articles 6, 7 and 8. [. . .]".<sup>123</sup> I Elements of Crimes, General introduction para. 2, slås det fast at når det ikke er referert til et subjektivt vilkår ('mental element') for en konkret adferd, følge eller omstendighet opplistet, skal det forstås slik at det relevante subjektive vilkår, "dvs. "intent", "knowledge" eller begge", som definert i artikkel 30 kommer til anvendelse. Videre slås det fast at unntak fra artikkel 30 standarden, basert på vedtektene, er indikert i oppstillingene. I oppstillingen av elementene i Article 7(1)(h): Crime against humanity of persecution, har element 6 følgende ordlyd:

"The perpetrator knew that the conduct was part of or intended the conduct to be part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population."

Spesifiseringen av "knew [. . .] or intended" skal således bety at artikkel 7(1)(h) inneholder et selvstendig skyldkrav. Det er imidlertid tvilsomt om disse kravene kan sies å avvike fra definisjonene gitt i artikkel 30. En mulig grunn til at skyldkravene er eksplisitt nevnt kan være at det ved utarbeidelsen av ordlyden i artikkel 30(1) var uenighet om det burde stå "intent *and* knowledge" eller "intent *or* knowlege".<sup>124</sup> Det er her tale om et skyldkrav for omstendigheter i gjerningsinnholdet, og "intent" vil da ikke være aktuelt i og med at dette forutsetter en atferd eller følger av en atferd. En mulig forståelse av element 6 er derfor at denne kun skal fungere som en presisering av at "knowledge" om de kontekstuelle omstendighetene er tilstrekkelig. Skyldkravet for at atferden ble begått som del av angrepet er det derimot naturlig å forstå som "knowledge" eller "intent". Om det nærmere innholdet i disse begrepene skal forstås i overensstemmelse med artikkel 30 eller ikke, må anses uavklart. Innholdet av artikkel 30 vil behandles nærmere under 3.3.2 i tilknytning til skyldkravet for den underliggende forbrytelsen.

---

<sup>123</sup> Jf. også vedtektenes artikkel 21(1) som slår fast at 'Elements of Crimes' er en av de primære rettskildene.

<sup>124</sup> Se bl.a. Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, s. 530

Innledningen til artikkel 7 i ”Elements of Crimes” inneholder en nærmere presisering av skyldkravet. Av para. 2 går det blant annet fram at element 6 ”should not be interpreted as requiring proof that the perpetrator had knowledge of all characteristics of the attack or the precise details of the plan or policy of the State or organization.”

Dette er i overensstemmelse med *ad hoc*-domstolenes forståelse av dette skyldkravet.<sup>125</sup>

### 3.3 Den underliggende forbrytelsen forfølgelse

*Forfølgelse* (”persecution”) – hva er så det?

Vedtektene for *ad hoc*- domstolene nøyer seg med å liste opp ”persecutions on political, racial and religious grounds” som en underliggende forbrytelse, uten å gi en nærmere definisjon av hva som ligger i dette begrepet. Hva som skal forstås med ”forfølgelse” har derfor måttet bli fortolket i praksis fra ICTY og ICTR, basert på en fastleggelse av internasjonal sedvanerett. I *Kupreskic et al.* (2000) definerte Trial Chamber forfølgelse som:

”the gross or blatant denial, on discriminatory grounds, of a fundamental right, laid down in international customary or treaty law, reaching the same level of gravity as the other acts prohibited in Article 5 of the ICTY Statute”.<sup>126</sup>

Denne definisjonen av forfølgelse ble sitert og lagt til grunn av ICTR i *Ruggiu* (2000).<sup>127</sup>

I motsetning til ICTY- og ICTR- vedtektene, er forfølgelse definert i ICC-vedtektene.

Artikkel 7 (2)(g) slår fast følgende:

---

<sup>125</sup> Jf. bl.a. Limaj et al.,30.nov.,2005,para.190, Kunarac et al.,App.Ch.J.,12.juni,2002,para.102, og behandlingen foran.

<sup>126</sup> Jf. Trial Chamber Judgement,14.jan.2000,para.621. Før oppstillingen av denne definisjonen uttalte Trial Chamber følgende: ”Persecution under Article 5(h) has never been comprehensively defined in international treaties. Furthermore, neither national nor international case law provides an authoritative single definition of what constitutes ‘persecution’. Accordingly, considerable emphasis will be given in this judgement to elucidating this important category of offences.”, jf. para. 567.

<sup>127</sup> Jf. Ruggiu,Tr.Ch.J.1.juni.2000,para.21. Se også Semanza Tr.Ch.J.15.mai.2003,para.347.

”’Persecution’ means [for the purpose of paragraph 1] the intentional and severe deprivation of fundamental rights contrary to international law by reason of the identity of the group or collectivity.”

At forfølgelsen må skje på visse diskriminerende grunnlag følger av artikkel 7 (1)(h).

På bakgrunn av en gjennomgang av praksis fra ICTY og ICTR kan hovedelementene i forfølgelse, slik denne forbrytelsen er fortolket av *ad hoc*- domstolene, basert på en fastleggelse av internasjonal sedvanerett, oppsummeres som følger:<sup>128</sup>

- (i) the occurrence of an act or omission
- (ii) the act or omission discriminates in fact and denies a fundamental human right laid down in international law
- (iii) the act or omission is carried out deliberately with the intention to discriminate on one of the listed grounds<sup>129</sup>

De to første punktene refererer til de objektive straffbarhetsvilkårene, *actus reus*, mens det siste punktet refererer til de subjektive straffbarhetsvilkårene, *mens rea*. I tillegg kommer at de generelle vilkårene for forbrytelser mot menneskeheten (*chapeau*- elementene) må være oppfylt.

I *Stacic* (2006)<sup>130</sup> uttaler Appeals Chamber at ”the definition of persecution is well established in the jurisprudence of the Tribunal” og oppstiller en definisjon i samsvar med den ovennevnte.

Eventuelle forskjeller i definisjonen av ”persecution” slik denne er lagt til grunn av *ad hoc*- domstolene, og slik den følger av ICC-vedtektene, vil behandles under henholdsvis 3.3.1

---

<sup>128</sup> Jf. *Krajisnik* Tr. Ch. J. 27. sept. 2006 para. 734, *Stacic* App.J.22.mars.2006,para.327, *Kvoocka* App. J. 28. febr. 2005 para. 454, *Blagojevic and Jokic*,Tr.Ch.J.,17.jan.2005,para.579, *Krnojelac* App. J.sept.2003,para. 185, *Vasiljevic* App. J.febr.2004,para. 113, *Blaskic* App.J. para. 131,*Kordic and Cerkez* App.J.para.101 og *Naletilic and Martinovic*, Tr.Ch.J.31.mars,2003,para.634

<sup>129</sup> I henhold til ICTY og ICTR-vedtektene ”on political, racial or religious grounds”. I henhold til ICC-vedtektene er de diskriminerende grunnlagene flere, jf. artikkel 7(1)(h).

<sup>130</sup> *Stacic* App.J.22.mars.2006,para.327



og 3.3.2. Hva gjelder de objektive vilkårene vil jeg imidlertid begrense meg til kun å peke på visse forskjeller, uten å gå nærmere inn på disse.

### 3.3.1 Objektive straffbarhetsvilkår

#### 3.3.1.1 *Ad hoc*-domstolene

Forfølgelseshandlingene eller -unntatelsene kan ta mange former. Som uttalt i *Tadic* kan en forfølgelseshandling eller unntatelse være alt: ”from killing to limitation on the type of professions open to the targeted group”.<sup>131</sup> Domstolene har aldri gjort et forsøk på å oppstille en liste over hva slags adferd som kan utgjøre forfølgelseshandlinger eller ikke.<sup>132</sup> I *Kupreskic et al.* uttalte Trial Chamber, etter å ha oppstilt definisjonen av forfølgelse som sitert over, at det ikke anså det passende å identifisere hvilke rettigheter som utgjør ”fundamental rights” i betydningen forfølgelse. Og videre at ”[t]he interests of justice would not be served by so doing”.<sup>133</sup> Argumentasjonen var at ved å eksplisitt identifisere visse grunnleggende rettigheter vil dette kunne bli forstått som en ekskludering av andre rettigheter. Trial Chamber uttalte at hver enkelt sak må eksamineres for seg, basert på de faktiske omstendigheter i saken.

At avgjørelsen av om tiltaltes adferd utgjør en forfølgelseshandling eller ikke, vil måtte bero på en konkret vurdering i den enkelte sak, innebærer likevel ikke at domstolene står fritt i denne avgjørelsen. *Ad hoc*-domstolene må blant annet ta hensyn til prinsippet om *nullum crimen sine lege* i fastleggelsen av om den aktuelle adferd kan sies å utgjøre en forfølgelseshandling basert på internasjonal sedvanerett. I det følgende vil jeg vise til visse forhold som setter rammene for hva som kan utgjøre *actus reus* av forfølgelse, basert på en gjennomgang av praksis fra *ad hoc*-domstolene.

---

<sup>131</sup> Jf. *Tadic*, para.694 og 704

<sup>132</sup> Jf. *Krnojelac*, Tr.Ch.J.para.433

<sup>133</sup> Tr.Ch.J.14.jan.2000,para.623

Praksis viser at det kan dreie seg om fysisk eller psykisk skade, krenkelser av den enkeltes rett til frihet<sup>134</sup> – og handlinger som framstår som mindre alvorlige, som ødeleggelse eller plyndring av eiendom.<sup>135</sup> Forfølgelse omfatter handlinger som er opplistet ellers i artikkel 5 og artikkel 3, handlinger nevnt andre steder i vedtektene, samt handlinger som ikke er eksplisitt nevnt i vedtektene.<sup>136</sup> I motsetning til definisjonen i ICC-vedtektene, jf. artikkel 7(1)(h), er det ikke et krav at forfølgelseshandlingene er knyttet til andre forbrytelser i vedtektene.<sup>137</sup>

Handlingene skal ikke vurderes isolert, men samlet. Det er den kumulative effekt som er avgjørende.<sup>138</sup> Det ligger i forbrytelsens natur at det ofte vil dreie seg om en serie handlinger, og at ulike midler er tatt i bruk for å forfølge en bestemt gruppe. Det er likevel ikke et krav at adferden består av en serie handlinger, en enkelt handling kan være tilstrekkelig.<sup>139</sup> Som uttalt av Trial Chamber i *Kupreskic et al.*: ”[it] does not exclude the possibility that a single act may constitute persecution”. Domsammeret tilføyde at i så fall må det være ”clear evidence of the discriminatory intent.”<sup>140</sup> Et eksempel kan være et drap av en muslim i det tidligere Jugoslavia. Dersom det er klare bevis på at gjerningspersonens hensikt var å drepe personen fordi vedkommende var muslim, og handlingen skjedde som del av et utbredt eller systematisk angrep på sivilbefolkningen, kan dette enkeltdrapet utgjøre forfølgelse.<sup>141</sup>

Det følger av *ad hoc*-domstolenes praksis at det ikke er tilstrekkelig at gjerningspersonen har hatt til hensikt å diskriminere en bestemt gruppe på visse grunnlag. Handlingene eller

---

<sup>134</sup> Jf. bl.a. Krnojelac, Tr.Ch.J.para.433, Blaskic, Tr.Ch.J.para.233, Kupreskic, Tr.ch.J.para.615

<sup>135</sup> Jf. bl.a. Blaskic, Tr.Ch.J.para.218-234, Kordic and Cerkez, Tr.Ch.J.para.198.

<sup>136</sup> Jf. bl.a. Krajisnik para.735

<sup>137</sup> Jf. bl.a. Tadic Tr.Ch.J.,para.709, Kupreskic et al.,Tr.Ch.J.,14 jan. 2000, para.614,Blaskic, Tr.Ch.J.para.233,Kordic and Cerkez, Tr.Ch.J.,para.193, Semanza,Tr.Ch.J.para.347-350

<sup>138</sup> Selv om forfølgelseshandlingene kan ta mange former, innebærer legalitetsprinsippet at aktor må ta ut tiltalte for konkrete handlinger. Som uttalt av Trial Chamber i Krnojelac: “[. . .] the principle of legality requires that the Prosecution must charge particular acts amounting to persecution rather than persecution in general”, jf.para.433.

Eller som uttalt av Trial Chamber i Stakic: “In charging persecutions, the Prosecutor must plead with precision the particular acts amounting to persecutions.”, jf.para.735

<sup>139</sup> Jf. bl.a. Krnojelac Tr.Ch. para.433.

<sup>140</sup> Kupreskic et al. Trial Chamber Judgement 14 jan. 2000, para. 624.

<sup>141</sup> Kupreskic et al. Trial Chamber Judgement 14 jan. 2000, para. 624.

unnlåtelsene må også *faktisk diskriminere*.<sup>142</sup> I *Krnojelac Trial Chamber Judgement* ble dette første gang oppstilt som et nødvendig element av *actus reus*. Trial Chamber uttalte følgende: “the act or omission must in fact have discriminatory consequences rather than merely be done with discriminatory intention. Discriminatory intent by itself is not sufficient.”<sup>143</sup>

I henhold til ICTY- og ICTR- vedtektene, hhv. artikkel 5 og 3, må den diskriminerende adferden være begått på grunnlag av politikk, rase eller religion.<sup>144</sup> Men selv om gjerningspersonens adferd faktisk er diskriminerende og dette har skjedd på grunnlag av politikk, rase eller religion, vil ikke enhver krenkelse av en grunnleggende rettighet være alvorlig nok til å utgjøre en forfølgeshandling.<sup>145</sup> Av hensyn til blant annet prinsippet om *nullum crimen sine lege*, må det være noen klart definerte grenser i forhold til hvilken adferd som kan utgjøre *actus reus* av forfølgelse.<sup>146</sup> Atferd som er opplistet som øvrige underliggende forbrytelser i artikkel 5 og artikkel 3, i henholdsvis ICTY- og ICTR- vedtektene, er per definisjon alvorlig nok. Annen adferd må være av samme alvorlighetsgrad som disse.<sup>147</sup> Som uttalt av Trial Chamber i *Krajisnik* (2006):

“The underlying act committed on discriminatory grounds, considered in isolation or in conjunction with other acts, must be of the same gravity as other crimes listed under Article 5 of the Statute”<sup>148</sup>

---

<sup>142</sup> Jf. *Krnojelac*, Tr.Ch.J.15.mars,2002,para.431 og 432. Første dom hvor dette ble oppstilt som et vilkår. Se også App.J.17.sept.2003,para.185. Videre *Vasiljevic*, App.J.25.febr.,2004,para. 113, *Blagojevic and Jokic*, Tr.Ch.J.17.jan.,2005,para.583, *Stakic*, Tr.Ch.J.31.juli,2003,para.733. Se også *Tadic*, Tr.Ch.J.7.mai,1997,para.715. Motsatt *Kvocka et al.* Tr.Ch.J.2.nov.2001, hvor det ikke ble stilt krav om diskriminerende konsekvenser, se para.195.

<sup>143</sup> Jf. para.432

<sup>144</sup> Jf. bl.a. *Blagojevic and Jokic*, Tr.Ch.J.17.jan.,2005,para.583: “An act is discriminatory when a victim is targeted because of his or her membership in a group defined by the perpetrator on a political, racial or religious basis.”

<sup>145</sup> Jf. bl.a. *Krajisnik*, Tr.Ch.J.,2006,para. 735, *Krnojelac* Tr.Ch.J.para.434

<sup>146</sup> Jf. bl.a. *Kordic and Cerkez*, Tr.Ch.J.para.192: “In order for the principle of legality not to be violated, acts in respect of which the accused are indicted under the heading of persecution must be found to constitute crimes under international law at the time of their commission.”, og para. 194: “in order to comply with the principle of legality [ . . . ] there must be “clearly defined limits on the expansion of the types of acts which qualify as persecution”. Jf. også *Kupreskic*, Tr.Ch.J.para.618

<sup>147</sup> Jf. bl.a. *Krnojelac* Tr.Ch.J.para.434

<sup>148</sup> Jf. para. 735. Se også *Blaškić Appeal Judgement*, para. 135.

Denne testen innebærer at det kun er ”gross or blatant denials of fundamental rights” som kan utgjøre forfølgelseshandlinger eller unnlatelser.<sup>149</sup> I vurderingen av om en adferd er av samme alvorlighetsgrad som de øvrige forbrytelsene mot menneskeheten, er det som nevnt den kumulative effekten av tiltaltes handlinger som er avgjørende.<sup>150</sup> Handlingene må hver for seg eller kombinert, utgjøre forfølgelse, likevel ikke slik at det er et krav om at hver enkelt underliggende handling må utgjøre en krenkelse av internasjonal rett.<sup>151</sup>

### 3.3.1.2 ICC

Som det følger av ordlyden i ICC- vedtektene artikkel 7(2)(g), jf. 7(1)(h), er *actus reus* for forfølgelse definert som ”severe deprivation of fundamental rights contrary to international law”. Denne ordlyden er, som definisjonen gitt av *ad hoc*-domstolene, vid. ”Elements of Crimes” oppstiller vilkåret i Article 7(1)(h) element 1, uten at formuleringen gitt der klargjør innholdet. Det vil sprengte rammene for denne framstillingen å gå nærmere inn på dette vilkåret. Den vide formuleringen må, som for ICTY og ICTR, sees på bakgrunn av at forfølgelse - som uttalt av ICTY i *Krnjelac*: ”derives its unique character from the requirement of a specific discriminatory intent.”<sup>152</sup> Det er grunn til å tro at praksis fra *ad hoc*- domstolene, som bevis for internasjonal sedvanerett, vil spille en stor betydning ved domstolens fortolkning av dette vilkåret.<sup>153</sup>

Det er imidlertid et krav i de objektive vilkårene som står ut som en forskjell fra definisjonen gitt av *ad hoc*-domstolene. ICC- vedtektenes artikkel 7 (1)(h) slår fast at forfølgelsen må ha skjedd ”in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court”.<sup>154</sup> Kravet innebærer en kraftig innsnevring av forbrytelsen, og skiller seg fra tidligere definisjoner av forfølgelse. Da denne framstillingen

---

<sup>149</sup> Jf. bl.a. Krnojelac Tr.Ch.J.para.434, *Kupreskic* Trial Judgment, para.621

<sup>150</sup> Jf. bl.a. Krnojelac Tr.Ch.J.para.434: “When invoking this test, acts should not be considered in isolation but rather should be examined in their context and with consideration of their cumulative effect.”

<sup>151</sup> Jf. bl.a. Krajisnik para. 735, Krnojelac Tr.Ch.J.para. 434.

<sup>152</sup> Jf. Krnojelac Tr.Ch.J.para.436

<sup>153</sup> Jf. ICC- vedtektene artikkel 21(1)(c)

<sup>154</sup> Se også Elements of Crimes som ikke bidrar ytterligere.

fokuserer på skyldkravet begrenser jeg meg til kun å peke på dette forholdet. Under framforhandlingen av definisjonen av forfølgelse var det mange stater som mente denne var for vag. Kravet om denne tilknytningen har derfor blitt sett på som et kompromiss.<sup>155</sup>

### 3.3.2 Subjektive straffbarhetsvilkår

I det følgende vil jeg behandle skyldkravet for den underliggende forbrytelsen forfølgelse. I tillegg til dette kravet som gjelder generelt for alle forbrytelser mot menneskeheten, kreves en diskriminerings hensikt. Det sistnevnte vilkår vil bli behandlet i kapittel 4.

#### 3.3.2.1 *Mens rea* – for den underliggende forbrytelse forfølgelse

Hvilken grad av skyld kreves i forhold til de underliggende forfølgeshandlingene eller unnlattelsene? Dette er et spørsmål om hvor terskelen for det nødvendige eller tilstrekkelige *mens rea* ligger.

##### 3.3.2.1.1 *Ad hoc*-domstolene

Det følger av praksis fra *ad hoc*-domstolene at gjerningspersonen må ha hatt ”intent” om å begå den underliggende forbrytelsen som han eller hun er tiltalt for.<sup>156</sup> Dette skyldkravet må således dekke alle de objektive elementene som framgår av 3.3.1.

Ordet ”intent” er ikke selvforklarende. Bruken av dette engelske ordet skaper rom for tvil og usikkerhet. Opp gjennom historien er ”intent” gitt forskjellig meningsinnhold og det eksisterer ingen felles forståelse av ordet. Internasjonal sedvanerett gir ingen generell definisjon av skyldbegrepene som benyttes, det er ingen konsekvent bruk av ordet ”intent” i folkerettslige traktater og vedtekter, og ”intent” brukes med forskjellig meningsinnhold i de ulike nasjonale rettssystemer. Til tross for at ordet går igjen i internasjonal strafferett og

---

<sup>155</sup> Jf. Schabas, *An introduction to the International Criminal Court*, 2004, s. 48

<sup>156</sup> Se Kordic and Cerkez Tr. Ch. 2001 para. 185, 212, og App. Ch. 2004 para. 99, Blaskic App. Ch. Judgem. 29 juli 2004 para. 124, Vasiljevic Tr. Ch. Judgem. 29 nov. 2002 para. 37

er flittig brukt av *ad hoc*- domstolene i deres oppstilling av det nødvendige krav til skyld, finnes det få uttalelser om hva domstolene legger i dette ordet. I flere dommer slås det kort og godt fast at det kreves ”intent to commit the underlying act”.

For en nærmere fastleggelse av innholdet i ”intent”, kan det være nyttig å bruke latinske begreper. I henhold til juridisk teori og tradisjon, kan *mens rea* deles inn i tre *dolus*-former, og disse kan sammenlignes med forsettslæren i norsk rett.<sup>157</sup> *Mens rea* i betydningen det skyldige sinn, omfatter *culpa* generelt og ikke bare *dolus*. Jeg vil likevel begrense meg til kun å behandle det siste, da det som hovedregel stilles krav til *dolus* for å holde en gjerningsperson strafferettslig ansvarlig i internasjonal strafferett. Både forsett og *dolus* innebærer en bevisst overtredelse av gjerningsinnholdet, og det er således et minstekrav at gjerningspersonen har holdt følgen av sin atferd, eller holdt øvrige omstendigheter i gjerningsinnholdet, som en mulighet. At straffansvar i internasjonal strafferett normalt forutsetter den bevisste overtredelse av et straffebud, i motsetning til uaktsomhet, må sees i sammenheng med naturen av forbrytelsene denne disiplinen omhandler. Domstolene (også nasjonale) skal straffeforfølge personer tiltalt for ”the most serious crimes of international concern”,<sup>158</sup> og det vil således kun unntaksvis være tale om strafferettslig ansvar basert på uaktsomhet.

De tre *dolus*-formene kan oppstilles som følger:

- *dolus directus* (direct intent, Absicht), når en adferd var foretatt med vilje eller når følgene av en handling var forutsett og ønsket

---

<sup>157</sup> I norsk strafferett finnes to hovedformer for skyld, forsett og uaktsomhet. Av straffeloven § 40 går det fram at forsett er hovedregelen dersom annet ikke er bestemt. Det nærmere innholdet i skyldformene er ikke definert i lov, men er utviklet i rettspraksis og teori på bakgrunn av forarbeidene. Det er vanlig å sonde mellom tre, eventuelt fire, typer forsett. Inndelingen er imidlertid kun av pedagogiske formål. Når det kreves forsett er det uten betydning for straffansvaret hvilken type forsett gjerningspersonen har utvist. Loven likestiller de ulike forsettsformene. Forsettsformen kan derimot få betydning ved straffutmålingen. Jf. bl.a. Andenæs, Alminnelig strafferett, 5.utg. 2004, s. 221 flg. og Slettan/Øie, 2001 s. 108

<sup>158</sup> som uttalt i Roma-vedtektene artikkel 1

*Dolus directus* kan sammenlignes med det såkalte *hensiktsforsett*<sup>159</sup> i norsk rett.

Hensiktsforsett foreligger når gjerningspersonen ønsket eller ville at gjerningsinnholdet i straffebudet skulle oppfylles. Gjerningspersonen har for eksempel skutt for å drepe. Dersom følgen er tilsiktet spiller det ingen rolle om sannsynligheten for at resultatet skal inntre er større eller mindre. "Intent" omfatter utvilsomt *dolus directus*.

- *dolus indirectus* (indirect intent, knowledge, Vorsatz), når følgene av en adferd var forutsett, men ikke ønsket, eller vedkommende var klar over at en omstendighet forelå

*Dolus indirectus* kan sammenlignes med norsk *visshetsforsett*. Slikt forsett foreligger når gjerningspersonen har visshet om eller sikker kunnskap om at elementene i gjerningsinnholdet er til stede eller vil bli oppfylt, uten at dette var tilsiktet eller ønsket.<sup>160</sup> I motsetning til *dolus directus* (hensiktsforsett), er det tale om et rent kognitivt forhold, hvor gjerningspersonen har oppfattet et faktum, uten at et element av vilje er involvert (i så fall volativ tilstand). Det kan heller ikke være tvilsomt at *dolus indirectus* i betydningen *visshet* om at gjerningsinnholdet blir oppfylt omfattes av "intent". Denne formen er omfattet av alle ledende rettssystemer.

Den tredje forsettsformen i norsk rett er *sannsynlighetsforsett*.<sup>161</sup> Selv om gjerningspersonen verken hadde ønsket å fremkalle en følge eller holdt den som sikker, foreligger forsett dersom vedkommende regnet det som 'overveiende sannsynlig' at følgen ville inntre.<sup>162</sup> Og på tilsvarende måte foreligger forsett i forhold til omstendigheter i gjerningsinnholdet dersom gjerningspersonen har regnet dem som overveiende

---

<sup>159</sup> Denne formuleringen er brukt i Ot.prp.nr.90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven), se 16.2.2 om gjeldende rett vedr. subjektive vilkår. Tilsvarende Eskeland, Strafferett, 2000, s. 263, og Slettan/Øie, 2001, s. 112. Se for øvrig Andenæs s. 233.

<sup>160</sup> Se Eskeland, 2000, s. 261, Slettan/Øie, 2001, s. 112 og Andenæs, 2004, s. 233

<sup>161</sup> Sannsynlighetsforsett og visshetsforsett blir i teorien noen ganger slått sammen til en gruppe.

<sup>162</sup> Dette er lagt til grunn i rettspraksis, se f.eks. Rt. 1911 s. 559, Rt. 1945 s. 273, Rt. 1969 s. 941. Se NOU 1992: 23 s. 115 og NOU 2002: 4 utk. § 3-9 som begge bruker uttrykket "mest sannsynlig". Se også Andenæs, 2004, s. 234.

sannsynlige.<sup>163</sup> I henhold til rettspraksis og teori, må ”overveiende sannsynlig” forstås slik at vedkommende har regnet det som *mer sannsynlig* at følgene eller omstendighetene ville inntre enn det motsatte.<sup>164</sup>

Det er mer tvilsomt om ”intent” eller *dolus indirectus* kan brukes om sannsynlighetsforsett. I de fleste nasjonale rettsystemer går grensen for *dolus* ved en høyere grad av sannsynlighet enn 51 prosent, og sannsynlighetsforsett slik det er forstått i norsk rett er dermed ikke akseptert. Norsk rett har sammenlignet med annen nasjonal rett, et strengt skyldkrav. At grensen for *dolus* generelt ligger høyere i de fleste nasjonale rettssystemer taler for at ”intent” ligger nærmere visshetsforsett. Dette underbygges også av hensynet til *nullum crimen sine lege*. En person skal ikke kunne straffedømmes for en atferd dersom ikke denne atferden var forbudt ved lov på det tidspunktet den ble begått, og dersom det foreligger tvil skal fortolkningen gå i favør av tiltalte. Også den grove naturen av forbrytelsene tilsier at skyldgraden som kreves ikke ligger for lavt. ICC-vedtektene er som nevnt resultat av statsforhandlinger og kan ikke uten videre sies å innebære en kodifisering av internasjonal sedvanerett.<sup>165</sup> Tatt i betraktning det store antallet statsparter under framforhandlingen av ordlyden, kan den imidlertid sies å gi uttrykk for en *opinio juris* på det tidspunktet den ble vedtatt. Det framgår av ICC-vedtektene artikkel 30 om ”mental element”, at i tillegg til gjerningspersonen som ”means to engage” i en handling eller ”means to cause” en følge, omfattes gjerningspersonen som er ”aware that it [en følge] will occur in the ordinary course of events”.

Hvor ligger terskelen for ”intent” etter artikkel 30? Gjerningspersonen må være ”aware” at følgen ”will” inntreffe under normale omstendigheter. Selv om det ikke kreves sikker kunnskap om at følgen vil inntreffe, står det ikke at vedkommende må vite at følgen ”might” eller ”most likely” vil inntreffe under normale omstendigheter. At en person *vet* at

---

<sup>163</sup> jf. bl.a. Rt. 1991 s.600: ”Det som gjelder for forsett med hensyn til følger, gjelder tilsvarende med hensyn til andre gjerningsmomenter i vedkommende straffebud.”, se s. 602.

<sup>164</sup> Jf. bl.a. Rt.1980 s.978 og Rt. 1991 s.741, i motsetning til Rt. 1974 s.382 som bruker uttrykket ”sikkert eller høyst sannsynlig” (se s. 386-386). Se også NOU 1992: 23 s.115 og NOU 2002: 4, jf. utk.3-9, som bruker uttrykket ”mest sannsynlig”, og Andenæs, 2004, s. 234

<sup>165</sup> Om så er tilfellet vil variere fra bestemmelse til bestemmelse



en følge under normale omstendigheter *vil* inntreffe – er det naturlig å forstå som en så høy grad av sannsynlighet, at gjerningspersonen nærmest har visshet. Denne graden kan kanskje sammenlignes med hva som i engelsk rett er omtalt som ”virtual certainty”.

En tredje form for *dolus* er:

- *dolus eventualis* (advertent recklessness, Eventualvorsatz),  
Denne defineres på to måter, enten i forhold til aksept av en følge eller i forhold til aksept av en risiko.<sup>166</sup> I norsk rett er det kun den første betydningen som anses å omfattes av forsettslæren. I internasjonal strafferett forsøker man å unngå bruken av begrepet da dette brukes i forskjellige betydninger i nasjonale rettsystemer.

*Dolus eventualis* i norsk rett brukes om situasjoner der gjerningspersonen regnet det som mindre sannsynlig at gjerningsinnholdet ville bli oppfylt enn omvendt. Følgen eller omstendighetene er verken tilsiktet eller forutsett som sikker eller overveiende sannsynlig, men har dog framstått som en mulighet. Dersom gjerningspersonen i slike tilfelle, forut for handlingen, har tenkt at selv om gjerningsinnholdet vil bli oppfylt, vil han eller hun likevel gjennomføre handlingen, foreligger etter norsk rett *dolus eventualis* i form av positiv innvilgelse.<sup>167</sup> Gjerningspersonen har innvilget følgen og denne skyldgraden kvalifiserer dermed til forsett etter norsk rett.<sup>168</sup> Etter å ha lagt til grunn at grensen for ’intent’ antageligvis ligger et sted mellom sannsynlighetsforsett og visshetsforsett, er det klart at *dolus eventualis* i form av positiv innvilgelse ikke er omfattet.

---

<sup>166</sup> *Dolus eventualis* definert som en aksept av en risiko, vil si den subjektive ignorering av en objektivt verifiserbar risiko. I den grad man ser *dolus eventualis* definert som aksept av risiko, er dette normalt i common law stater. Det mest normale er likevel bruken av begrepet ”recklessness” (’advertent’), om denne skyldgraden. I og med at det er tale om aksept av en *risiko* og ikke av en følge, vil det best kunne sammenlignes med bevisst uaktsomhet i norsk rett.

<sup>167</sup> Jf. bl.a. Andenæs, 2004, s. 235 flg. Jf. også NOU 1992: 23 utk. 30. I NOU 2002: 4 er derimot *dolus eventualis* ikke foreslått godtatt som forsett. Dersom gjerningspersonen i det ovennevnte tilfelle i stedet hadde tenkt at han/hun ikke ville ønsket handlingen gjennomført hvis gjerningsbeskrivelsen viser seg å bli oppfylt, foreligger i stedet bevisst uaktsomhet. Gjerningspersonen har da valgt å handle til tross for at det foreligger en risiko. Han/hun har imidlertid akseptert risikoen og ikke følgen. Jf. bl.a. Eskeland, Strafferett, 2000, s. 264

<sup>168</sup> Dette er lagt til grunn av høyesterett første gang i Rt. 1980 s. 979 og deretter bl.a. i Rt. 1991 s. 741 og Rt. 1992 s. 370. I strafferettsteorien har denne skyldgraden vært noe omtvistet. Mer betenkelig og omtvistet har imidlertid den hypotetiske varianten vært. Om gjerningsmannen, hvis han hadde regnet med følgen som sikker, likevel ville ha foretatt handlingen – såkalt den hypotetiske innvilgelsesteori. I Rt. 1991 s. 600 avviste høyesterett uttrykkelig denne (siste) teorien.

*Actus reus* for forfølgelse er, som tidligere nevnt, definert som “the act or omission which discriminates in fact and denies a fundamental human right [laid down in international law]”. *Actus reus* kan dermed enten defineres i forhold til *adferd* eller i forhold til å forårsake en *følge*. Det må legges til grunn at gjerningspersonen ved utførelsen av forfølgelseshandlinger foretar disse med vilje, som utgjør et *dolus directus*. Den nedre grensen for ”intent” går ved forfølgelsesatferd definert som følger og innebærer et krav til en så høy grad av sannsynlighet for at følgen vil inntreffe at det nærmest utgjør en visshet.

### 3.3.2.1.2 ICC

Jeg har i det ovennevnte vært inne på hvor den nedre grensen for ”intent” (og ”knowledge”) i henhold til Roma-vedtektene artikkel 30 må antas å ligge. Spørsmålet her er i første rekke hva slags skyldkrav som gjelder for den underliggende forbrytelsen forfølgelse.

”Unless otherwise provided” skal et krav til ”intent and knowledge” innfortolkes i definisjonene av forbrytelsene, jf. Roma-vedtektene artikkel 30. Er det et ”otherwise provided” skyldkrav for forfølgelseshandlingene eller unnlattelsene i artikkel 7?

Artikkel 7(2)(g) definerer “persecution” i artikkel 7(1)(h) som:

”*intentional* [. . .] deprivation of fundamental rights contrary to international law [. . .]”.<sup>169</sup>

Hvordan skal “intentional” forstås i denne sammenheng? Skal det forstås som et eksplitt skyldkrav og således ”otherwise provided” i forhold til artikkel 30? Eller er ”intentional” ikke ment å ha noe selvstendig innhold i denne sammenheng? Vedtektenes ordlyd skaper tvil på dette punkt. I henhold til artikkel 21 og artikkel 9 skal det da søkes veiledning i Elements of Crimes. Dersom det ikke er referert til et subjektivt vilkår i opplistingen av forbrytelsens elementer, skal det forstås slik at det relevante subjektive vilkåret, ” i.e.

---

<sup>169</sup> Min utheving

intent, knowledge or both” som definert i artikkel 30, kommer til anvendelse.<sup>170</sup> I opplistingen av elementer under Article 7(1)(h): Crime against humanity of persecution, er “intentional” ikke nevnt, og det vises heller ikke til noe annet subjektivt vilkår som refererer til *actus reus* for forfølgelse (slik dette følger av element 1). Det må på denne bakgrunn slås fast at ”intentional” slik det framgår av ordlyden i artikkel 7(2)(g), jf. 7(1)(h), *ikke* skal forstås som et eksplisitt skyldkrav ”otherwise provided”. Artikkel 30 kommer dermed til anvendelse og skyldkravet er ”intent and knowledge”.

*Actus reus* for forfølgelse, “severe deprivation of fundamental rights [. . .]”<sup>171</sup> kan defineres enten i form av adferd (‘conduct’) eller i form av følger (‘consequence’). I samsvar med definisjonene av ”intent” og ”knowledge” i artikkel 30, innebærer dette at gjerningspersonen enten må ha:

- ”*meant to engage*” in the conduct of severely depriving one or more persons of fundamental rights (definert i forhold til adferd), jf. artikkel 30(2)(a)
- “*meant to cause*” the consequence of severely depriving one or more persons of fundamental rights (definert i forhold til følge), jf. artikkel 30(2)(b) eller ha
- vært “*aware*” that the consequence of severely depriving one or more persons of fundamental rights “*would occur in the ordinary course of events*” (definert i forhold til følge), jf. artikkel 30(2)(b) og 30(3)

De to første alternativene, “meant to engage” og ”meant to cause”, utgjør krav til *dolus directus*, sammenfallende med det såkalte hensiktsforsettet i norsk rett. Den nedre grensen for det nødvendige (og tilstrekkelige) *mens rea* følger av det siste alternativet. Som tidligere nevnt befinner man seg her antageligvis et sted mellom visshetsforsett og sannsynlighetsforsett, nærmest visshet.

---

<sup>170</sup> Jf. Elements of Crimes, General introduction, para. 2, 2.pkt.

<sup>171</sup> Jf. artikkel 7(2)(g), jf. 7(1)(h)

#### 4 Discriminatory intent

For forfølgelse som en forbrytelse mot menneskeheten stilles det krav til at gjerningspersonen har begått forfølgelseshandlingene eller unnlattelsene med et ”discriminatory intent” rettet mot en gruppe mennesker på visse grunnlag.

Som for de øvrige forbrytelsene mot menneskeheten må gjerningspersonen ha hatt forsett med hensyn til å begå de underliggende forfølgelseshandlingene eller unnlattelsene (som for eksempel drap, voldtekt og deportasjon fra en landsby), og vedkommende må ha hatt kunnskap om den systematiske konteksten og at forfølgelseshandlingene inngår i denne. For forbrytelsen forfølgelse er dette imidlertid ikke tilstrekkelig. Et ”discriminatory intent” rettet mot en gruppe mennesker på visse grunnlag er et ytterligere subjektivt straffbarhetsvilkår, eller som uttalt av *ad hoc*-domstolene, et ”additional intent”. Det stilles et spesifisert krav til gjerningspersonens *mens rea*. Dette er av *Blaskic Appeals Chamber* omtalt som følger:

“the *mens rea* for persecutions “is the specific intent to cause injury to a human being because he belongs to a particular community or group.”<sup>172</sup>

På bakgrunn av denne spesifiseringen blir det subjektive vilkåret ofte betegnet som et ”special intent” eller som et *dolus specialis*.<sup>173</sup>

---

<sup>172</sup> Jf. para. 165. Gjentatt i *Kordic and Cerkez App.J.*, para. 111.

Se *Blaskic Tr.Ch.J.* para. 235: “It is the specific intent to cause injury to a human being because he belongs to a particular community or group, rather than the means employed to achieve it, that bestows on it its individual nature and gravity...” Sitert i *Kordic and Cerkez, Tr.Ch.J.*, para. 212

Kommentar: Disse uttalelsene i *Blaskic* (både Trial og Appeals Chamber) er illustrerende for hva den spesielle hensikten går ut på. Det er imidlertid en hensikt å diskriminere *på grunnlag av politikk, rase eller religion*, som er avgjørende, jf. ICTY art. 5(h) og ICTR art. 3(h), og ikke medlemskapet i en spesiell gruppe. Som vi skal se vil diskrimineringshensikten også kunne vises basert på en negativ definisjon av gruppen med fornærmede, dvs. fordi de ikke er medlem av en spesiell gruppe. For mer om dette se 4.1.3.6

I 4.1 vil jeg se nærmere på innholdet i dette vilkåret slik det er fortolket av *ad hoc*-domstolene, basert på internasjonal sedvanerett. Deretter, under 4.2, vil jeg ut i fra en fortolkning av Roma-vedtektene se om og eventuelt hvordan et slikt vilkår har kommet til uttrykk.

I tillegg til det rent materielle innholdet av vilkåret, oppstår spørsmål som hvordan bevise at gjerningspersonen hadde slike kvalifiserte tanker. Dette kunne vært behandlet i et eget kapittel, men jeg begrenser meg til å dra opp hovedlinjene i det gjeldende kapittel.

#### 4.1 *Ad hoc*-domstolene

Det subjektive straffbarhetsvilkåret om at gjerningspersonen må ha handlet med ”discriminatory intent” på visse grunnlag ble senest slått fast av ICTY i *Krajisnik* (2006). Trial Chamber uttalte at forfølgelseshandlingen eller unnlatsen må begås med:

”the intention to discriminate on one of the listed grounds, namely politics, race, or religion.”<sup>174</sup>

##### 4.1.1 Skyldgrad

Hva ligger i *ad hoc*-domstolenes formulering om at gjerningspersonen må ha hatt ”*intent to discriminate*”? Som redegjort for under 3.3.2 kan ”intent” vise til forskjellige grader av skyld og terskelen for det nødvendige *mens rea* må dermed fastlegges.

I *Krnojelac* uttalte Trial Chamber følgende:

“It is not sufficient for the accused to be aware that he is in fact acting in a way that is discriminatory; he must consciously intend to discriminate.”<sup>175</sup>

---

<sup>173</sup> Se f.eks. Stacic Appeals Chamber J. 22. mars 2006 para.328: ”The discriminatory intent requirement amounts to a ”*dolus specialis*””

<sup>174</sup> Trial Ch.J.27.sept.2006,para.734. Se også Stacic,App.Ch.J.,22.mars,2006,para.328, Kvočka et al. App.J.28.febr.2005,para.460, Krnojelac App.J.,sept.,2003,para.184. ICTR: se Semanza,Tr.Ch.J.15.mai,2003,para.350

<sup>175</sup> Krnojelac,Tr.Ch.J.,2002,para.435.

Gjerningspersonen må altså ha *villet* diskriminere en gruppe mennesker. Det er ikke tilstrekkelig at gjerningspersonen er klar over eller har forutsett følgene av sin adferd, de må være ønsket. Skyldkravet utgjør således et *dolus directus* eller i norsk rett kalt et hensiktsforsett. En slik forståelse støttes av etterfølgende praksis fra domstolen. I *Kordic and Cerkez*, under behandlingen av mens rea for forfølgelse, uttalte Trial Chamber at diskrimineringshensikten for forbrytelsen forfølgelse er forskjellig fra det mer generelle nivået av skyld som kreves for de andre forbrytelsene mot menneskeheten [under ICTY art. 5], hvor ”mere knowledge” om konteksten er tilstrekkelig.<sup>176</sup> Trial Chamber responderte videre på aktorats forståelse av *mens rea* for forfølgelse, med følgende uttalelse:

“Yet despite acknowledging the more stringent intent requirement, the Prosecution essentially adopts the *mens rea* formulated by the International Tribunal for crimes against humanity in general (“the objective knowledge that such acts fit into a widespread or systematic attack against a civilian population”), simply tacking on the additional requirement that the accused had the objective knowledge that attack was “based on political, racial or religious grounds”. This approach does not incorporate the requisite heightened *mens rea* that justifies the increased gravity of criminal liability for the crime of persecution. Rather, it simply requires that the accused have known one more thing.”<sup>177</sup>

Av denne uttalelsen kommer det klart fram at det dreier seg om et, som ofte omtalt, ”additional intent” og at *dolus indirectus* ikke er tilstrekkelig.

#### 4.1.2 Et kvalifisert skyldkrav

Ved å bruke ”kvalifisert skyldkrav” viser jeg til hva hensikten skal omfatte.

Gjerningspersonen må ha hatt til hensikt å *diskriminere* en gruppe mennesker på grunnlag av politikk, rase eller religion.

---

<sup>176</sup> Kordic and Cerkez, Tr.Ch.J., 26. febr., 2001, para. 212. Denne forståelsen av ”discriminatory intent” ble ikke imøtegått ved ankebehandlingen, se Kordic and Cerkez, App.Ch.J., 17. des., 2004, para. 110 flg.

<sup>177</sup> Kordic and Cerkez, Tr.Ch.J., 26. febr., 2001, para. 217

At forfølgelsen må ha skjedd ”on political, racial [and] religious grounds”, slik som fastlagt i ICTY og ICTR vedtektene,<sup>178</sup> innebærer en nærmere presisering i forhold til det nødvendige diskrimineringsgrunnlaget. Det er således ikke tilstrekkelig at gjerningspersonen har ønsket å diskriminere en gruppe mennesker. Denne viljen til å diskriminere må basere seg på politiske, rasemessige eller religiøse grunner. Som uttalt av Trial Chamber i *Kvočka et al.*: “[. . .] the discriminatory intent necessary for the crime must be characterizable in terms of politics, race, and religion.”<sup>179</sup>

I norsk rett omtales et krav til *dolus specialis* som en ”spesiell hensikt”. ”Discriminatory intent” vil derfor treffende kunne omtales som *diskriminerende hensikt*.<sup>180</sup> I det følgende vil jeg redegjøre nærmere for hva som ligger i kravet til denne spesielle hensikten.

#### 4.1.3 Nærmere om vilkåret

##### 4.1.3.1 Det eneste særegne elementet ved forfølgelse?

Kravet til at gjerningspersonen må ha begått forfølgelseshandlingene eller unnlattelsene med et ”intent to discriminate” på visse grunnlag, er i flere tidligere dommer fra *ad hoc*-domstolene omtalt som det særegne aspektet ved forfølgelse som en forbrytelse mot menneskeheten. I *Blaskic* (2000) uttaler for eksempel Trial Chamber: “The underlying offence of persecution requires the existence of a *mens rea* from which it obtains its specificity.”<sup>181</sup> Og i *Kordic and Cerkez* (2001) uttaler Trial Chamber: ”This intent – the discriminatory intent – is what sets the crime of persecution apart from other Article 5 crimes against humanity.”<sup>182</sup>

---

<sup>178</sup> Se hhv. artikkel 5(h) og artikkel 3(h)

<sup>179</sup> Jf. *Kvočka et al.*, Tr.Ch.J., para.194

<sup>180</sup> Normalt vil det ikke stilles krav til en spesiell hensikt som del av gjerningsbeskrivelsen i et straffebud i norsk rett. I den grad en spesiell hensikt har betydning, vil det som regel være som et straffeskjerpene moment, og ikke som del av skyldspørsmålet. Et eksempel på et *dolus specialis* krav i norsk rett er likevel forbrytelsene som krever ’vinnings hensikt’. Hensikten om vinning gjør forholdet mer klanderverdig, og forbrytelsene er dermed skilt ut som en egen kategori.

<sup>181</sup> Jf. *Blaskic* Tr.Ch.J.3.mars,2000,para.234.

<sup>182</sup> Tr.Ch.J.26.febr.2001,para.212

I *Krnojelac* (2002) kom ICTY til at det ikke var tilstrekkelig at forfølgelseshandlingene var begått med et ”discriminatory intent”, handlingene eller unnlattelsene måtte *faktisk* ha diskriminerende konsekvenser. Selv om denne slutningen baserer seg på uttalelser i tidligere dommer, var det først i *Krnojelac* Trial Judgement at dette ble oppstilt som et klart vilkår. Etter å ha vært inne på kravet til *actus reus*, uttalte domstolen:

“The crime of persecution *also* derives its unique character from the requirement of a specific discriminatory intent.”<sup>183</sup>

Det er således et diskriminerende element både ved *actus reus* og ved *mens rea* som gir forbrytelsen forfølgelse sitt særegne aspekt. Denne forståelsen er lagt til grunn i etterfølgende praksis.

I flere teoretiske framstillinger går det fram at *dolus specialis* kjennetegnes ved at det subjektive kravet går utover det som objektivt forlanges realisert.<sup>184</sup> I flere norske juridiske framstillinger brukes av denne grunn betegnelsen ”subjektivt overskudd”.<sup>185</sup> Her er vi imidlertid konfrontert med at den spesielle hensikten har et objektivt motstykke. Selv om dette subjektive vilkåret ikke går lenger enn det som objektivt forlanges realisert, er det like fullt et ”additional intent” med krav til en spesiell hensikt. At skyldkravet har et objektivt motstykke frarøver det ikke betegnelsen *dolus specialis* eller spesiell hensikt. Det er kanskje mer treffende å si at innenfor *dolus specialis* finnes den gruppen skyldkrav som innebærer at de subjektive kravene går lenger enn de objektive. I norsk rett er eksempelet på *dolus specialis* først og fremst vinningsforbrytelsene. For disse forbrytelsene stilles det et krav til å de er begått med vinnings hensikt. Det er imidlertid ikke et krav at vinningen er oppnådd. Det subjektive kravet har således ikke et objektiv motstykke, og skyldkravet kan dermed treffende omtales som ”subjektivt overskudd”.<sup>186</sup>

---

<sup>183</sup> Tr.Ch.J.15.mars,2002,para.435.

<sup>184</sup> Jf. bl.a. Cassese, *International Criminal Law*, 2003,s.167, og i norsk rett: Andenæs, *Alminnelig strafferett*,5. utg.2004 s. 224

<sup>185</sup> Andenæs, *Alminnelig strafferett*,5. utg.2004 s. 241 og Slettan/Øie, *Forbrytelse og straff Bind I*,2001,s.115

<sup>186</sup> Jf. f.eks. Rt.1951 s.237. Se også Andenæs, *Formuesforbrytelsene*,1996,s.22



En kan på denne bakgrunn si at forbrytelsen forfølgelse har en spesiell objektiv side som gjør forbrytelsen spesielt skadelig, og en spesiell subjektiv side som gjør forbrytelsen spesielt straffverdig.

Selv om ikke kravet til diskrimineringshensikt alene bærer forbrytelsen forfølgelse, er det særegent i den forstand at det kun er for forfølgelse av forbrytelsene mot menneskeheten at et slikt subjektivt vilkår kreves. Som uttalt av Appeals Chamber i *Tadic*:

“Such an intent is an indispensable legal ingredient [. . .] only with regard to those crimes for which this is expressly required, that is, for Article 5 (h), concerning various types of persecution.”<sup>187</sup>

#### 4.1.3.2 On political, racial or religious grounds

Både ICTY og ICTR vedtektene slår fast at forfølgelse må skje ”on political, racial and religious grounds”, jf. henholdsvis artikkel 5 (h) og artikkel 3 (h).

Ut ifra en språklig forståelse av ordlyden i vedtektene må forfølgelse derfor skje på grunnlag av både politikk, rase og religion. Det er imidlertid slått fast i praksis for *ad hoc*-domstolene at tilstedeværelsen av en diskriminerende hensikt på ett av disse grunnlagene er tilstrekkelig til å oppfylle *mens rea* kravet for forfølgelse.<sup>188</sup>

At hensikten å diskriminere må skje på grunnlag av akkurat politikk, rase eller religion, har sammenheng med naturen av forbrytelsene som skjedde i Jugoslavia og Rwanda.

Vedtektene ble utarbeidet med sikte på å stille personer ansvarlig for forbrytelsene, inkludert den forfølgelse, som skjedde i disse landene.<sup>189</sup> Når det gjelder forholdet til ICTRs *chapeau* vilkår for forbrytelser mot menneskeheten, bygger dette på en forutsetning om at de utbredte og/eller systematiske angrepene slik de forekom i Rwanda i 1994, var av

---

<sup>187</sup> Appeal J. 15. juli 1999 para.305. Se også Kordic and Cerkez Tr.Ch. 26.febr.2001 para.211 og Tadic App.J. para.305

<sup>188</sup> Jf. bl.a. ICTY: Simic, Tadic and Zaric, Tr.Ch.J.17.okt.,2003,para.52 og ICTR: Semanza, Tr.Ch.J.,15.mai,2003,para.350

<sup>189</sup> At diskrimineringshensikten må skje på de nevnte grunnlag har likevel forankring i internasjonal sedvanerett, slik at hensynet til prinsippet *nullum crimen sine lege* er ivarettatt.

en diskriminerende natur. En slik forutsetning om angrepets natur er ikke det samme som at det må kunne føres bevis for at den konkrete gjerningsperson har hatt en diskriminerende hensikt på grunnlag av politikk, rase eller religion.

Som vi skal se under behandlingen av ICC-vedtektene, er grunnlagene for diskrimineringshensikten betydelig utvidet i forhold til ICTY- og ICTR-vedtektene. ”Politikk”, ”rase” og ”religion” er imidlertid vide begreper, og det må antas at de dekker de grunnlagene forfølgelsen i Rwanda og Jugoslavia skjedde på. Praksis fra *ad hoc*-domstolene viser imidlertid at det ikke nødvendigvis trekkes klare grenser mellom disse grunnlagene. I noen tilfeller vil diskrimineringshensikt på flere av grunnlagene kunne fastlegges, andre ganger flyter de mer over i hverandre. Den omfattende listen med diskriminerende grunnlag i ICC-vedtektene understreker at det ikke er grunnlagene i seg selv som er avgjørende, men den hensikt å diskriminere en gruppe som sådan.

Et illustrerende eksempel på at det ikke alltid kan trekkes klare grenser mellom de diskriminerende grunnlagene, har vi i *Nahimana, Barayagwiza and Ngeze*.<sup>190</sup> I Rwanda var de utvalgte ofrene den etniske Tutsi gruppen og de såkalte politisk ”moderate” Hutu opposentene som støttet Tutsi gruppen. Den utvalgte gruppen ofre kunne således både defineres ut i fra en politisk og ut i fra en etnisk komponent. Som uttalt av Trial Chamber: ”RTL, Kangura and CDR [. . .] essentially merged political and ethnic identity, defining their political target on the basis of ethnicity and political positions relating to ethnicity. [. . .] the discriminatory intent of the accused falls within the scope of the crime against humanity of persecution on political grounds of an ethnic character.”<sup>191</sup>

---

<sup>190</sup> ICTR: Tr.Ch.J.,3.des.,2003

<sup>191</sup> *Ibid*, jf. para.1072

#### 4.1.3.3 Ønsket om å diskriminere behøver ikke å være det primære "intent"

I *Krnojelac* foretar Trial Chamber<sup>192</sup> en nærmere fastleggelse av hvordan forfølgelse skal forstås, slik denne forbrytelsen er fortolket gjennom praksis fra domstolen. Domsammeret kommer nærmere inn på det nødvendige *mens rea* for forfølgelse og uttaler:

"While the intent to discriminate need not be the primary intent with respect to the act, it must be a significant one."<sup>193</sup>

Hvordan skal denne uttalelsen forstås? Som allerede nevnt har "intent" flere betydninger. Hvordan skal "primary intent" forstås i denne sammenheng? Skal uttalelsen forstås slik at diskrimineringshensikten ikke behøver å utgjøre den primære *hensikten* hos gjerningspersonen, eller skal den forstås slik at hensikten å diskriminere ikke behøver å utgjøre den primære delen av gjerningspersonens *forsett* generelt? Det er ingen støtte å hente i dommen for den ene eller andre forståelsen. Uttalelsen oppstilles under "the law", uten at Trial Chamber går nærmere inn på hva de legger i denne. Heller ikke under "findings" kommer domskammeret nærmere inn på denne uttalelsen.

Den mest nærliggende forståelsen er at "primary intent" viser til gjerningspersonens forsett generelt. I så fall må uttalelsen leses slik at forsettet om å begå den underliggende forfølgelseshandlingen kan utgjøre hoveddelen av gjerningspersonens *mens rea* ("the primary intent"), så framt diskrimineringshensikten er "betydelig". Men hva ligger egentlig i dette? Et tenkt eksempel er soldater som har bestemt seg for å voldta noen damer. Når de først skal gjøre dette, velger de like gjerne noen bosnisk- muslimske kvinner, slik at de samtidig kan diskriminere disse. Ønsket om å diskriminere kvinnene på grunnlag av deres etnisitet kan ikke sies å utgjøre den primære delen av deres skyldige sinn, men det må likevel anses å være betydelig.

---

<sup>192</sup> *Krnojelac* Tr.Ch.15.mars,2002, se para.431-436

<sup>193</sup> *Ibid* para.435

Dersom det hadde vært et krav at hensikten å diskriminere hadde måttet utgjøre den primære delen av gjerningspersonens *mens rea*, ville det nevnte eksempelet ikke utgjort forfølgelse. Soldatene plukket med vilje ut noen bosnisk muslimske kvinner med et ”tilleggsønske” om å diskriminere disse. At de i utgangspunktet hadde bestemt seg for å voldta, før de også bestemte seg for å diskriminere, fritar dem således ikke for forbrytelsen forfølgelse.

#### 4.1.3.4 Motiv irrelevant

Kan det tenkes at en person har diskriminerende hensikt med forfølgelseshandlingen, men likevel et annet underliggende motiv for å begå handlingen?

En diskrimineringshensikt innebærer at gjerningspersonen bevisst har ønsket å diskriminere en gruppe mennesker. Det er ingen ting ved dette vilkåret som tilsier at det ikke er plass til et underliggende motiv. Eller sagt på en annen måte, at en person handler med et ønske om å diskriminere en gruppe på visse grunnlag, er sjelden den eneste beveggrunnen. Det vil som regel være en underliggende forklaring for denne viljen.

At en må sondre mellom motiv og hensikt, ble uttrykkelig slått fast i *Kvocka et al.* (2005), hvor Appeals Chamber uttalte følgende:

”Motive and intent must be distinguished. Personal motives, such as settling old scores, or seeking personal gain, do not exclude discriminatory intent.”<sup>194</sup>

Det er således ikke et krav eller en forutsetning at gjerningspersonen personlig ”hater” ofrene for forfølgelsen, det er tilstrekkelig at vedkommende handlet med en *vilje* om å diskriminere en gruppe. Dersom personlige motiver skulle ha betydning ved fastleggelsen av vedkommendes skyld, ville dette innebære at en person som har oppfylt de øvrige vilkårene for forfølgelse og har handlet med et ønske om å diskriminere gruppen som forfølges, likevel ikke ville kunne stilles ansvarlig for forbrytelsen dersom vedkommende

---

<sup>194</sup> Jf. *Kvocka et al.* App.Ch.J.,28.febr.,2005,para.463

hadde personlige grunner for å ha handlet som han eller hun hadde gjort. Dette ville stride mot alminnelige rettsoppfatninger blant verdens ledende rettssystemer, blant annet med det grunnleggende prinsippet *reductio ad absurdum*, oversatt til lite logisk slutning.<sup>195</sup>

At personlige motiver ikke er relevant ved avgjørelsen av om det er begått en forfølgelse (som en forbrytelse mot menneskeheten), ble uttrykkelig slått fast av Appeals Chamber i *Kvočka et al.* med følgende utsagn:

”The Appeals Chamber confirms that the relevant case-law and the spirit of international rules concerning crimes against humanity make it clear that under customary law, ‘purely personal motives’ do not acquire any relevance for establishing whether or not a crime against humanity has been perpetrated.”<sup>196</sup>

Som for andre ledende rettssystemer er motiv normalt heller ikke relevant i norsk rett, ved avgjørelsen av om gjerningsinnholdet er oppfylt (altså som en betingelse for straffbarhet). I den grad motivet for handlingen har betydning er det på tilsvarende måte som regel som et straffeskjerpene eller formildende moment, og ikke som del av skyldspørsmålet. Det vil for eksempel være et straffeskjerpene moment om en legemskrenkelse i straffeloven §§ 228-231 var ”rasistisk motivert”, jf. § 232.

#### 4.1.3.5 Hensikt å diskriminere en gruppe, ikke enkeltpersoner

Diskrimineringshensikten for forfølgelse er en spesiell hensikt om å diskriminere et menneske ”because he belongs to a particular community or group”, som uttalt i *Blaskic Appeals Chamber Judgement*.<sup>197</sup> Hensikten å diskriminere må derfor rette seg mot *en gruppe* (på grunnlag av politikk, rase eller religion), og ikke mot en enkeltperson.

---

<sup>195</sup> Jf. Tadic App.Ch.J.,para.269. For rettskildebetydningen av alminnelige rettsgrunnsetninger for staters interne rett, se kodifiseringen av internasjonal sedvanerett i ICJ artikkel 38(1).

<sup>196</sup> Jf. Kvočka et al. App.Ch.J.,28.febr.,2005,para.463. Jf. også Tadic App.J.15.juli,1999,para.270

<sup>197</sup> Jf. bl.a. Blaskic App.Ch.J.,29.juli,2004,para.165. Se likevel neste punkt om en negativt definert gruppe ofre.

Spørsmålet oppstår om hvordan avgjøre om et offer faller innenfor den målrettede gruppen? Hva slags kriterier ligger til grunn for denne avgjørelsen? En tutsi eller en bosnisk-muslim vil typisk være klare eksempler på personer som vil falle innenfor den målrettede gruppen. Men hva med personer som har en skjøre tilknytning til denne gruppen?

I *Naletilic and Martinovic* (2006)<sup>198</sup> uttalte Trial Chamber at den målrettede gruppen må bli vidt fortolket og at den ikke bare omfatter personer som personlig bærer (de politiske, rasebaserte eller religiøse) kriteriene for gruppen. ICTY pekte på at også personer som er definert av gjerningspersonen til å tilhøre gruppen av fornærmede, på grunn av deres nære tilknytning eller sympati med gruppen, må omfattes. Domskammeret fant at denne forståelsen var i overensstemmelse med den underliggende beveggrunnen ("ratio") for bestemmelsen som forbyr forfølgelse, i og med at de utvalgte ofrene ikke har noen innvirkning på gjerningspersonens definisjon av deres status. Domskammeret uttalte at i slike saker kan en faktisk diskriminering legges til grunn, da ofrene er diskriminert ut i fra gjerningspersonens oppfatning av hvem de er.<sup>199</sup>

#### 4.1.3.6 Diskriminerende hensikt kan vises positivt eller negativt

I *Tadic* la Trial Chamber til grunn at et angrep begått kun mot den ikke-serbiske delen av befolkningen fordi de ikke var serbere, var en indikasjon på den nødvendige diskrimineringshensikten.<sup>200</sup> Anvendelsen av en slik negativ definisjon av gruppen fornærmede, er senere lagt til grunn i praksis.<sup>201</sup> Som uttalt av Trial Chamber i *Blaskic*:

---

<sup>198</sup> *Naletilic and Martinovic*, Tr.Ch.J.,3.mai,2006

<sup>199</sup> Jf. *Naletilic and Martinovic*, Tr.J.,31.mars,2003,para. 636

<sup>200</sup> Jf. *Tadic* Tr.Ch.J.,para. 652

<sup>201</sup> ICTR: jf. *Nahimana, Barayagwiza and Ngeze*, Tr.Ch.J.,3.des.,2003,para.1071: "[T]he crime of persecution specifically requires a finding of discriminatory intent on racial, religious or political grounds. The Chamber notes that this requirement has been broadly interpreted by the [ICTY] to include discriminatory acts against all those who do not belong to a particular group".

“The Trial Chamber notes in this respect the negative definition of the persecution "victim group" provided by the *Tadic* Trial Chamber, that is, the one of which the perpetrator of the crimes is not a member.”<sup>202</sup>

Et illustrerende eksempel på en negativt definert gruppe av fornærmede, finnes i *Kvocka et al.* Det var et spørsmål om de innsatte i Omarska-leiren var plukket ut på grunnlag av politiske, etniske eller religiøse kriterier. Under avgjørelsen av om den nødvendige diskrimineringshensikten forelå, uttalte Trial Chamber følgende:

“When all the detainees are non-Serbs or those suspected of sympathizing with non-Serbs, and all abusers are Serbs or Serb sympathizers, it is disingenuous to contend that religion, politics, and ethnicity did not define the group [ . . . ]”<sup>203</sup>

Trial Chamber uttalte også at: “While discriminatory grounds form the requisite criteria, not membership in a particular group, the discriminatory grounds in this case are founded upon exclusion from membership in a particular group, the Serb group.”<sup>204</sup>

Denne forståelsen ble opprettholdt av Appeals Chamber (2005),<sup>205</sup> og er senere lagt til grunn av domstolen.<sup>206</sup>

#### 4.1.3.7 Hvordan bevise diskriminerende hensikt?

For å finne en person skyldig for forbrytelsen forfølgelse må gjerningspersonens diskrimineringshensikt bevises utover enhver rimelig tvil (“beyond reasonable doubt”). Hvordan bevise at gjerningspersonen har handlet ut i fra en spesiell hensikt å diskriminere en gruppe på grunnlag av politikk, rase eller religion?

---

<sup>202</sup> Jf. Blaskic, Tr.Ch.J.3.mars,2000,para.236

<sup>203</sup> Jf. Kvocka et al. Tr. Ch. J. 2. nov. 2001 para. 195

<sup>204</sup> Ibid para. 197. Også gjengitt i Kvocka App.J. 28. febr. 2005 para. 366

<sup>205</sup> Jf. Kvocka et al. App.Ch.J.,28.febr.2005,para.366

<sup>206</sup> Jf. Naletilic and Martinovic,App.Ch.J.,3.mai,2006,para.130

Det er sjelden at en person tilstår å ha hatt en slik hensikt. Som jeg har vært inne på under behandlingen av *mens rea* for konteksten av forfølgelsesadferden, blir spørsmålet også her om det er nødvendig å føre bevis for at gjerningspersonen *faktisk* hadde diskrimineringshensikt, eller om en slik hensikt vil kunne *utledes* fra faktum i saken.

I *Kvocka et al.* uttalte Appeals Chamber at diskrimineringshensikten ikke kan utledes direkte fra den generelle diskriminerende naturen av et ”angrep” karakterisert som en forbrytelse mot menneskeheten. Men, uttalte domskammeret, diskrimineringshensikten kan bli utledet fra konteksten av angrepet under forutsetning av at hensikten er underbygget av de omkringliggende omstendighetene.<sup>207</sup>

Det følger av praksis fra *ad hoc*- domstolene at i vurderingen av om diskrimineringshensikten kan sies å foreligge må en basere seg på et verifiserbart faktum og se gjerningspersonens adferd i sin helhet. For eksempel vil en måtte ta i betraktning den systematiske naturen av forbrytelsene begått mot en gruppe på grunnlag av politikk, rase eller religion, og den generelle holdningen til den påståtte gjerningspersonen som demonstrert gjennom vedkommendes handlinger.<sup>208</sup>

Slik jeg har redegjort for over kan diskriminerende hensikt vises ut ifra en negativt definert gruppe fornærmede. Både i *Kvocka et al.* og i *Krnojelac*<sup>209</sup> var forfølgeshandlingene rettet mot en ikke-serbisk gruppe. ICTY kom på denne bakgrunn til at handlingene var begått på grunnlag av de fornærmedes politiske eller religiøse tilhørighet. Dette er eksempler på at diskrimineringshensikten er utledet fra faktum i saken.

I *Naletilic and Martinovic* (2006) uttalte Appeals Chamber, med referanse til de nevnte dommer, at den nå anså at jussen på dette området å være klar.<sup>210</sup>

---

<sup>207</sup> Jf. *Kvocka et al.* Appeal Judgement, para. 366

<sup>208</sup> Jf. *Kvocka et al.* App.J. 28. febr.2005 para. 460, *Krnojelac* App.J. 17. sept. 2003 para. 184 og *Kordic and Cerkez* App.J. 17.des.2004 para. 715

<sup>209</sup> *Krnojelac* Appeal Judgement, para. 184

<sup>210</sup> App.Ch.J.,3.mai,2006,para.129



#### 4.1.3.8 ICTY: Ikke krav om en diskriminerende strategi eller politikk

Som jeg tidligere har vært inne på bygger ICTRs jurisdiksjon i henhold til artikkel 3, på en forutsetning om at de underliggende forbrytelsene er begått som del av et diskriminerende angrep mot sivilbefolkningen. En tilsvarende forutsetning følger ikke av ICTY-vedtektenes artikkel 5. Det ligger i forbrytelsen forfølgelses natur at den ofte vil bli begått som ledd i en større plan om å diskriminere en bestemt gruppe. Men er det et vilkår at forbrytelsen forfølgelse blir begått i henhold til en diskriminerende strategi?

ICTY har i flere saker behandlet dette spørsmålet, og uttalt at selv om forfølgeshandlinger ofte vil være del av en diskriminerende politikk eller strategi, er eksistensen av en slik politikk eller strategi ikke et vilkår eller en nødvendig forutsetning for forbrytelsen forfølgelse.<sup>211</sup> Det presiseres at *chapeau*-vilkåret om at den underliggende forbrytelsen må være begått som ledd i et utbredt eller systematisk angrep rettet mot sivilbefolkningen, like fullt må være oppfylt. En diskriminerende politikk eller strategi kan fungere som bevis for et utbredt eller systematisk angrep, men heller ikke slik at det for dette vilkåret er krav om en plan eller politikk bak angrepet.<sup>212</sup>

#### 4.1.3.9 Forfølgelse sammenlignet med folkemord

Også for folkemord stilles det krav til *dolus specialis*. I henhold til ICTY- og ICTR-vedtektene, henholdsvis artikkel 4 og artikkel 2, må en (eller flere) av de underliggende handlingene være begått ”with the intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such”. Gjerningspersonen må således ha handlet med den hensikt å *ødelegge* (helt eller delvis) den beskyttede gruppen som sådan. Til sammenligning er hensiktskravet for forbrytelsen forfølgelse å *diskriminere* en av de beskyttede gruppene. Selv om den spesielle hensikten er definert forskjellig, er det flere

---

<sup>211</sup> Jf. bl.a. Kvočka et al., App.Ch.J., 28. febr., 2005, para. 341, Blagojevic and Jokic, Tr.Ch.J., 17. jan., 2005, para. 582 og Brdjanin, Tr.Ch.J., 1. sept., 2004, para. 997

<sup>212</sup> Jf. Krajisnik, , 2006, para. 706.

likheter ved dette subjektive vilkåret. I begge tilfeller er det forbrytelser (underliggende handlinger) begått mot en utvalgt gruppe, og med en vilje hos gjerningspersonen om å ramme akkurat denne gruppen på grunnlag av rase (etnisitet/nasjonalitet) eller religion, eller for forfølgelse også politisk tilknytning. Det er således i begge tilfeller snakk om en diskriminering, likevel slik at hensikten for folkemord må gå lenger, nemlig til å *ødelegge* gruppen (helt eller delvis). Som uttalt av Trial Chamber i *Kupreskic et al.*:

”[F]rom the viewpoint of *mens rea*, genocide is an extreme and most inhuman form of persecution.”<sup>213</sup>

En kan dermed tenke seg at dersom gjerningspersonens diskrimineringshensikt for forfølgelse eskalerer til et ønske om å ødelegge gruppen (eller delen av denne), kan forfølgelse utgjøre folkemord.

I *Kupreskic et al.* kom Trial Chamber med en uttalelse om diskrimineringshensikten for forfølgelse, som jeg vil knytte en kommentar til. Trial Chamber uttalte: ”The *mens rea* requirement for persecution is higher than for ordinary crimes against humanity, although lower than for genocide.”<sup>214</sup> Denne uttalelsen kan misvisende forstås slik at skyldgraden er høyere for ødeleggelsen hensikten enn for diskrimineringshensikten. Begge skyldkravene må sies å utgjøre et krav til *dolus directus*. Den spesielle hensikten å ødelegge, i motsetning til å diskriminere, er imidlertid *mer straffverdig* og vil også være vanskeligere å bevise.

## 4.2 ICC

Følger det et krav om diskrimineringshensikt for forfølgelse av Roma-vedtektene?

---

<sup>213</sup> Jf. *Kupreskic et al.*, Tr.Ch.J.14.jan.,2000,para.636

Kommentar: Jeg begrenser meg her til å se på naturen av det spesielle hensiktskravet for de to forbrytelsene, og likheten på dette punkt, uten å gå inn på forskjellene hva gjelder de øvrige vilkårene (subjektive og objektive).

<sup>214</sup> Jf. *Kupreskic et al.*, Tr.Ch.J.14.jan.,2000,para.636

Har statspartene tatt uttrykkelig stilling til dette skyldkravet som følger av internasjonal sedvanerett og *ad hoc*-domstolenes praksis? Og i så fall hvordan har kravet kommet til uttrykk? Er det tale om en klar regulering, eller reiser den tvil og spørsmål? Hva slags problemstillinger er det i så fall tale om? Er det grunn til å tro at kravet slik det er regulert i Roma-vedtektene skiller seg fra kravet slik det er blitt fastlagt for *ad hoc*-domstolene? Hva kan fastslås i dag, og hva må avvente fortolkning av ICC?

#### 4.2.1 Inneholder artikkel 7 om forbrytelser mot menneskeheten et krav til en diskriminerende hensikt for forfølgelse?

Som jeg tidligere har vært inne på, inneholder Roma-vedtektene en generell bestemmelse om ”mental element” i artikkel 30, samtidig som det gjelder visse eksplisitte skyldkrav i den spesielle delen. Artikkel 30 gjelder ”unless otherwise provided”, og spørsmålet er derfor om et krav til en diskriminerende hensikt er regulert i artikkel 7.

I opplistingen av de underliggende handlingene av forbrytelser mot menneskeheten, er ordlyden i artikkel 7(1)(h) som følger:

“Persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court;”

“For the purpose of paragraph 1” definerer artikkel 7 (2)(g) forfølgelse:

””persecution” means the intentional and severe deprivation of fundamental rights contrary to international law by reason of the identity of the group or collectivity;”

En alvorlig berøvelse av grunnleggende rettigheter i strid med folkeretten (som må ha skjedd med ”intent and knowledge” i henhold til art. 30 (1)<sup>215</sup>), må være begått “*by reason of the identity of the group or collectivity*”. Hvordan skal denne formuleringen forstås? Ut i

---

<sup>215</sup> For skyldkravet i forhold til forfølgelseshandlingene eller unnlåtelsene, se kapittel 4.3.2

fra en naturlig språklig forståelse av ordlyden<sup>216</sup> må denne anses å gi uttrykk for et *dolus specialis* krav, ved at forfølgelseshandlingene må ha skjedd på grunn av en gruppes eller samfunns identitet. At formuleringen må forstås som et eksplisitt skyldkrav har også støtte i ”Elements of Crimes”, ved at den er oppstilt som et element i forbrytelsen forfølgelse.<sup>217</sup> Article 7(1)(h), element 2, har følgende ordlyd:

“The perpetrator targeted such person or persons by reason of the identity of a group or collectivity or targeted the group or collectivity as such.”

En slik forståelse har videre støtte i vedtektenes forarbeider, som i henhold til VCLT artikkel 32 er relevante som subsidiære kilder. Det framgår av disse at det i forhandlingene forut for vedtagelsen av vedtektene var et forslag om å inkludere ”specific intent” eller ”*dolus specialis*” i tillegg til ”the general intent” i artikkel 30.<sup>218</sup> Den “Preparatory Committee” kom imidlertid til at ”there was no need, however, to distinguish between general and specific intention, because any specific intent should be included as one of the elements of the definition of the crime”.<sup>219</sup> Det kan på denne bakgrunn legges til grunn at et *dolus specialis* framgår av artikkel 7(2)(g), jf. 7(1)(h).

Hvilken grad av skyld kreves så for dette subjektive straffbarhetsvilkåret? Hva skal forstås med ”by reason of”? Ligger det ut ifra en språklig forståelse en volativ komponent i disse ordene slik at det må anses som et krav til *dolus directus*? *The ordinary meaning* av ordlyden er ikke klar på dette punkt. Kan det med ordene ”by reason of the identity of the group or collectivity” anses å være tilstrekkelig at gjerningspersonen har ”knowledge” eller ”awareness” om en gruppes eller et samfunns identitet? Ut i fra en språklig forståelse av ”by reason of” virker ikke dette tilstrekkelig. Det ville i så fall innebære at en ren kognitiv tilstand var nok og at det således kan bero på rene tilfeldigheter at gjerningspersonen innehar kunnskapen. ”By reason of” hentyder til at gjerningspersonen tilsiktet noe, og dermed et element av vilje. En slik forståelse av ordlyden har også støtte i ”Elements of

---

<sup>216</sup> Jf. ”ordinary meaning” i VCLT artikkel 31

<sup>217</sup> Jf. Elements of Crimes, General introduction, para. 2

<sup>218</sup> Jf. Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, U.N. GAOR, 51<sup>st</sup> Sess., Supp. No. 22, U.N. Doc. A/51/22 (1996), Vol. II, s. 92-93

<sup>219</sup> Report of the Preparatory Committee, *supra* note 3, Vol. I, s.45, para.199

Crimes”, som i Article 7 (1)(h), element 2, slår fast at gjerningspersonen ”*targeted* such person or persons by reason of the identity of the group [ . . .]”.<sup>220</sup> Denne formuleringen taler for at det må være en bevisst *villet* handling og ikke bare oppmerksomhet om et faktum.

Når vedtektenes ordlyd og ”Elements of Crimes” ikke kan avklare fortolkingstvil, vil internasjonal sedvanerett være en anvendelig rettskilde (”rules of international law”) i henhold til Roma-vedtektene artikkel 21. *Ad hoc*-domstolene skal bygge på internasjonal sedvanerett ved fortolkningen av deres vedtekter, og rettspraksis fra domstolene kan derfor ha verdi som bevis for internasjonal sedvanerett. Som Trial Chamber uttalte i *Krnojelac*: ”It is not sufficient for the accused to be aware that he is in fact acting in a way that is discriminatory; he must consciously intend to discriminate.”<sup>221</sup>

På denne bakgrunn vil det være naturlig å forstå formuleringen i artikkel 7(2)(g) som en diskriminerings hensikt som utgjør et krav til *dolus directus*.

#### 4.2.1.1 Grunnlagene for forfølgelsen – artikkel 7(1)(h)

Som det framgår av ordlyden i artikkel 7(1)(h) (referert over) er de diskriminerende grunnlagene betydelig utvidet sammenlignet med de som følger av ICTY- og ICTR-vedtektene. Opplistingen er heller ikke uttømmende i og med den avsluttende formuleringen ”or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law”.

I motsetning til ICTY- og ICTR-vedtektene, er ikke Roma-vedtektene vedtatt med sikte på noen konkrete konflikter, men skal derimot ta høyde for å slå ned på forskjellige former for forfølgelse. Med de mange grunnlagene opplistet i artikkel 7(1)(h) kommer det klart fram, at det er hensikten å diskriminere en gruppe mennesker på grunnlag av deres identitet som

---

<sup>220</sup> Min utheving

<sup>221</sup> Jf. *Krnojelac*, Tr.Ch.J., 2002, para.435. Dette er behandlet i foran i 4.1

er det sentrale. Én må anta at artikkel 7 setter få skranker i forhold til hvilke grunnlag diskrimineringshensikten kan omfatte, såfremt hensikten er å diskriminere på grunn av en gruppes eller et samfunns identitet. Som nevnt i 3.3.1 vil imidlertid kravet om at forfølgelseshandlingene eller unnløtelsene må være begått i tilknytning til "any act referred to in this paragraph [artikkel 7] or any crime within the jurisdiction of the Court", sette begrensninger for hva som kan utgjøre forfølgelse for ICC.

## 5 Konklusjon

I denne oppgaven har jeg forsøkt å belyse de subjektive straffbarhetsvilkårene for forbrytelsen forfølgelse. Som framstillingen har vist har begrepet "knowledge" et entydig innhold både i nasjonal og internasjonal strafferett. Det stilles krav til positiv kunnskap om det systematiske eller utbredte angrepet rettet mot sivilbefolkningen, og at forfølgelseshandlingene eller unnløtelsene ble begått som ledd i dette. Det følger av både praksis fra *ad hoc*-domstolene og ICC-vedtektene at det er nødvendig med kunnskap om den overordnede naturen av angrepet, men ikke detaljer om dette. Skyldkravet er altså i seg selv som regel uproblematisk - enten så vet gjerningspersonen om forholdene eller så vet han eller hun det ikke. Problemet her er i første rekke hvordan denne kunnskapen skal bevises.

I motsetning til "knowledge" har "intent" ikke et klart meningsinnhold. Spørsmålet har derfor vært hvor terskelen for det nødvendige eller tilstrekkelige *mens rea* ligger for den underliggende forbrytelsen forfølgelse. Både for *ad hoc*-domstolene og for ICC mener jeg kravet ligger nærmest visshetsforsett (slik vi kjenner det fra norsk rett), likevel slik at det ikke må være tale om 100 % sikkerhet. Med et lånt ord fra engelsk rett kan det se ut til at "virtual certainty" er dekkende for hvor grensen går.

Hva gjelder kravet til "discriminatory intent" har det tilsvarende vært et spørsmål om hvordan begrepet "intent" skal forstås. Etter min vurdering viser både praksis fra *ad hoc*-domstolene og ordlyden i ICC-vedtektene at det er tale om et *dolus directus* - i norsk rett kjent som hensiktsforsett. Selv om skyldkravet utgjør et såkalt *dolus specialis*, er det ikke tale om et "subjektivt overskudd" da forfølgelseshandlingene eller unnlattelsene også må ha diskriminerende konsekvenser. Diskrimineringshensikten er således ikke det eneste særegne elementet ved forfølgelse. Det er like fullt tale om et "additional intent" som gjør forbrytelsen ekstra straffverdig. Sammenlignet med de øvrige forbrytelsene mot menneskeheten blir skyldkravet for forfølgelse på denne bakgrunn ofte omtalt som "an aggravated *mens rea*" av *ad hoc*-domstolene.

## 6 Litteraturliste

### 6.1 Vedtekter

ICTY-vedtektene: <http://www.un.org/icty/legaldoc-e/index.htm>

ICTR-vedtektene: <http://69.94.11.53/ENGLISH/basicdocs/statute.html>

ICC-vedtektene: <http://www.un.org/law/icc/statute/romefra.htm>

### 6.2 Rettspraksis

ICTY: <http://www.un.org/icty/cases-e/index-e.htm>

ICTR: <http://69.94.11.53/default.htm>

### 6.3 Bøker

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

M.C. Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Kluwer Law International, 2. utgave, 1999

Antonio Cassese, *International criminal law*, Oxford University Press, 2003

Antonio Cassese, Gaeta, Jones (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, Volume I, Oxford University Press, 2002

Ståle Eskeland, *Strafferett*, Cappelen Akademisk Forlag, 2000

George Ginsburgs and V.N. Kudriavtsev (ed.), *The Nuremberg Trial and International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1990

Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2001

McGoldrick, Rowe, Donnelly (editor), *The Permanent International Criminal Court, Legal and Policy Issues*, Oxford and Portland Oregon, 2004

Guénaél Mettraux, *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, Oxford University Press, 2005

William A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2. utgave, 2004



Svein Slettan og Toril Marie Øye, *Forbrytelse og Straff*, Universitetsforlaget 2001

Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 1999

#### 6.4 Artikler

Roger S. Clark, *The Mental Element in International Criminal Law: The Rome Statute of the International Criminal Court and the Elements of Offences*, Kluwer Academic Publishers, *Criminal Law Forum* 12:291-334, 2001

Gerhard Werle and Florian Jessberger, “*Unless Otherwise Provided*”: *Article 30 of the ICC Statute and the Mental Element of Crimes under International Criminal Law*, Oxford University Press, *Journal of International Criminal Justice* 3 (2005) 35-55

