

UiO : **Det juridiske fakultet**

Straffrihet for internasjonale forbrytelser

En komparativ analyse av straffrihetsgrunner i norsk rett og Roma-
vedtektene

Kandidatnummer: 579

Leveringsfrist: 25. november 2014 kl 12.00

Antall ord: 17 690



Innholdsfortegnelse

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | INNLEDNING..... | 1 |
| 1.1 | Oppgavens tema..... | 1 |
| 1.2 | Metode | 2 |
| 1.3 | Den videre fremstilling | 2 |
| 2 | HOVEDDEL..... | 3 |
| 2.1 | Internasjonal strafferett | 3 |
| 2.1.1 | Innledning om temaet | 3 |
| 2.1.2 | Den internasjonale strafferettens historie | 4 |
| 2.1.3 | Internasjonal strafferett og norsk rett..... | 5 |
| 2.1.4 | Straffbarhetsvilkår i internasjonal rett | 5 |
| 2.2 | Frivillig beruselse..... | 7 |
| 2.2.1 | Innledning | 7 |
| 2.2.2 | Beruselse i den norske straffeloven | 7 |
| 2.2.3 | Beruselse i Roma-vedtektene | 10 |
| 2.2.4 | Internasjonal rett forøvrig | 14 |
| 2.2.5 | Sammenligning av Roma-vedtektene og den norske straffeloven | 15 |
| 2.3 | Nødrett | 16 |
| 2.3.1 | Innledning | 16 |
| 2.3.2 | Nødrett i den norske straffeloven | 18 |
| 2.3.3 | Nødrett i militær straffelov | 20 |
| 2.3.4 | Nødrett i Roma-vedtektene..... | 21 |
| 2.3.5 | Internasjonal rett forøvrig..... | 22 |
| 2.3.6 | Sammenligning av Roma-vedtektene og den norske straffeloven | 23 |
| 2.3.7 | Sammenligning av Roma-vedtektene og militær straffelov | 24 |
| 2.4 | Foresattes befaling | 26 |
| 2.4.1 | Innledning | 26 |
| 2.4.2 | Foresattes befaling i den norske straffeloven | 27 |
| 2.4.3 | Foresattes befaling i militær straffelov | 30 |
| 2.4.4 | Foresattes befaling i Roma-vedtektene..... | 32 |
| 2.4.5 | Internasjonal rett forøvrig..... | 35 |
| 2.4.6 | Sammenligning av Roma-vedtektene og den norske straffeloven | 36 |
| 2.4.7 | Sammenligning av Roma-vedtektene og militær straffelov | 39 |
| 3 | SAMMENLIGNING AV ROMA-VEDTEKTENE OG NORSK RETT | 41 |

| | |
|--------------------------------|-----------|
| 4. LITTERATURLISTE..... | 42 |
| 4.1 Juridisk litteratur | 42 |
| 4.2 Norske lover | 43 |
| 4.3 Traktater | 43 |
| 4.4 Forarbeider | 44 |
| 4.5 Rettspraksis | 44 |
| 4.6 Andre kilder..... | 45 |

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Den 17. juli 1998 ble vedtektene til den internasjonale straffedomstol vedtatt i Roma etter langvarige forhandlinger mellom mer enn 160 stater. Når et dokument som Roma-vedtektene utarbeides og det må tas hensyn til 160 staters rettstradisjoner sier det seg selv at alle ikke kan vinne frem med sitt syn. Dermed vil man se enkelte forskjeller når man sammenligner vedtektene med nasjonale lover. Den norske representanten understreket under voteringen at det var noen bestemmelser i vedtektene som Norge fant ”langt fra tilfredsstillende”, men påpekte samtidig at dette var en nødvendig konsekvens av 160 staters samarbeid og at vedtektene måtte anses som et ”historisk kompromiss”.¹

Med et slikt utgangspunkt var det unaturlig at Norge skulle implementere alle reglene i vedtektene i norsk lov. Men i forbindelse med Norges ratifikasjon av vedtektene den 16. februar 2000 dukket spørsmålet om norsk retts overensstemmelse med Roma-vedtektene opp. Man vedtok tilslutt å transformere straffebudene i vedtektene inn i den norske straffeloven av 2005s kapittel 16, da det ble ansett som uheldig om det skulle være uoverensstemmelser mellom norske straffebud rett og vedtektene. Resten av reglene i vedtektene ble antatt allerede å være regulert enten tilsvarende strengt, eller strengere i norsk rett.

Men på samme måte som man var påpasselig med at de norske straffebudene var i samsvar med vedtektenes, mener jeg at straffrihetsgrunner også fortjener en grundig gjennomgang for å forsikre seg om at det ikke foreligger forskjeller mellom regelsettene. Dersom disse ikke er i samsvar kan man risikere at forbrytere som har begått de mest grusomme handlinger går straffri på grunn av hull i det norske rettssystem.

Jeg har valgt å fokusere på tre straffrihetsgrunner som ikke ble implementert i norsk rett; rus, nødrett og foresattes befaling. Formålet med denne oppgaven er å undersøke om det faktisk er slik at norsk rett og Roma-vedtektene samsvarer med hverandre. For å avklare dette vil jeg foreta en komparativ analyse av Roma-vedtektenes art. 31 (1)b), art. 31 (1)d) og art. 33 og de tilsvarende norske reglene.

¹ Fra den norske oversettelsen av stemmeforklaringen ved voteringen i konferansens plenum, 17.7.1998, inn tatt i St.prp.nr.24 (1999-2000) på side 316.

1.2 Metode

Oppgaven er en komparativ studie av norske strafferettslige regler og tilsvarende strafferettslige regler i Roma-vedtektene. For å komme frem til de norske rettsreglene har man et vidt utvalg av rettskildefaktorer å velge fra. Av disse vil de mest sentrale være lovtekst, rettspraksis og forarbeider.

I forhold til Roma-vedtektene stiller rettskildebildet seg annerledes da de spørsmålene jeg behandler enda ikke er kommet opp for den internasjonale strafferettslige domstolen (ICC). Min analyse av Roma-vedtektene baserer seg derfor først og fremst på ordlydsfortolkning av de relevante artiklene. Min tolkning har blitt foretatt i samsvar med Vienna Convention of the Law of The Treaties (VCLT) art. 31, som regulerer hvordan internasjonale traktater skal tolkes. Jeg har også tatt hensyn til Roma-vedtektenes art. 21 i vurderingen av hvilke rettskilder som er tillatt ved tolkningen av vedtektene.²

Ved siden av ordlyden i de ulike bestemmelsene har jeg anvendt dokumenter som stammer fra fremforhandlingene av vedtektene. Disse refererer jeg til som vedtektenes ”forarbeider”. Jeg vil anvende uttalelser fra disse der landene har vært enige for å belyse innholdet i vedtektene, dette er i tråd med VCLT art. 31 (2)a).

Til slutt bruker jeg juridisk teori fra internasjonal anerkjente forfattere for å inkludere deres perspektiver på hvordan reglene eventuelt vil bli tolket for domstolen.

Det at vi befinner oss på strafferettens område får konsekvenser for tolkningen av ordlyden i de ulike bestemmelsene. Ettersom det eventuelt er tale om inngrep i borgernes rettssfære kreves det ut fra rettssikkerhetshensyn klar og forutberegnelig ordlyd for at man skal kunne straffe i det hele tatt. Ved tvil om innholdet i bestemmelsen vil den tolkes til tiltaltes fordel.

1.3 Den videre fremstilling

Jeg vil begynne med en kort innføring i internasjonal strafferett generelt og historien bak dette rettssystemet. Deretter vil ta for meg hver straffrihetsgrunn punktvis, forklare innholdet i regelen i både norsk rett og i Roma-vedtektene. Jeg vil også kort rette et blikk mot øvrig internasjonal rett for å understreke visse spesielle forskjeller mellom den og Roma-vedtektene. Til slutt i hvert kapittel vil jeg sammenligne reglene i de ulike systemene.

Grunnet avhandlingens omfang har jeg valgt ikke å inkludere reglene om foreldelse. Jeg vil heller ikke behandle aggresjon som en internasjonal forbrytelse grunnet dens usikre status.

² Grunnet oppgavens omfang behandler jeg ikke disse to bestemmelsene nærmere.

2 Hoveddel

2.1 Internasjonal strafferett

2.1.1 Innledning om temaet

Internasjonal strafferett er det internasjonale rettssystemet som gjør det mulig å straffeforfølge personer som har begått internasjonale forbrytelser. Det finnes en rekke forbrytelser som kategoriseres som internasjonale. Felles for dem er at de vanlige jurisdiksjonsreglene er utvidet slik at sakene kan behandles av flere stater, og i noen tilfeller også av internasjonale organer.

Denne oppgaven fokuserer på de såkalte ”kjerneforbrytelsene” i internasjonal strafferett; folke mord, krigsforbrytelser og forbrytelser mot menneskeheten. Disse kalles kjerneforbrytelser fordi de anses som meget alvorlige. Alle kjerneforbrytelsene i internasjonal strafferett består av underliggende handlinger som i seg selv er kriminelle, for eksempel drap, tortur, voldtekt eller legemsbeskadigelse. Men disse handlingene anses som spesielt alvorlige fordi de blir begått i en særegen sammenheng. Forbrytelser mot menneskeheten, for eksempel, er regulert i strl. 2005 § 102. Dette dreier seg om handlinger som er ulovlige i utgangspunktet og strafferegulert i egne straffebud.³ Det som gjør at handlingen kvalifiserer til en forbrytelse mot menneskeheten er at gjerningspersonen begår den underliggende handlingen ”som et ledd i et utbredt eller systematisk angrep rettet mot en sivilbefolkning” jf. strl. 2005 § 102 (1). Det er dermed det systematiske eller utbredte angrepet mot en sivilbefolkning som endrer forbrytelsens karakter fra å være en nasjonal til å bli en internasjonal forbrytelse.

Bakgrunnen for utviklingen av et internasjonalt strafferettslig system er først og fremst verdenssamfunnets ønske om at personene som begår alvorlige lovbrudd ikke skal gå straffri. Problemet med denne typen forbrytelser er imidlertid at de ofte begås under omstendigheter som preges av uro og krig. Dermed kan en rettsprosess i etterkant bli vanskeliggjort. Eksempelvis fordi vedkommende stat ikke er i stand til å straffeforfølge på grunn av manglende ressurser eller mangel på et velfungerende rettssystem. I noen tilfeller kan det også være manglende vilje som er årsaken til at gjerningsmennene ikke blir stilt til ansvar; makthaverne i landet er enten de som faktisk har begått forbrytelsene, eller makthaverne er av ulike grunner ikke interessert i å straffeforfølge lovbruddene. Ved å utvide jurisdiksjonen kan man sikre seg at de ansvarlige for denne typen handlinger faktisk blir straffeforfulgt

³ For eksempel å gjøre noen til slave, som vanligvis reguleres av strl. § 225, eller drap som reguleres av strl. § 233.

Et annet viktig hensyn bak reglene dreier seg om domstolenes kompetanse. I et rettssystem der forbrytelsene ofte begås på tvers av grenser og nasjonaliteter, oppstår det et særlig behov for upartiske dommere som også har en spesialkompetanse på internasjonale konflikter.

Internasjonal strafferett er et viktig bidrag til folkeretten da systemet gjør det mulig å stille individer til ansvar for forbrytelser de har begått. Folkeretten ellers fokuserer for det meste på staters ansvar overfor andre stater eller individer.

2.1.2 Den internasjonale strafferettens historie

Det internasjonale strafferettslige systemet vokste for alvor frem etter andre verdenskrig. Under Nürnbergprosessen tok man for første gang i bruk et internasjonalt utarbeidet dokument for å straffeforfølge enkeltindivider⁴; Nürnberg-charteret⁵ ble utarbeidet og signert av seierherrene⁶ etter andre verdenskrig⁷ og hadde ikke, i utgangspunktet, spesielt bred internasjonal forankring.⁸

I ettertid har det blitt opprettet ulike midlertidige internasjonale strafferettslige domstoler. Eksempler på slike er Jugoslavia-domstolen (ICTY) og Rwanda-domstolen (ICTR). Begge disse domstolene ble opprettet gjennom resolusjoner av FNs Sikkerhetsråd⁹. Domstolene har egne vedtekter¹⁰ og mandat til å pådømme internasjonale lovbrudd begått under konfliktene i disse områdene.

Sommeren 1998 ble Roma-vedtektene ferdigstilt. Dette er vedtektene til Den internasjonale straffedomstolen (ICC). Roma-vedtektene inneholder de straffe- og prosessregler domstolen skal følge. ICC skiller seg fra de midlertidige domstolene på tre måter. For det første er ICC permanent jf. Roma-vedtektene art.1. De eldre internasjonale domstolene har hatt et tidsbegrenset mandat, i den forstand at de ble opprettet for å etterforske hendelser begått under en bestemt konflikt, og når disse hendelsene er ferdig forfulgt skal domstolene avvikles. ICC, derimot, er laget for å være en permanent institusjon. For det andre er ikke ICCs jurisdiksjon stedlig begrenset. Der både ICTYs og ICTRs jurisdiksjon er avgrenset til å gjelde hendelser

⁴ Eskeland (2006) s. 170

⁵ Charter of the International Military Tribunal

⁶ Storbritannia, USA, Frankrike og Sovjetunionen

⁷ Nürnberg-charteret art. 1

⁸ I løpet av høsten 1945 sluttet imidlertid flere stater seg til traktaten, og charteret hadde tilslutt 23 ratifikasjoner inkludert seierherrene, deriblant Norge (20 oktober 1945).

⁹ Henholdsvis Resolusjon 827 (1993) og Resolusjon 955 (1994)

¹⁰ Henholdsvis Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia og Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda

som fant sted i det tidligere Jugoslavia og i Rwanda¹¹ kan ICC, i utgangspunktet, straffeforfølge hendelser i hele verden. ICCs jurisdiksjon er først og fremst avhengig av ratifikasjon av stater for at domstolen skal kunne straffeforfølge statens borgere. Den tredje forskjellen ligger i måten domstolene ble opprettet på. ICTY og ICTR ble opprettet gjennom vedtak i FNs sikkerhetsråd, mens ICC ble opprettet gjennom utarbeidelse av vedtekter etter et samarbeid mellom 160 land, og er nå ratifisert av 122 land, noe som gjør både tolkningen av vedtektene, men også domstolens status annerledes.

Et viktig prinsipp for ICC er at domstolen skal være komplementær i forhold til medlemslandene. Dette følger både av nest siste ledd i Roma-vedtektene og av dens art. 1 og 17. Dermed er det først og fremst medlemslandene som skal straffeforfølge for sine egne domstoler ved å bruke sine egne straffe- og prosessregler. ICC kommer inn kun der en medlemsstat ikke klarer eller ønsker å gjennomføre straffeforfølgelsen.

2.1.3 Internasjonal strafferett og norsk rett

Internasjonal strafferett og de tre kjerneforbrytelsene som det internasjonale strafferettssystemet regulerer kan tenkes å komme for retten i Norge i tre ulike sammenhenger. For det første dersom en norsk statsborger skulle bli tiltalt for å ha begått en internasjonal forbrytelse, enten i Norge, eller i utlandet. For det andre under krig, enten der norske militære eller ikke-statlige aktører begår internasjonale forbrytelser, eller utenlandske militærstyrker eller ikke-statlige aktører begår forbrytelser på norsk jord. En tredje mulighet er at en utenlandsk krigsforbryter blir tatt i Norge og tiltalt for forbrytelser begått i et annet land.

Ettersom Norge har transformert kjerneforbrytelsene inn i strl. 2005s kapittel 16, vil man anvende det tilsvarende straffebudet i kapitlet. For øvrig vil man bruke de vanlige norske prosessreglene.

Dersom tiltalte er en militær tjenestemann¹² i tjenestetiden¹³ kommer spesialbestemmelsene i militær straffelov (mil. strl.) til anvendelse i tillegg.

2.1.4 Straffbarhetsvilkår i internasjonal rett

På samme måte som i norsk strafferett har man i internasjonal strafferett tre kumulative grunnvilkår for å kunne straffe en person. For det første må tiltalte ha oppfylt den objektive gjerningsbeskrivelsen, for det andre må vedkommende ha hatt tilstrekkelig grad av skyld, og for det tredje må det ikke foreligge noen straffrihetsgrunn. Dersom et eller flere av disse tre vilkårene ikke er oppfylt skal tiltalte settes fri.

¹¹ Jf. ICTY art 1 og ICTR art 1

¹² Jf.. Militær straffelov § 9

¹³ Jf. militær straffelov § 5

Det er vilkåret om fravær av straffrihetsgrunn som er tema for denne oppgaven. Dersom det foreligger en straffrihetsgrunn anses ikke handlingen som rettsstridig¹⁴ Eksempler på straffrihetsgrunner er nødverge etter strl. § 48 eller strafferettslig utilregnelighet etter strl. § 44.

Straffrihetsgrunner kan være absolutte eller fakultative. En absolutt straffrihetsgrunn overlater ingen valgfrihet til domstolene; dersom vilkårene for straffrihet er oppfylt skal tiltale frikjennes. Fakultative straffrihetsgrunner overlater det derimot til rettens skjønn å avgjøre om tiltalte skal slippes fri eller ikke, selv om vilkårene for straffrihet er oppfylt.

I tillegg til forhold som kan gjøre at gjerningspersonen frikjennes er det også omstendigheter som kan være av formildende karakter. Gjerningspersonen er da skyldig, men omstendighetene rundt handlingen gjør at rettssystemet ikke vil straffe vedkommende like strengt. Strl. § 56 oppstiller flere alternativer som retten kan anvende som formildende omstendighet ved straffeutmålingen. De fleste alternativene dreier seg om tilfeller der de vanlige straffrihetsgrunnene ikke er fullstendig oppfylt, men at forholdene rundt hendelsen tilsier en mildere straff.

¹⁴ Eskeland (2006) s. 234

2.2 Frivillig beruselse

2.2.1 Innledning

Påvirkning av rusmidler kan innebære at man mister hemninger, slik at man har lettere for å foreta handlinger man ellers ikke ville gjort. Man kan i verste fall miste bevisstheten eller man oppfatter virkeligheten rundt seg annerledes enn ellers¹⁵. Dersom en gjerningsperson er så beruset i gjerningsøyeblikket at han regnes som bevisstløs kan dette påberopes som en straff-frihetsgrunn eller eventuelt fungere som en formildende omstendighet. Tanken bak dette prinsippet er at dersom gjerningspersonen er bevisstløs, så er han ikke i stand til å foreta et veloverveid valg. Rettssystemet reagerer da med å sette ned straffen, eller ikke straffe vedkommende i det hele tatt.

I de fleste rettssystemer skiller man mellom selvforskyldt og uforskyldt rus. Dersom man russer seg frivillig, og denne rusen har den normale, forventede effekten på tiltalte, sier man at rusen er selvforskyldt. Uforskyldt rus går derimot ut på at man enten har fått i seg rusmidler uten at man visste eller burde ha visst at man inntok det¹⁶, eller at et rusmiddel man selv har valgt å innta har hatt en så atypisk effekt på tiltalte at han eller hun ikke kunne regne med å reagere slik vedkommende faktisk gjorde.

I hvilken grad, om i det hele tatt, inntak av rusmidler kan brukes til gunst for tiltalte i en straffesak varierer mellom de ulike rettssystemer. I enkelte land ser man ikke på beruselse som noen formildende omstendighet i det hele tatt. Dette vil typisk være land der den islamske religion står sterkt, da man som troende muslim ikke skal innta noen form for rusmidler. Andre land har et mer liberalt forhold til rusmidler og dette reflekteres i deres straffelovgivning i form av at gjerninger begått i en beruset tilstand kan føre til nedsettelse av straff eller straffrihet.

I denne oppgaven vil jeg fokusere på selvforskyldt rus i min sammenligning, da det er den selvforskyldte rusen som er mest kontroversiell som straffrihetsgrunn.

2.2.2 Beruselse i den norske straffeloven

I norsk rett er beruselse og den effekten denne tilstanden kan ha på gjerningspersonen regulert av strl. § 44 jf. § 45. Utgangspunktet i strl. § 44 er at personer som er bevisstløse i gjerningsøyeblikket ikke kan straffes.

¹⁵ Eskeland (2006) s. 331

¹⁶ Bratholm (2003) s. 370

Under vurderingen av de norske utilregnelighetsreglene fastslo straffelovkommisjonens underutvalg i NOU 1990: 5.¹⁷ at begrepet ”bevisstløs” i strl.§ 44 skal tolkes i ”sterkt utvidet forstand” til også å omfatte såkalt ”relativ bevisstløshet”. Denne tilstanden beskrives i forarbeidene som en tilstand der man fortsatt innehar evne til motorisk handling og evnen til å høre og se. Det man mangler, og som gjør at denne tilstanden beskrives som en grad av bevisstløshet, er ”... evnen til å motta og å bearbeide informasjon og sette dette inn i en bevisst sammenheng...” denne evnen er ”sterkt svekket eller opphevet”. Etter lovens hovedregel skal da en person som er så beruset at han kan anses som bevisstløs ikke straffes.

Dersom tiltalte var ruset i gjerningsøyeblikket, og rusen var årsaken til hans eller hennes bevisstløshet stiller saken seg imidlertid annerledes. Da oppstiller strl. § 45 et unntak for tilfeller der bevisstløsheten er en følge av ”selvforskyldt rus”. I NOU 1974:17 antar Straffelovrådet at rus normalt vil være selvforskyldt og at det skal ”særlige grunner til for å anta det motsatte”.¹⁸ Dette har støtte i rettspraksis.¹⁹

Ordet rus eller rusmidler er ikke definert i loven, men etter ordlyden; ”alkohol eller andre midler” dekker begrepet alle typer rusmidler, både alkohol og narkotiske stoffer. Dette er også antatt av Eskeland.²⁰

Strl. § 45 sier imidlertid ingenting om krav til subjektiv skyld hos tiltalte. Dette reguleres av strl. § 40, som bestemmer at retten skal se bort fra beruselsen når den avgjør om vedkommende er skyldig. Man fingerer skyld²¹. Retten ser bort fra all eventuell villfarelse eller mangel på bevissthet gjerningsmannen måtte ha dersom den har sammenheng med beruselsen. Har gjerningspersonen, for eksempel, misforstått situasjonen på grunn av sin berusede tilstand, vil ikke denne misforståelsen tas i betraktning av retten. Dersom tiltalte, derimot, misforstår situasjonen og det antas at han ville gjort den samme misoppfatningen i edru tilstand, da vil det komme han til gode.

Subjektiv skyld er et grunnvilkår for å kunne straffe etter norsk rett. Når en person befinner seg i en bevisstløs tilstand jf. strl. § 44, er han etter lovens hovedregel ikke i stand til å utvise skyld. Verken unntaket i strl. § 45 eller strl. § 40 endrer på dette utgangspunktet. Dermed har man en regel der det anerkjennes at tiltalte ikke er i stand til å utvise skyld, men ettersom det er tiltaltes egen feil at han eller hun befinner seg i denne tilstanden av ”bevisstløshet”, gjelder ikke hovedregelen.

For at rusen skal kunne sies å være selvforskyldt må vedkommende ha utvist skyld eller uaktomsomhet med tanke på at beruselse er inntrådt. Her foretas en helhetsvurdering der det tas hensyn til alle omstendigheter ved rusinntaket. Dersom tiltalte for eksempel har inntatt en svært liten mengde alkohol, men allikevel blir bevisstløs kan dette føre til at rusen ikke anses som

¹⁷ NOU 1990: 5 s. 43

¹⁸ NOU 1974: 17 Kap IV s. 50

¹⁹ Jf Rt. 1967 side 688 på side 689

²⁰ Eskeland (2006) s. 332

²¹ Eskeland (2006) s. 338

selvforskyldt. Det stilles kun krav til at rusen må være selvforskyldt, ikke bevisstløsheten, men det må være en årsakssammenheng mellom disse to jf. teksten i § 45; ” bevisstløshet som følge av..”

I følge ordlyden i strl. § 45 skal bevisstløshet ikke ”utelukke straff”. Denne ordlyden kan lett tolkes som at bestemmelsen er fakultativ. Men regelen blir imidlertid praktisert som en absolutt regel, som ikke overlater til rettens skjønn om tiltalte skal gå fri eller ikke. Dette understrekes også av Bratholm i hans kommentar til bestemmelsen.²² Synspunktet støttes videre av ordlyden fra tilsvarende bestemmelse i strl. av 2005, nemlig § 20, som enda ikke har trådt i kraft. Her heter det at: ” Bevissthetsforstyrrelse som følge av selvforskyldt rus, fritar ikke for straff.” Denne ordlyden etterlater liten tvil om at regelen er absolutt.

Den norske regelen om selvforskyldt rus har vært gjenstand for kritikk. Bakgrunnen for denne kritikken er todelt. For det første er det blitt sagt at regelen ikke er i tråd med de alminnelige strafferettslige prinsipper da man fingerer skyld hos tiltalte og dermed ikke vurderer om vedkommende har hatt det nødvendige forsett som kreves for å bli straffet. Andenæs har uttalt seg slik om sine betenkeligheter med regelen: ”Jeg finner det støtende at en tiltalt skal kunne dømmes for forsettlig forbrytelse når han faktisk ikke har hatt forsett, og det eneste som subjektivt sett kan bebreides ham derfor er at han har drukket for meget...”²³

For det andre er det hevdet at det faktum at regelen er absolutt- dommerne har intet annet valg enn å fingere skyld i de tilfeller der rusen er selvforskyldt, gjør at regelen i enkelte tilfeller rammer urimelig hardt²⁴, og at man burde ha inntatt en sikkerhetsventil for å unngå disse. Som en konsekvens av dette har regelen blitt forslått endret. I NOU 1974:17 ønsket Straffelovrådet å legge et ledd til strl. § 45 som skulle fungere som en slik sikkerhetsventil. Dette andre leddet skulle lyde som følger: ”Var bevissthetsforstyrrelsen en følge av selvforskyldt rus, kan gjerningsmannen bare fritas for straff når særlige grunner taler for det.”²⁵ Forslaget ble imidlertid forkastet av departementet²⁶ av de samme årsakene som man inntok regelen om selvforskyldt rus i straffeloven første omgang.

Selvforskyldt rus fungerer som en skjerpende omstendighet i norsk rett, en tilstand av bevisstløshet som følge av beruselse vil fritta retten fra det alminnelige kravet om å bevise skyld. Lovgiver har imidlertid innrømmet den berusede gjerningsmann muligheten for redusert straff som følge av beruselsen i strl. § 56 bokstav d. Etter denne fakultative bestemmelsen kan domstolen sette ned straffen til en tiltalt som var bevisstløs i gjerningsøyeblikket, også under det lavmål som er bestemt i det aktuelle straffebudet eller til en mildere straffart. Vilkåret er at ”særdeles formildende omstendigheter taler for at straffen settes ned.” Jf. § 56 d).

²² Bratholm (2003) s. 371

²³ NOU 1974: 17 s.70-71

²⁴ Se for eksempel Rt 1967 side 688 på side 690 der tiltalte ble dømt for drap til tross for at retten fant det bevisst at han var i en tilstand av patologisk rus i gjerningsøyeblikket og begikk”... meningsløse og uforståelige handlinger som domfelte aldri ville foretatt seg uten i atypisk rus.”

²⁵ NOU 1974: 17 s 68

²⁶ Ot. Prp. Nr 87 (1993-1994) s 38

2.2.3 Beruselse i Roma-vedtektene

I Roma-vedtektene er tiltaltes beruselse i utgangspunktet en straffrihetsgrunn regulert i art. 31 (1)d). Vilklårene som stilles i bokstav b tar utgangspunkt i en vurdering av om tiltalte var i en slik tilstand i gjerningsøyeblikket at man ikke anser han som tilregnelig. Vurderingen går dermed nærmere inn på hvordan tiltalte oppfattet sin egen situasjon og handling i gjerningsøyeblikket. Dersom tiltalte frivillig ruset seg må vedkommende også oppfylle vilklårene som er oppstilt i art. 31 (1) b) tredje passus for å gå straffri.

Jeg vil begynne med å vurdere kriteriene for at straffrihetsgrunnen i art. 31 (1) b) kommer til anvendelse.

Først og fremst må tiltalte befinne seg i en tilstand av beruselse. På samme måte som i norsk rett er ikke beruselse definert i loven. I forarbeidene som stammer fra utarbeidelsen av artiklene i vedtektene sies det at rusen kan stamme fra ”alcohol, drugs or other means”²⁷.

Videre stilles det krav til at beruselsen har hatt en så sterk innvirkning på tiltalte at han ikke hadde den nødvendige grad av skyld. Enten i form av hans oppfattelse av egen handling og lovligheten av denne, eller fordi rusen har hatt en innvirkning på tiltaltes evne til å kontrollere seg selv, uavhengig av om han er klar over at handlingen er ulovlig eller ikke. Artikkelen krever videre at det er beruselsen som ødelegger de nevnte evnene. I dette ligger for det første et krav om at evnene er mer enn bare er svekket, de skal være ute av stand til å brukes. Dette følger av ordlyden ”destroys”, og også formålet bak bestemmelsen; tiltaltes beruselse skal være av en slik grad at han ikke er tilregnelig. Denne tolkningen er også blitt lagt til grunn i teorien; Otto Triffterer har tolket ordlyden tilsvarende²⁸. Cassese skriver at tilstanden tiltalte skal være i som følge av rusen²⁹ er ”extreme”³⁰.

Videre foreligger det også et krav til årsakssammenheng, det må være rusen som ødelegger de nevnte evnene.

I de tilfellene der det er tiltaltes oppfattelse av egen handling som er ødelagt oppstiller vedtektene to alternative vilkår for tiltaltes stilling. Første alternativ er evnen til å forstå at den handlingen han eller hun foretar seg er ulovlig. Tiltalte befinner seg med andre ord i en slags tilstand av rettsvillfarelse som følge av beruselsen. Slik jeg tolker bestemmelsen er der imidlertid ikke tale om noen alminnelig rettsvillfarelse slik vi finner i art. 32 (2) der man foretar en nærmere vurdering av tiltaltes kjennskap til loven. Her refereres det til tiltaltes grad av bevissthet i gjerningsøyeblikket, om han var i en mental tilstand der han kunne forstå at den handlingen han foretok seg var rettstridig. Fokus på tiltaltes detaljkunnskap om den enkelte artikkelen er ikke relevant her. Denne tolkningen gjør jeg på bakgrunn av ordlyden i bestemmelsen, som bruker ordet «unlawfulness». «Unlawfulness» oversettes

²⁷ A/AC.249/1997/L.9/Rev.1 s. 15

²⁸ Eser (2008) s. 877

²⁹ Cassese beskriver i akkurat den sammenhengen tilstanden som følge av psykisk utilregnelighet etter bokstav a, men ettersom ordlyden i vilklårene er de samme, og formålet for vurderingen er den samme, nemlig å finne ut om tiltalte var tilregnelig eller ikke, velger jeg å bruke uttalelsen også om beruselse etter bokstav b.

³⁰ Cassese (2003) s. 224

til norsk som illegalitet eller ulovlighet. Det refereres ikke til noen annen bestemmelse. Dette tyder på at det er den generelle ulovligheten man sikter til. Til sammenligning presiserer art. 32 (2) at ved rettsvillfarelse er det tale om "crime within the jurisdiction of the court"

Andre alternativ er at evnen til å forstå "the nature" av handlingen er ødelagt, altså handlingens art. Tiltalte har altså ikke lenger evnen til å oppfatte arten av den handling han foretar seg.

Neste alternativ for straffrihet er at rusen har ødelagt tiltaltes evne til å kontrollere seg slik at han eller hun handler samsvar med lov jf. art. 31 (1) b. Tiltalte har da mistet kontroll over sin egen oppførsel, slik at han, uavhengig av om han forstår at handlingen er ulovlig eller ikke, ikke er i stand til å kontrollere seg. Det er tale om oppførsel innenfor grensene av generell lovlighet, ikke spesifikt Roma-vedtektene eller lignende. Som argument for denne tolkningen viser jeg til drøftelsen over, samt ordlyden "requirements of law", som er generelt og ubestemt.

Dersom tiltalte har ruset seg frivillig³¹ har Roma-vedtektene et annet utgangspunkt.

Ved frivillig rus har tiltalte selv hensatt seg i den tilstanden han er i, man stiller da strengere krav til vedkommende og han eller hun må oppfylle en aktsomhetsvurdering for å kunne bruke beruselsen som straffrihetsgrunn.

For at tiltalte skal kunne straffes ved selvforskyldt rus må vedkommende ha hatt et visst forhold til sannsynligheten for at han kom til å begå en straffbar handling som følge av beruselsen. Art. 31 (1) b, andre passus oppstiller to alternative terskler for vurderingen. Den laveste terskelen er at tiltalte så bort fra eller ignorerte risikoen for at beruselsen ville føre til at tiltalte ville gjennomføre en straffbar handling etter Roma-vedtektene. At man ser bort fra en risiko, må nødvendigvis innebære at man vet at risikoen eksisterer, men at man allikevel velger å ignorere den.

Den andre, høyere terskelen er at tiltalte *visste* at det var sannsynlig at han kom til å begå en straffbar handling under ICCs jurisdiksjon dersom han ruset seg.

Når de kommer til kravet om at utfallet var «likely», eller sannsynlig på norsk, stiller ordet "sannsynlig" krav til at tiltalte holdt det som mer sannsynlig enn ikke at han ville begå en straffbar handling.

Det neste kravet bestemmelsen stiller er årsakssammenheng. Til forskjell fra hovedregelen i første passus, der årsakssammenhengen er knyttet til rusens innvirkning på tiltalte i gjerningsøyeblikket, flyttes her vurderingen av årsakssammenhengen til tiltaltes oppfattelse av situasjonen før han begår handlingen.

³¹ På grunn av plassmangel velger jeg ikke å gå nærmere inn på drøftelsen av hva som anses som "frivillig rus".

Spørsmålet her er jo om tiltalte, som oppfyller kravene i første ledd, allikevel skal straffes som følge av at han frivillig har plassert seg i den situasjonen han er i. Det avgjørende blir da, ikke hvilken effekt rusen har hatt på tiltalte, det er allerede stadfestet i første ledd, men hvilken oppfattelse tiltalte hadde av hva som kunne komme til å skje dersom han ruset seg. Gjerningspersonen må ha tenkt på dette før han faktisk ble så beruset at han mistet de evnene som er beskrevet i første ledd, for med en gang han befinner seg i en slik tilstand som er krevd i første passus, er han ikke lenger strafferettslig tilregnelig. I første ledd vurderes hvordan rusen har påvirket tiltaltes tilregnelighet, og dermed skyld. I andre ledd vurderer vi om vi kan klandre tiltalte for å ha satt seg i den situasjonen at han er så beruset. For å vurdere om vi kan klandre han, så må vi også ta stilling til hva han kunne eller ikke kunne forutse på det tidspunktet han ruset seg og dermed satte seg i den situasjonen

Den straffbare handlingen tiltalte foretar seg må være et resultat av beruselsen, jf. ”as a result of the intoxication”. Det blir da tiltaltes oppfatning av sammenhengen mellom rusen og sannsynligheten for senere å begå en handling straffbar etter Roma-vedtektene som er avgjørende. I dette vurderer man tiltaltes forståelse av den situasjonen han eller hun begikk seg inn på. Tiltaltes skal ha visst at rusen ville gjøre det sannsynlig, eller sett bort fra en risiko for at rusen ville gjøre det sannsynlig, at han ville delta i en handling som er straffebelagt i Roma-vedtektene.

Siste vurderingstema i unntaket dreier seg om den kriminelle handlingen tiltalte forutså risikoen for. Etter artikkelen er det ikke tilstrekkelig at tiltalte forutså at det var sannsynlig at han ville delta i en kriminell handling, denne kriminelle handlingen må være straffbar under ICCs jurisdiksjon; altså en av de tre kjerneforbrytelsene. Det kreves altså ikke bare at gjerningsmannen forutser at det er sannsynlig at han vil begå den underliggende handlingen beskrevet i en bestemmelse, for eksempel drap, han må forutse at det er sannsynlig at han vil oppfylle både den subjektive og den objektive gjerningsbeskrivelsen. Altså, dersom gjerningsmannen, eksempelvis er tiltalt for krigsforbrytelser etter art. 8 (2)a) punkt i), drap, må han også forutse at dette drapet er en del av ”... a plan or policy or as part of a large scale commission of such crimes.” Jf. art. 8 (1). Har gjerningsmannen drept en person i beruset tilstand, og forutsett at drapet sannsynligvis vil finne sted, men uten å ha forutsett situasjonen som beskrives i art. 8 (1), da har han ikke oppfylt vilkåret i art. 31(1)b) fjerde passus, og kan dermed gå skyldfri etter hovedregelen i art. 31 (1)b). Dette vilkåret påpekes av både Ambos og Eser i deres analyse av bestemmelsen.³²

Dette vilkåret innebærer en begrensning i ICCs kompetanse. Ikke bare krever det mye av gjerningsmannens evne til å forutse både egen handling og situasjonen i området han befinner seg i. Men det skaper også bevismessige vanskeligheter, - hvordan skal man kunne bevise at gjerningspersonen hadde en slik innsikt?

På den annen side; dersom tiltalte har begått et drap, og ikke kan dømmes i ICC på bakgrunn av resonnementet over, så kan han allikevel bli dømt for drap i en nasjonal domstol.

³² Eser (2008) s 878 og Ambos (2002) s. 1030

2.2.3.1 Fotnote nummer 8

Det hersket stor uenighet mellom landene ved utarbeidelsen av hele art. 31, og spesielt regelen om selvforskyldt rus. Som nevnt i punkt 2.2.1 er det stor ulikhet i hvordan man forholder seg til en beruset gjerningsperson. Det at så grusomme gjerninger skulle kunne unnskyldes på grunn av selvforskyldt rus var kontroversielt. Som et kompromiss ble man da enige om å inn- ta fotnote nummer 8 i forarbeidene til art. 31 (1) bokstav b, den lyder slik:

”Some delegations have doubts about accepting voluntary intoxication as a ground for excluding criminal responsibility. It was the understanding that voluntary intoxication as a ground for excluding criminal responsibility would generally not apply in cases of genocide or crimes against humanity, but might apply to isolated acts constituting war crimes.”³³

Denne fotnoten var nødvendig for å få vedtatt bestemmelsen. Men den er også problematisk av flere årsaker.

Først må man spørre hvordan ICC skal forholde seg til regelen den dagen en tiltalt påberoper seg straffrihet som følge av selvforskyldt rus.

I Roma-vedtektene art. 21, som regulerer de rettskildene som ICC kan anvende i sine avgjørelser, er ikke forarbeider nevnt. Men etter art. 21 (1)a skal retten, i første omgang, anvende vedtektene. Det kan selvfølgelig sies at anvendelse av forarbeider kommer inn i rettsanvendelsen som en del av lovtolkningen. Men for en internasjonal traktat vil forholdet til forarbeider være annerledes enn for en norsk domstol. Årsaken er at internasjonale traktater som oftest blir til gjennom lengre forhandlinger mellom mange land. Det dokumentet landene tilslutt utarbeider og ratifiserer er den teksten de er blitt enige om. Hva som måtte komme frem under forhandlingene er mindre viktig, da forhandlingene ikke er ratifisert på samme måte som lovteksten. Er dermed ICC avskåret fra å ta hensyn til fotnoten?

VCLT art. 31 regulerer hvordan internasjonale traktater skal tolkes. Den fastslår at en traktat skal tolkes slik at ordlyden samsvarer med traktatens sammenheng. I art. 31(2) presiseres det hva som kan tas i betraktning, i tillegg til ordlyden, og etter 2. ledd bokstav a kan man ta enighet om traktaten som ble truffet under utarbeidelsen av traktaten i betraktning. Bestemmelsen krever, imidlertid, at *alle* partene er enige om denne omstendigheten. Etter forarbeidene til Roma-vedtektene er det ingenting som tyder på at det ikke var enighet rundt denne fotnoten, da den var en forutsetning for at man i det hele tatt fikk med regelen. Tvert imot; ord-

³³ A/CONF.183/C.1/SR.23 s. 2

lyden i fotnoten refererer til at *partene* hadde en «understanding» om at unntaket kun skulle gjelde i visse tilfeller.

Etter VCLT art. 31 (2) a) kan domstolen altså ta fotnoten i betraktning.

Men hvordan løser man så det faktum at det tilsynelatende foreligger en uoverensstemmelse mellom Roma-vedtektene art. 21 og VCLT art. 32 (2)a)? Skal man lese art. 21 som en spesialbestemmelse og dermed la den gå foran slik at fotnoten ikke er anvendelig? Eller skal man anse VCLT som anvendelig, blant annet på grunnlag av at denne bestemmelsen ofte blir ansett som internasjonal sedvane, og dermed anvende den direkte på forholdet eller eventuelt til å tolke art. 21 utvidende slik at lovtolkning inkluderer tolkning av forarbeidene?

Selv om man kan løse problemet rettskildemessig, så er fotnoten fortsatt ikke uproblematisk.

For det første; dersom det var enighet mellom partene om at unntaket ikke skulle gjelde ved folkemord og forbrytelser mot menneskeheten, hvorfor ikke bare innta dette i den endelige artikkelen, slik man gjorde med foresattes befaling i art. 33?

For det andre; hvordan stiller et slikt tolkningselement seg i forhold til tiltaltes rettsikkerhet? En ting er at man etter VCLT er tillatt å ta hensyn til det partene er enige om under forhandlingene, men hva med forutsigbarhet for borgerne? Dette er et tilleggsvilkår som slår negativt ut for borgeren, burde det ikke da kreves at det står skrevet i artikkelen? Da VCLT trådte i kraft i 1980 var internasjonal strafferett på et helt annet stadium enn i dag. Man kan dermed spørre seg om tolkningsmomentene i art. 31 kanskje ikke passer like godt for en strafferettslig traktat der man har anledning til å straffe borgere. Burde man ikke, i en strafferettslig traktat, stille ekstra strenge krav til rettssikkerhet og tydelighet i ordlyden?

Hvordan ICC tar stilling til dette dilemmaet gjenstår å se.

2.2.4 Internasjonal rett forøvrig

Roma-vedtektene skiller seg fra vedtektene til andre internasjonale strafferettslige domstoler når det kommer til behandlingen av en beruset tiltalt. Både i ICTY og i ICTR har man valgt ikke å lovregulere dette spørsmålet i det hele tatt. Det er blitt overlatt til domstolen å bake dette inn i vurderingen av tiltaltes skyld. Dette er et resultat av at man, ved utarbeidelsen av ICC ønsket statene å kodifisere så mye som mulig, og dermed overlate lite frihet til dommerne ved slike spørsmål³⁴. Men det er mer enn selve lovreguleringen som skiller den generelle innstillingen til en beruset tiltalt. I ICTY og ICTRs rettspraksis har man konsekvent ikke gitt

³⁴ Jf. St. prp. nr.24 (1999-2000) s. 16

noen form for straffrihet ved selvforskyldt rus. Tvert imot, i Kvočka and others³⁵ innrømmer retten på side 196³⁶ at uforskyldt rus kan være en formildende omstendighet, men ikke når tiltalte ruser seg frivillig. Retten sier, at i et miljø der "... violence is the norm and weapons are carried..."³⁷ er det å, med vilje, innta rusmidler en skjerpene, ikke formildende omstendighet

ICTY og ICTR har dermed lagt seg på en praksis som er mer lik norsk rett. Den tilnærmingen som er valgt i Roma-vedtektene er muligens en naturlig konsekvens av at ICC er tenkt å skulle ha jurisdiksjon over hele verden, mens ICTR og ICTY kun har jurisdiksjon over begrensede områder, og må dermed ikke ta hensyn til de samme kulturforskjellene som ICC.

2.2.5 Sammenligning av Roma-vedtektene og den norske straffeloven

Når man sammenligner strl. § 45 og Roma-vedtektenes art. 31 (1) b) ser man at de to reglene er vidt forskjellige. Den norske regelen fastslår kort og konsist en hovedregel uten unntak. I art. 31 (1)b), derimot, er utgangspunktet at beruselse kan føre til straffrihet, deretter oppstiller artikkelen et unntak ved selvforskyldt rus. Når den norske regelen er absolutt og uten unntak, og art. 31(1)b) oppstiller det motsatte utgangspunktet, med straff som unntaket, så er det klart at den norske regelen er strengere enn regelen etter Roma-vedtektene.

Men er den norske regelen kanskje for streng? Unnskyldningsgrunner har til hensikt å luke ut de tilfeller der man ikke kan bebreide gjerningsmannen for å ha begått den handlingen han faktisk har begått. Dersom det foreligger omstendigheter som kan sette tvil ved tiltaltes skyld på gjerningstidspunktet, så skal disse tas til etterretning. Når man i Norge fullstendig avviser det faktum at en beruset gjerningsmann kan mangle skyld, kan dette gå på bekostning av gjerningspersonens rettssikkerhet.

Slik art. 31 (1)b) er utformet, fører uforskyldt rus til frifinnelse i de tilfellene der rusen har hatt en innvirkning på gjerningsmannens skyld, og selvforskyldt rus kan være en unnskyldningsgrunn der relativt strenge vilkår oppfylles. Med denne tilnærmingen opprettholder man fortsatt tanken om at selvforskyldt rus i seg selv normalt ikke skal påvirke gjerningsmannens skyld, samtidig som man anerkjenner de tilfellene der omstendighetene gjør det urimelig å holde gjerningsmannen strafferettslig ansvarlig. Dette er kanskje en bedre løsning enn norsk retts bastante avskrivning av rus som straffrihetsgrunn.

³⁵ ICTY Case No: IT-98-30/1-T

³⁶ ICTY Case No: IT-98-30/1-T side 196, s. 196

³⁷ ICTY Case No: IT-98-30/1-T side 196, s. 196

2.3 Nødrett

2.3.1 Innledning

Regelen om tvang fokuserer på de faktiske omstendighetene rundt handlingen og gjerningspersonens mentale tilstand. Regelen går ut på at dersom gjerningspersonens av ulike grunner er såpass presset i sin situasjon at man ikke kan klandre han for at han begår handlingen, så skal dette også komme til hans fordel ved avgjørelsen av skyldspørsmålet eller straffeutmålingen.

2.3.1.1 *Forholdet mellom tvang og nødrett*

Både i store deler av internasjonal strafferett og i norsk rett skiller man mellom tvang og nødrett.

Cassese behandler forskjellen mellom tvang og nødrett, eller ”duress” og ”necessity” i sin bok.³⁸ Han mener hele forskjellen ligger i omstendighetene rundt handlingen. Når det er tale om tvang, eller ”duress” ligger fokuset på tiltaltes mentale tilstand i gjerningsøyeblikket, man foretar en subjektiv vurdering av hvor tvunget eller presset vedkommende følte seg i gjerningsøyeblikket. Når det er tale om nødrett, eller ”necessity”, fokuserer man på andre sider ved omstendigheten rundt handlingen. Da søker gjerningspersonen å hindre at en annen, uheldig omstendighet forekommer. Han handler ut av nødvendighet. Ved nødrett kan man sammenligne den situasjonen tiltalte forsøker å unngå med den handlingen tiltalte foretar seg. Hensikten er å ta rede på om gjerningspersonens handling var nødvendig og proporsjonal. En slik vurdering er ikke like enkel å foreta ved tvang, da det er tiltaltes subjektive følelse av press som er avgjørende.

Forskjellen mellom duress og necessity er ikke kommet direkte til uttrykk i norsk rett. Men i praksis brukes tre ulike bestemmelser for å vurdere lignende situasjoner; strl. §§ 47 som omhandler nødrett og 56 a) og b) som omhandler henholdsvis overskridelse av nødrett og nødverge og tvang. Dersom man følger resonnementet ovenfor er det nærliggende å plassere ”necessity” i strl. § 47, nødrettbestemmelsen og ”duress” i strl. § 56 b), tvangsbestemmelsen. Ordlyden i strl. § 47 leder klart avveiningen inn på en proporsjonalitetsvurdering av tiltaltes handling og den faren man ønsker å unngå. Det mentale elementet, altså tiltaltes følelse av press eller tvang er ikke nevnt i bestemmelsen.

Ordlyden i strl. § 56 b) gir mindre veiledning. Men ordet ”tvang” kan oversettes til nettopp ”duress” på engelsk. I lovkommentaren er det kommentert at ved siden av overskredet nødrett

³⁸ Cassese (2003) s. 215

har ikke regelen om tvang stor betydning. Bestemmelsen vil imidlertid få anvendelse i de tilfeller der man har overskredet nødverge i tid, slik at strl. § 56 a ikke kan brukes³⁹.

I tillegg til forskjellen i ordlyden mellom bestemmelsene er det også en vesentlig forskjell i rettigheten de gir tiltalte. Strl. § 47 er for det første en absolutt straffrihetsregel. Strl. § 56 a) og b), er derimot begge fakultative bestemmelser som retten kan anvende der de mener det er rimelig.

For det andre er konsekvensen av at vilkårene i strl. § 47 er oppfylt straffrihet.⁴⁰ Oppfyllelse av strl. § 56 a) og b) kan kun føre til nedsettelse av straff.

I Roma-vedtektene skiller man ikke mellom tvang og nødrett. Begge reglene er samlet i én og samme bestemmelse; art. 31(1)d). Det gjøres her ikke forskjell på om gjerningsmannen har blitt utsatt for tvang eller om han har opplevd en uheldig omstendighet.

I fortsettelsen av oppgaven vil jeg fokusere på nødrettsbestemmelsen i strl. § 47 ved sammenligningen med Roma-vedtektene. Årsaken til dette er først og fremst at strl. § 47 har samme rettsvirkning som art. 31 d)- begge fører til straffrihet. I tillegg er regelen om tvang i strl. § 56 b) er mindre brukt, og behandlet, både i rettspraksis og i juridisk teori.

2.3.1.2 Nødrett og drap av uskyldige

Regelen om nødrett kan- som utgangspunkt brukes som forsvar mot alle straffebud. I begge rettssystemer foretar man en proporsjonalitetsvurdering. Tiltaltes handling vurderes opp mot den trusselen han står overfor og spør seg om tiltalte gikk for langt. Denne øvelsen medfører noen vanskelige dilemmaer da det i strafferetten ofte er tale om handlinger der fornærmede er en uskyldig tredjepart.

Vi kan tenke oss at tiltalte tvinges av B til å drepe A, under trussel av selv å bli drept om han ikke gjør det. Eller, dersom tiltalte ikke gjennomfører vil tiltaltes kone bli drept. I en slik situasjon er det vanskelig å skulle foreta en proporsjonalitetsvurdering. Går tiltalte for langt når han dreper en uskyldig for å redde sitt eget liv? Hva med å drepe en uskyldig for å redde en annen uskyldigs liv? Hva så, dersom tiltalte dreper én uskyldig for å redde mange uskyldige? Eller omvendt, -dreper mange uskyldige for å redde én uskyldig. Omstendighetene blir enda mer komplisert der den uskyldige A uansett vil bli drept, slik at tiltalte da eventuelt ofrer sitt eget liv tilsynelatende til ingen nytte.

Disse spørsmålene har vært grunnlaget for betydelig diskusjon og uenighet både i internasjonal og norsk strafferett. Det kan hevdes at i disse tilfellene er ikke en proporsjonalitetsvurde-

³⁹ Jf Rt 1978 side 77 på side 78

⁴⁰ Se oppgavens punkt 2.3.2

ring øvelsen som vil føre til best og mest rettferdig resultatet. Her kommer forskjellen mellom vurderingene som foretas ved ”duress” og ”necessity” inn med full styrke. Det å måtte avgjøre hvilket liv som er ”viktigst” av to eller flere liv er en stor byrde å legge på en dommer. Det kan videre være urimelig å kreve av en gjerningsperson at han eller hun er i stand å vurdere noe slikt i en presset situasjon i gjerningsøyeblikket.

Nødrett og drap av uskyldige er kjernen i problematikken rundt nødrett, og i oppgaven min vil jeg konsentrere om nettopp dette.

2.3.2 Nødrett i den norske straffeloven

Strl. § 47 regulerer nødrett og er en absolutt straffrihetsgrunn. Regelen sier at en person som har begått en kriminell handling for å redde noens ”person eller gods” fra en ”fare” som ikke kunne unngås på annen måte skal lates straffri så lenge denne faren var å anse som ”særdeles betydelig” i forhold til den handlingen tiltalte begikk.

Når det gjelder hvilke interesser som tillates vernet etter bestemmelsen er det sikker rett at ”nogens person eller gods” jf. strl. § 47 skal tolkes utvidende. I utgangspunktet er det en hvilken som helst interesse som kan vernes, både offentlig og privat.⁴¹ Dette understrekes av den ordlyden som er valgt i tilsvarende bestemmelse i strl. 2005; etter denne bestemmelsen kan ”interessen” være liv, helse, eiendom eller ”en annen interesse”.

Det stilles heller intet krav til noen spesiell tilknytning mellom tiltalte og den interessen han forsøker å verne⁴² jf. også ordlyden, det kan være tale om ”nogens person eller gods”.

Videre kreves det at den ”faren” det er tale om ikke kan avverges på noen annen, mindre inn-
gripende måte jf. ordlyden ”... anden Maade uafvendelig Fare...”

Når det gjelder nødssituasjoner som gjerningsmannen har frembrakt er rettstilstanden noe uklar. Ordlyden i strl. § 47 stiller ikke krav til at situasjonen skal være uforskyldt. Straffelovkommissjonens delutredning⁴³ deler også dette synet i sin kommentar til bestemmelsen. Det er også relativt bred enighet om dette i teorien.⁴⁴ Dermed skulle man, etter ordlyden, tro at også en tiltalt som selv har skapt den pressende situasjonen skal kunne anvende strl. § 47. Men dette utgangspunktet er imidlertid modifisert gjennom rettspraksis. For det første har man tilfeller der tiltalte selv, bevisst, har involvert seg i et miljø der han eller hun måtte regne med å bli utsatt for press, også press for å utføre ulovlige handlinger.⁴⁵ I disse tilfellene har Høyesterett avvist muligheten for å påberope seg strl. § 47⁴⁶. For det andre har man eksempler fra rettspraksis der tiltalte kunne ha unngått nødssituasjonen ved å handle annerledes. To slike

⁴¹ Jf. Bratholm (2003) s. 376 og Eskeland (2006) s. 236.

⁴² Jf Eskeland (2006) s. 236-237 og Andenæs (2004) s. 182

⁴³ NOU 1992:23 s. 89-90

⁴⁴ Jf Bratholm (2003) s. 375, Andenæs (2004) s. 181-182, Eskeland (2006) s.237, Andorsen (1999) s.260-261.

⁴⁵ Rt 1976 side 864 på side 866 og Rt 1996 side 269 på side 270

⁴⁶ Jf Rt 1948 side 957 på side 958 og Rt 1947 side 742 på side 744.

eksempler er fra tilfeller der tiltalte ville unndra seg henholdsvis militær- og heimevernstjeneste.⁴⁷ I begge tilfeller slår Høyesterett fast at tiltalte selv kunne ha unngått å havne i nødssituasjonen, og dermed kan de ikke påberope seg strl. § 47.⁴⁸ Flere juridiske teoretikere⁴⁹ støtter opp om denne praksisen, til tross for at den ikke har støtte i lovens ordlyd. Praksisen kan imidlertid finne støtte i hensynet bak bestemmelsen. Bestemmelsen eksisterer for at gjerningsmenn som har vært i en situasjon der det ikke kan kreves at de er i stand til å ta et valg skal slippe å bli straffet. Når vedkommende selv har plassert seg i en situasjon der det enten var forutberegnelig eller unngåelig å bli utsatt for tvang eller satt i en nødssituasjon er det ikke like urimelig å dømme han eller hun for den straffbare handlingen.

På den annen side må ikke dette strekkes for langt. Jeg kan ikke se at det skal være rimelig at for eksempel å bli med i en kriminell gjeng skal medføre en forventning om å bli utsatt for alskens press. I noen tilfeller vil hensynet bak bestemmelsen fortsatt gjøre seg gjeldende. Jeg vil derfor støtte Eskelands synspunkt, nemlig at en slik situasjon for tiltalte kan medføre krav om en større interesseovervekt.⁵⁰ Straffelovkomisjonen tiltrer også denne tilnærmingen⁵¹ i sin vurdering av selvforskyldt fare i strl. § 47.

Til slutt må det foreligge en «særdeles betydelig» interesseovervekt for at den skadevoldende handling skal anses som proporsjonal med den situasjonen man søker å unngå. Man foretar altså en proporsjonalitetsvurdering der den faren gjerningsmannen frykter blir veid opp mot den skadevoldende handlingen han eller hun foretar seg. Her vil man kunne luke ut de tilfellene der tiltalte går for langt i å forsvare en interesse som er mindre viktig enn den han skader. Samtidig forsvarer bestemmelsen de tilfellene der tiltalte går langt i sin handling, men den trusselen han oppfatter er alvorlig.

Som nevnt i punkt 2.3.1.2 er det betydelige vanskeligheter både teoretisk og praktisk knyttet til det å vurdere nødrett ved drap av uskyldige. I norsk rett har Høyesterett lagt seg på den linjen at drap av uskyldige ikke kan rettferdiggjøres ut fra tankegangen om at tiltalte handlet i nødrett. I en dom fra etterkrigstiden⁵² der tre gjerningsmenn var tiltalt for drap etter å ha deltatt i henrettelsen av en nordmann under krigen anerkjenner flertallet at de tiltalte var under et sterkt press. De anerkjenner også at uansett om de tiltalte hadde nektet å utføre henrettelsen, så hadde offeret blitt drept, og da hadde de tiltalte blitt drept forgjeves. De hadde altså ikke kunnet endre på situasjonen ved å nekte å følge ordre. Førstvoterende hevder likevel at det ikke er grunnlag etter strl. § 47 for å hevde at handlingen er ”rettmessig”⁵³. Førstvoterende går

⁴⁷ Jf Rt 1976 side 864 og Rt 1996 side 269

⁴⁸ Jf Rt 1976 side 864 på side 866 og Rt 1996 side 269 på side 270.

⁴⁹ Se note 44

⁵⁰ Eskeland (2006) s. 237

⁵¹ NOU 1992: 23 på s. 89

⁵² Rt. 1950 side 377

⁵³ Rt 1950 side 377 på side 380

enda lenger når han fastslår på side 379 at, på bakgrunn av det faktum at det skal foretas en proporsjonalitetsvurdering der "... det retts gode som reddes, ut fra en objektiv vurdering skal være verdifullere enn det som ofres" så kan man ikke "... i alminnelighet være berettiget til å ta en annens liv for å redde sitt eget..." Gjerningsmennene ble funnet skyldig, men fikk milde straffer som følge av omstendighetene rundt gjerningstidspunktet.

Til tross for denne uttalelsen er det allikevel vanskelig å tenke seg at man skal oppstille en absolutt regel om at nødrett aldri kan påberopes ved drap av uskyldige. Hele poenget bak denne straffrihetsgrunnen er at det foreligger ekstreme omstendigheter som gjør at vi ikke finner det naturlig å straffe gjerningsmannen. Dermed er det ikke umulig å tenke seg at det kan oppstå situasjoner der nøden var så prekær at selv drap av uskyldige kan unnskyldes. Straffelovkommisjonen vurderte i sitt arbeid med ny straffelov om man skulle lage en regel som avviste bruken av nødrett ved drap av uskyldige. Kommisjonen falt tilslutt ned på at de ikke ville foreslå at det ble laget en slik grense, da «... det kan oppstå helt særegne situasjoner hvor det vil være vanskelig å fastholde en slik grense...»⁵⁴

Det er ikke nok at handlingen og trusselen er likeverdige, det kreves at faren anses av tiltalte som "særdeles betydelig" i sammenligning med handlingen. Terskelen her er høy. I Rt. 1992 side 682 uttaler Høyesterett på side 684 at strl. § 47 tar sikte på «... de ekstraordinære tilfelle...» Og etter Straffelovkommisjonens uttalelser⁵⁵ skal det foreligge «meget vektige grunner» for at man skal kunne anvende strl. § 47 som grunnlag for å overskride de vanlige grenser for handlingsfriheten.

2.3.3 Nødrett i militær straffelov

Militær straffelov har to bestemmelser som dreier seg om nødrett; § 25 og § 26.

Mil. strl. § 25 utvider bestemmelsene om nødrett og nødverge til også å gjelde i tilfeller der en militært overordnet foretar ellers ulovlige handlinger for å få ordre adlydt. Det kreves at ordren da gis under "påtrengende fare eller nød". Man endrer dermed kravet fra strl. § 47 om at tiltalte eller andre skal være utsatt for en spesifikk fare til et farekrav der det er tilstrekkelig at det generelt foreligger en situasjon preget av fare eller nød, typisk en krigssituasjon. Det er antatt at i en krigssituasjon vil man strekke nødsbegrepet "noe lenger" enn i fredstid.⁵⁶ I tillegg kreves det altså ikke at man skal "redde" noen fra denne faren, hensikten her er å få ordre adlydt. Overordnetes kompetanse vil imidlertid for det første begrenses av proporsjonalitetsvurderingen i strl. § 47, det kreves også her særdeles betydelig interesseovervekt for overordnetes handling. For det andre må mil. strl. § 25 ses i sammenheng med mil. strl § 56. Mil. Strl. § 56 innskrenker overordnetes mulighet til å gi ordre som vil utgjøre et misbruk av egen myndighet eller ordre ikke samsvarer med loven. Hensynet bak denne utvidede bestemmelsen

⁵⁴ NOU 1983:57 på side 137

⁵⁵ NOU 1992:23 på side 91

⁵⁶ Jf. Fleischer (1956) s 68

er effektivitet og den militære disiplin, herunder behovet for å få soldater til å adlyde viktige ordre⁵⁷.

Mil. strl § 26 innskrenker nødrettsregelen i strl. § 47. Dersom man er under militær tjenesteplikt kan ikke frykt for personlig fare anvendes verken straffbefriende eller som formildende omstendighet.

2.3.4 Nødrett i Roma-vedtektene

I Roma-vedtektene er nødrett regulert i art. 31 d). Utgangspunktet for vurderingen av nødrett er at handlingen som gjerningspersonen foretar seg er gjort som følge av en nødssituasjon. Denne nødssituasjonen kan bestå av enten en trussel om umiddelbart forestående død eller av vedvarende eller umiddelbart forestående, alvorlig fysisk smerte.

Trusselen om smerte eller død kan være enten mot tiltalte, eller mot ”en annen”. Det er dermed intet krav om et spesielt forhold mellom tiltalte og den eller de personene som er utsatt for en trussel.

Bestemmelsen krever derimot at tiltaltes handling er både nødvendig og rimelig for å unngå denne trusselen. I dette ligger, blant annet, at det ikke skal finnes mindre inngripende alternativer. At handlingen er nødvendig kan også tolkes som en årsakssammenheng, den handlingen tiltalte foretar seg skal faktisk være egnet til å hindre trusselen.

Det kreves videre at tiltalte ikke hadde den hensikt å forårsake større skade med sin handling enn den som han ville unngå at fant sted. Her ligger både et krav til tiltaltes hensikt med handlingen og en proporsjonalitetsvurdering. På samme måte som i norsk rett er det tiltaltes oppfattelse av situasjonen på handlingstidspunktet som er avgjørende. Etter ordlyden i bestemmelsen kreves det alminnelig interesseovervekt.

Når det gjelder spørsmålet om tiltaltes hensikt, kan man spørre seg om det er kun hensikten man tar stilling til, og ikke det endelige resultatet av handlingen. Kan man si at tiltaltes handling er proporsjonal med den handlingen han ønsker å unngå dersom den får en uheldig konsekvens, som tiltalte riktignok ikke ønsket at skulle skje, men som han kanskje burde forutsett? Hvor går grensene for tiltaltes aktsomhet her?

De tilfellene som eventuelt kunne blitt misbrukt ved at man fokuserer på tiltaltes hensikt vil antakeligvis bli plukket opp av kravene til at tiltaltes handling skal være både nødvendig og rimelig. Så lenge handlingen faktisk var nødvendig for å unngå at skaden skjedde, og den i tillegg er å anse som rimelig blir det lite igjen for de tilfellene der tiltalte hadde gode hensikter, men omstendigheten gjorde at handlingen gikk for langt. Når tiltalte har handlet, nødvendig, rimelig og med rett hensikt, blir det ikke stort igjen av en eventuell aktsomhetsvurdering.

⁵⁷ Jf. St. prp. Nr. 24 (1999-2000) side 100

Til slutt definerer art. 31 bokstav d i punkt i) og ii) hvor trusselen kan komme fra; den kan enten, etter punkt i) komme fra en "annen person" eller, etter punkt ii), komme fra omstendigheter utenfor tiltaltes kontroll. Ettersom punkt ii) spesifiserer at dersom det er tale om "omstendigheter", må disse være utenfor tiltaltes kontroll, mens man i punkt i) ikke har gjort samme spesifiseringen, tolker jeg bestemmelsen slik at dersom det er tale om trussel fra en person spiller ikke tiltaltes eventuelle kontroll over situasjonen noen rolle. Dette innebærer at tiltalte, for eksempel, kan ha blitt frivillig medlem i en kriminell bande som har for vane å true medlemmene sine til å utføre handlinger. Når han da senere selv blir truet til å utføre en kriminell handling, kan man allikevel påberope seg art. 31 (1)d) som unnskyldningsgrunn for en handling utført som følge av denne tvangen. Dersom det derimot er tale om en trussel som stammer fra "omstendigheter", derimot, kreves det at disse er utenfor tiltaltes kontroll. Dette vil typisk være en naturkatastrofe. Men også andre "omstendigheter" kan tenkes å forekomme. Tiltalte tenner, eksempelvis, på et hus, men oppdager at det er noen inne i huset, og stjeler så noen andres verktøy for å komme seg inn og redde vedkommende. Da er det brannen som er trusselen og ettersom man ikke kan si at den er utenfor tiltaltes kontroll kan vedkommende ikke, etter ordlyden, påberope seg nødrett som unnskyldningsgrunn.

2.3.5 Internasjonal rett forøvrig

På samme måte som i ICC og norsk strafferett er det i internasjonal strafferett for øvrig ikke noe fasitsvar på hvorvidt tvang kan brukes som unnskyldningsgrunn ved drap av uskyldige.

I ICTY og ICTR eksisterer det ingen lovfestet regel om tvang, man inntar en eventuell tvangssituasjon i vurderingen av om tiltalte hadde tilstrekkelige skyld. Reglene om tvang er dermed domstolskapt. Den viktigste dommen som omhandler problemstillingen er den såkalte Erdemovicdommen som gikk for ICTY⁵⁸. Erdemovic hadde, på samme måte som de tiltalte i Rt. 1950 side 377, deltatt i henrettelser av sivile. Erdemovic selv hevdet han handlet under tvang, fordi han ble truet på livet dersom han ikke fulgte ordre. ICTY kunne ikke finne verken en internasjonal sedvanerettslig regel, eller en ensartet praksis fra verdens stater som tilsa at tvang ikke kunne brukes som unnskyldningsgrunn ved drap. Men retten kunne allikevel ikke tillate at tvang ble brukt som unnskyldningsgrunn i Erdemovic' tilfelle. Erdemovic var tiltalt for forbrytelser mot menneskeheten. Retten mente at i slike tilfeller kunne tvang bare brukes som en formildende omstendighet, ikke som straffrihetsgrunn.

Denne tilnærmingen til nødrett som straffritaksgrunn ved drap av uskyldige er gjennomgående i internasjonal rett.

⁵⁸ Erdemovic, IT-26-22

2.3.6 Sammenligning av Roma-vedtektene og den norske straffeloven

Oppbygningen av Roma-vedtektenes art. 31 (1)d) og strl. § 47 er ganske ulike og ved første øyekast kan det virke som om reglene er veldig forskjellige.

For det første beskrives trusselen som tiltalte må oppleve ulikt. I ICC stilles det krav om at trusselen må innebære enten død eller fysisk smerte, mens i norsk rett er ikke faren definert. Videre er det forskjell i bestemmelsene når det gjelder hvem eller hva faren rettes mot. I strl. § 47 heter det at "faren" kan gjelde både "person" og "gods". I Roma-vedtektene kreves det at trusselen rettes mot enten gjerningsmannen selv eller en annen person. Man anerkjenner dermed ikke trusler rettet mot "gods". Dette ville uansett følge av kravet om at trusselen skal bestå av enten død eller smerte.

Bakgrunnen for denne forskjellen i ordlyden er den ulike funksjonen de to regelsettene skal fylle. ICC er en domstol opprettet med den ene hensikt å dømme personer tiltalt for noen av de mest alvorlige kriminelle handlingene man kan tenke seg. Når art. 31 (1)b) er en unnskyldningsgrunn som potensielt kan føre til straffrihet er det naturlig at den trusselen det er tale om er meget alvorlig. Dette fordi de forbrytelsene ICC har jurisdiksjon over i stor grad er forbrytelser mot liv og/eller helse. Strl. § 47, derimot, står i en helt annen stilling. Den skal kunne anvendes på alle lovbrudd regulert av straffeloven. Også mindre alvorlige forbrytelser. Dersom strl. § 47 skulle inneholdt et tilsvarende krav om trussel mot liv og helse ville den ikke vært anvendelig i de fleste av straffesakene som blir ført i Norge.

Disse to forskjellene på art. 31 (1)d) og strl. § 47 kan virke viktige. Jeg mener imidlertid at den i praksis ikke vil forårsake noen betydelig forskjell. Dette fordi det vil dreie seg om de aller mest alvorlige forbrytelser. Strl. § 47 inneholder en meget streng proporsjonalitetsvurdering som vil luke ut de tilfellene der tiltalte forsøker å påberope seg trusler som ikke er proporsjonale med hans handling. Dermed vil det ikke bli aktuelt å unnskyldes, for eksemplet drap som ledd i et folkemord utført for å redde et brennende hus. Dette får støtte fra forarbeidene der man ser på forholdet mellom norsk rett og tvangsbestemmelsene i ICC⁵⁹. Her går departementet så langt som å si at en handling omfattet av kapittel 16 i straffeloven om folkemord eller forbrytelser mot menneskeheten "... aldri vil bli ansett som lovlig på grunn av nødrett der det ikke er tale om å avverge dødsfall eller alvorlig legemsskade..." De tilføyer også at den strenge proporsjonalitetsvurderingen medfører at dette "vanskelig kan tenkes" også for krigsforbrytelser.

Når det kommer til hva som skaper faren, og om strl. § 47 kan anvendes også på selvforskyldte farer, viser jeg til drøftelsen over der jeg konkluderer med at situasjoner der faren er fremkalt av tiltalte selv vil tale mot å late tiltalte straffri i en helhetsvurdering, man vil kreve en sterkere interesseovervekt. Som konkludert ovenfor er art. 31(1)d) litt strengere i ordlyden der det er tale om "omstendigheter". Jeg mener allikevel at heller ikke denne forskjellen vil bli

⁵⁹ Jf Ot.prp.nr.8 (2007-2008) side 73

stor i praksis. Dersom tiltalte selv har fremkalt en omstendighet som truer noens liv eller helse vil de kravene som stilles til han i den norske proporsjonalitetsvurderingen sannsynligvis veie opp for de forskjellene som måtte komme ut av art. 31(1)d)s ordlyd.

Begge bestemmelsene stiller krav til tiltaltes handling og krever proporsjonalitet mellom tiltaltes handling og den handlingen tiltalte ønsker å unngå ved å foreta seg denne handlingen. Proporsjonalitetsvurderingen i den norske straffeloven inneholder et krav om at den skaden tiltalte søker å unngå er ”særdeles betydelig” jf strl. § 47 i forhold til den skaden han eller hun kunne volde med sin handling. Kravet til denne overvekten gjør proporsjonalitetsvurderingen etter norsk rett strengere enn proporsjonalitetsvurderingen i art. 31 (1)d) i Roma-vedtektene, som bare stiller krav om alminnelig interesseovervekt for tiltaltes handling.

Dette vilkåret vil kunne føre til ulike resultater i en norsk domstol. Når man krever en særdeles betydelig proporsjonalitetsovervekt må det foreligge et større misforhold mellom tiltaltes handling og den hendelsen som kan oppstå. Resultatet av dette er at en gjerningsmann som blir tiltalt for en internasjonal forbrytelse foran en norsk domstol vil ha større vanskeligheter med å gå straffri som følge av tvang enn dersom han hadde blitt stilt foran ICC.

2.3.7 Sammenligning av Roma-vedtektene og militær straffelov

Roma-vedtektene skiller ikke mellom militære og sivile i art. 31(1)d). Den krever den samme faregraden og den samme proporsjonalitetsvurderingen av alle. Når norsk rett oppstiller spesialbestemmelser for militære tjenestemenn som på den ene siden innskrenker, og den andre siden utvider de alminnelige nødrettsbestemmelsene fører dette til forskjeller i de to systemene.

Mil. strl. § 26 krever mer av en soldat enn både strl. § 47 og vedtektenes art. 31(1)d) gjør. Konsekvensen av mil. strl. § 26 er at en soldat vil bli dømt strengere for en norsk domstol ved anvendelse av mil. strl. § 26 enn for ICC.

Etter mil. strl. § 25 kan en overordnet begå ellers straffbare handlinger for å få den underordnede til å adlyde en ordre på bakgrunn av en generell faresituasjon så lenge ordren består den strenge proporsjonalitetsvurderingen etter strl.§ 47. Fleischer hevder at under de rette omstendigheter kan man ”... være berettiget til å anvende de ytterste midler...”⁶⁰ etter denne bestemmelsen. I prinsippet vil en overordnet kunne gå fri etter å ha skapt en tvangssituasjon som både etter art. 31 (1)d) og strl. § 47 vil kunne gi grunnlag for å frikjenne den underordnede, fordi den underordnede ble tvunget av den overordnede.

⁶⁰ Fleischer (1956) s. 67-68

I ytterste konsekvens kan en overordnet stilt for norsk rett gå frikjent etter mil. strl. § 25 og en underordnet stilt for ICC gå fri for samme hendelse etter art. 31(1)d), eventuelt etter mil. strl. § 24. Dermed får vi en situasjon av straffrihet som var nettopp det man ønsket å unngå ved utarbeidelsen av den internasjonale strafferetten.

I dagens praksis er det vanskelig å se at en overordnet som begår enten folkemord, forbrytelser mot menneskeheten eller krigsforbrytelser skal kunne bestå denne proporsjonalitetsvurderingen. Det er også viktig å huske at militære overordnede er bundet av norsk lov i sine handlinger. Men like fullt har man en klar hjemmel i form av en absolutt straffrihetsgrunn for militære overordnede i et slikt tilfelle. Dette innebærer at norsk rett, for norske militære, overordnede tjenestemenn har en lempeligere bestemmelse for tvang enn ICC.

Disse reglene viser hvor komplekst samspillet mellom internasjonale og nasjonale regler er. Regelsett, som den militære straffelov, som er laget på bakgrunn av relevante og viktige hensyn, der reglene har et visst samspill for å beskytte disse hensynene kan tenkes å få uheldige utfall i de tilfellene der man blander internasjonale regler inn i det norske rettssystemet.

2.4 Foresattes befaling

2.4.1 Innledning

Militære systemer er bygget opp hierarkisk slik at overordnede har kontroll over underordnede. Man opererer ofte i situasjoner der man er nødt til å handle raskt og der ordre må adlydes umiddelbart. Dersom en ordre innebærer gjennomføring av en ulovlig handling oppstår det en vanskelig situasjon, både juridisk og faktisk. Det er den underordnede som gjennomfører handlingen, og dermed den objektive gjerningsbeskrivelsen i det relevante straffebudet. Allikevel kan det tenkes en situasjon der den underordnede ikke vet at den handlingen han eller hun har gjort er ulovlig, enten på grunn av rettslig eller faktisk villfarelse. I andre situasjoner kan den underordnede føle seg presset til å begå den ulovlige handlingen, uavhengig av hans eller hennes kunnskap om at den er ulovlig.

Regelen om foresattes befaling tar sikte på nettopp slike situasjoner. Dersom en underordnet begår en straffbar handling etter befaling fra en overordnet, så kan dette, i visse tilfeller, komme gjerningsmannen til gode i form av enten straffenedsettelse eller frifinnelse. I realiteten kan man si at foresattes befaling er en spesialbestemmelse der man samler en situasjon som kan tenke seg å inneholde en eller flere straffrihetsgrunner. En soldat kan gjerne befinne seg i rettsvillfarelse, han stoler på den overordnedes bedømmelse av den aktuelle situasjonen. Han befinner seg i krig, og krigens folkerett er komplisert og internasjonal, og dermed ikke like lett tilgjengelig som annen rett. Han kan befinne seg i en situasjon av nødrett, hans overordnede befaler han å foreta en handling, og dersom han nekter risikerer han straff, eller verre konsekvenser. Han kan befinne seg i en tilstand av faktisk uvitenhet, fordi han har, eksempelvis, ikke samme mulighet til å vite hvem fienden er, eller viten om krigsfangene har blitt dømt etter gjeldende regler, om målet er sivilt eller ei. Han er ofte prisgitt sin tillitt til den overordnedes bedømmelse av de faktiske forhold.

Regelen om foresattes befaling har eksistert lenge, men innholdet i regelen har endret seg, særlig etter andre verdenskrig. Før andre verdenskrig fungerte regelen som relativt sikker straffrihetsgrunn for militært underordnede. Dersom man hadde fulgt en ordre fra en overordnet kunne man påberope seg denne og dermed slippe fri. Tanken den gang var at den overordnede var ansvarlig for den ordren vedkommende hadde gitt, og dermed var det også han eller hun som skulle stå strafferettslig ansvarlig i etterkant⁶¹. Den overordnede, på sin side, kunne påberope seg sin offisielle stilling og hevde at ordren var gitt på vegne av staten. Dermed var det staten, og ikke den overordnede personlig som skulle stå til ansvar. Konsekvensen av den-

⁶¹ Cassese (2003) s. 228

ne praksisen var at man så at en rekke individer som enten hadde begått ellers straffbare handlinger, eller som hadde beordret andre til å begå straffbare handlinger fikk gå straffri.

Under Nürnberg-prosessen etter andre verdenskrig gjorde man et forsøk på å stille gjerningsmennene bak grusomhetene begått under krigen til rettslig ansvar. Man så da at den tidligere rettstilstanden hadde ført til en straffrihet man ikke lenger kunne stå inne for. Derfor lovfestet man forbud mot å bli fritatt for straff som følge av ordre fra en overordnet i art. 8. Og man fastsatte i art. 7 at offisiell stilling som statsoverhode eller embetsmann ikke fritar for straffansvar. Domstolene gjorde sitt for å opprettholde dette utgangspunktet og denne tilnærmingen er i dag omtalt som ”Nürnbergprinsippet”.

Etter Nürnberg-prosessen startet diskusjonen om hvilken stilling foresattes befaling skulle ha i internasjonal rett. Enkelte hevdet at det ikke skulle fungere som straffrihetsgrunn i det hele tatt, at vedkommende som utførte handlingen skulle stå ansvarlig, uansett om han eller hun var under ordre fra en overordnet. Andre mente det kunne fungere som en straffrihetsgrunn i enkelte tilfeller, dersom strenge vilkår var oppfylt. Og andre igjen, la seg i midten og hevdet at det faktisk at man hadde handlet under en ordre ikke var en straffrihetsgrunn, men at det kunne behandles som en formildende omstendighet slik at tiltalte ikke ble straffet like hardt. Denne diskusjonen er enda ikke avklart, og som jeg vil belyse videre i oppgaven er det eksempler på alle disse ulike tilnærmingene, både i internasjonal rett og i nasjonal strafferett.

Hensynene bak denne reglen om foresattes befaling er todelt. På den ene siden har du hensynene bak den militære disiplin og effektivitet, samt soldatens rolle som spesielt utsatt for både tvang, rettsvillfarelse og faktisk villfarelse. Dette taler mot en lempeligere behandling av soldaten. På den andre siden har du de historiske erfaringene med straffrihet som fulgte av reglene om foresattes befaling. Man har sett at reglene kan bli utnyttet, og det er derfor naturlig å ville unngå at dette skjer igjen.

2.4.2 Foresattes befaling i den norske straffeloven

Den alminnelige, norske strafferetten har ingen eksplisitt regel om foresattes befaling. Etter ratifiseringen av Roma-vedtektene ble det vurdert om det skulle inntas en egen regel som spesifiserte ansvaret. Under høringsrunden til inkluderingen av kapittel 16 i strl. 2005⁶² var det flere instanser⁶³ som tok til orde for å ha en særregulering av foresattes befaling. Blant annet mente man det ville skape forutberegnelighet og at det ville virke preventivt. I tillegg fryktet man at straffrihetsgrunnen ville bli hyppig påberopt som forsvar, og at det derfor var hensiktsmessig å ha en klar regel. Det ble imidlertid bestemt at man ikke ønsket å lage en slik

⁶² Ot. Prp. Nr. 8 (2007-2008)

⁶³ Generaladvokaten, Kripos og Advokatforeningen jf. Ot. Prp. Nr. 8 (2007-2008) s. 74

regel da man anså at de reglene man allerede hadde om nødrett og faktisk og rettslig villfarelse ville dekke de relevante tilfellene.⁶⁴ I tillegg har Militær straffelov en egen regel om dette i § 24 som ville komme til anvendelse for militære tjenestemenn i tjenestetiden.

For å foreta en vurdering av reglene om foresattes befaling i norsk rett er det nødvendig å se nærmere på, både de ulike villfarelsesreglene og regelen om nødrett i straffeloven samt mil. strl. § 24

2.4.2.1 *Rettsvillfarelse*

I norsk rett reguleres rettsvillfarelse i strl. § 57. Etter denne bestemmelsen kan tiltaltes uvitenhet hva gjelder den rettslige reguleringen av den handlingen han har foretatt seg føre til frifinnelse eller straffenedsettelse. Regelen gjelder villfarelse både om regelens eksistens og forståelsen av innholdet i regelen. Når det gjelder ordlyden er denne meget vid, og overlater tilsynelatende mye opp til rettens vurdering i den enkelte sak. Rettspraksis har lagt seg på en relativt ensartet tolkning av bestemmelsen; dersom en rettsvillfarelse skal kunne føre til straffrihet må den være unnskyldelig, i dette ligger at den må være aktsom.⁶⁵ Kravene til aktsomhet i forhold til eksistens av regler og deres innhold er blitt strenge i rettspraksis. I Straffelovkommisjonens delutredning beskrives ansvaret som ”tilnærmet objektivt”⁶⁶ Det er hensynet til lovens effektivitet som ligger bak denne strenge regelfortolkningen.

For å ta rede på om tiltalte var i rettsvillfarelse foretas en helhetsvurdering der både omstendigheter rundt selve regelen og tiltaltes subjektive forutsetninger blir tatt med i betraktning. Hensikten med vurderingen er å ta rede på om villfarelsen gjør handlingen forsvarlig. Eksempler på forhold som har gjort utslag i rettspraksis er regelens alder, manglende kunngjøring av regelen, regelens klarhet. Også tiltaltes subjektive forhold vil komme i betraktning. En gjerningsperson som har mindre forutsetninger for å være klar over norske lovregler, eksempelvis, en utlending eller en person med nedsatt mental evne vil kanskje vurderes mindre strengt. Det samme dersom tiltalte er ung. Tiltaltes stilling vil også spille inn i vurderingen, dersom vedkommende bedriver en spesiell virksomhet er det han forventet at han har satt seg inn i de reglene som gjelder for denne virksomheten.

Et punkt som er viktig å ta til etterretning i forhold til rettsvillfarelse og internasjonale forbrytelser er det faktum at dette, i stor grad, dreier seg om internasjonal rett. Særlig reglene om krigsforbrytelser bygger i stor grad på internasjonale traktater⁶⁷ som ikke er spesielt godt kjent for vanlige sivile. Dette vil komme inn som et formildende moment i helhetsvurderingen av

⁶⁴ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) side 74

⁶⁵ NOU 1983:57 s. 150

⁶⁶ NOU 1983:57 s. 150

⁶⁷ Først og fremst Genève-konvensjonene av 1949

en ikke-statlig aktør, noe som også presiseres i Straffelovkommisjonens delutredning i deres behandling av forholdet mellom norsk rett og Roma-vedtektene⁶⁸.

Når det er tale om profesjonelle soldater stiller dette seg annerledes. Dersom tiltalte er en profesjonell soldat fra et annet land⁶⁹ vil det være argumenter både for og imot at han eller hun skal behandles strengere i forhold til rettsvillfarelse enn for eksempel en opprørssoldat. På den ene siden er vedkommende profesjonell i den forstand at han eller hun er soldat av yrke, og forventes dermed å sette seg inn i reglene som regulerer hans eller hennes virke. På den andre siden kan man si at det heller er forsvaret enn den enkelte soldat som bør straffes dersom soldatene ikke kan militære regler. Dette er også i tråd med Genèvekonvensjonenes tilleggsprotokoll nr. 1 art. 82 og 83 som pålegger medlemsstatene å sørge for opplæring i krigens folkerett blant sine soldater. En soldat bør videre kunne stole på det at den ordren den overordnede gir ligger innenfor rammene av krigens folkerett.

Det at man skal kunne stole på en overordnetes kunnskap understrekes av Matningsdal, i lovkommentaren⁷⁰. Straffelovkommisjonen nevner også dette punktet i sin vurdering av forholdet mellom norsk rett og vedtektene⁷¹.

Også rettspraksis fra ICC vil kunne få betydning i denne vurderingen, dersom det er tale om en forbrytelse som reguleres av Roma-vedtektene⁷².

Strl. § 57 er en fakultativ straffrihetsregel som innebærer at retten selv vurderer om den vil la tiltalte gå fri, selv om vilkårene for straffrihet skulle være oppfylt.

2.4.2.2 Villfarelse om faktiske forhold

Faktisk uvitenhet reguleres av strl. § 42 og innebærer at dersom gjerningspersonen ikke er klar over de egenskaper ved situasjonen som gjør den straffbar, har han eller hun heller ikke tilstrekkelig skyld for å bli straffet. Regelen i strl. § 42 er strengt talt overflødig, da dette ville følge av en vurdering av tiltaltes skyld uansett, men man har allikevel valgt å lovfeste prinsippet.

For en profesjonell soldat vil dette være ekstra relevant da han eller hun ofte er prisgitt den informasjonen han får av sin overordnede. Vi kan tenke oss et eksempel der tiltalte får en ordre fra en overordnet om å bombe et bestemt mål. Den overordnede påstår at dette er et militært mål. Dersom dette er sant, begår ikke tiltalte en forbrytelse ved å følge orden. Dersom målet derimot ikke er militært, men sivilt, begår tiltalte i utgangspunktet en forbrytelse.⁷³

⁶⁸ Jf Ot.prp. nr 8 (2007-2008) s. 75

⁶⁹ Norske soldater vil bli bedømt etter mil. strl.

⁷⁰ Mæland (2003) s. 511

⁷¹ Jf. Ot. prp.nr. 8 (2007-2008) på side 74-75

⁷² Jf. Ot. prp. nr 8 (2007-2008) på side 75

⁷³ Eksemplet forutsettes å være i tråd med reglene i Genèvekonvensjonene.

Dette ble uttrykt av førstvoterende i Rt. 1983 side 1268 på side 1270 at ”... det er et generelt prinsipp i vår strafferett at en person skal bli bedømt etter de forestillinger vedkommende selv har om den faktiske situasjon”. Dersom gjerningspersonen ikke er klar over de egenskaper ved situasjonen som gjør den straffbar, så kan han eller hun ikke ha den tilstrekkelige skyld. Faktisk villfarelse er en absolutt straffrihetsgrunn.

2.4.2.3 Nødrett

Reglene om nødrett og tvang i henholdsvis strl. § 47 og § 56 kan også bli relevante i forhold til en situasjon der foresattes befaling spiller inn. Når man har en situasjon med en underordnet og en overordnet vil den underordnede i mange tilfeller vil være rettslig forpliktet, eller i hvert fall føle seg forpliktet, til å følge den overordnedes befaling. Da vil det kunne oppstå situasjoner der den underordnede føler seg presset til å følge denne befalingen.

Jeg viser til drøftelsen i oppgavens punkt 2.3.2 om nødrett. I slike tilfeller som det her er tale om kan man både tenke seg en opplevelse av psykisk eller fysisk press dersom tiltalte ikke følger ordre. Tilfellet vil da falle inn under strl. § 47. Nødrett er som nevnt en absolutt straffrihetsgrunn som gir tiltalte krav på frikjennelse.

2.4.3 Foresattes befaling i militær straffelov

Som nevnt er mil. § 24 den eneste bestemmelsen i norsk rett som direkte regulerer situasjonen om foresattes befaling.

Denne bestemmelsen må ses i sammenheng med mil. strl. §§ 46 og 56. § 46 pålegger en underordnet å følge ordre fra sin foresatte og stadfester at det i enkelte tilfeller kan være straffbart ikke å gjøre dette. Mil. § 56 gir hjemmel for straff dersom en overordnet misbruker sin myndighet overfor en underordnet, for eksempel for å få denne til å begå en straffbar handling. Med disse tre bestemmelsene i sammenheng ser man at man har utarbeidet et rettssystem der man, på den ene siden ivaretar den militære disiplin og effektivitet, og på den andre siden sikrer at den som utnytter dette systemet blir straffet.

Militær straffelov § 24 begynner med å stadfeste at foresattes befaling fritar den underordnede for straff. I neste setning oppstiller den imidlertid to alternative unntak fra dette utgangspunktet.

For det første vil ikke den underordnede lates straffri dersom han eller hun overskrider befalingen. I denne ordlyden ligger et krav til at den underordnede ikke skal gå lenger i sin handling enn det den overordnede har gitt ordre om.

For det andre vil gjerningsmannen ikke gå straffri dersom han eller hun innså, eller ”klarlig maatte have innseet” at han ved å følge ordre medvirket til en rettstridig handling. Det at tiltalte ”klarlig maatte ha innseet” viser at det ikke er en alminnelig aktsomhetsvurdering som må til. Det kreves at ordren innebærer et relativt åpenbart lovbrudd for at tiltalte klart måtte ha

innsett at det var rettstridig. I lovkommentaren skriver Arne Willy Dahl at de her dreier seg om ”de helt åpenbare lovbrudd.”⁷⁴

Hensynet bak det første unntaket er ganske klart; når en overordnet har gitt en ordre og den underordnede selv velger å overskride denne, så er han ikke lenger beskyttet av de hensynene som ligger bak hovedregelen om at befaling fra overordnede skal medføre straffrihet. Det er hans eget valg som pådrar han straffansvar, ikke ordren fra den foresatte.

Når det gjelder det andre unntaket, tiltaltes uaktsomhet i forhold til lovligheten av ordren, så ligger også hensynet bak dette unntaket ganske i dagen. Dersom tiltalte er uaktsom med hensyn til lovligheten av ordren, og allikevel velger å utføre den, så kan man ikke like lett si at man ikke bebreider gjerningsmannen for handlingen. I tillegg vil det ofte si noe om karakteren av lovbruddet; dersom tiltalte faktisk er klar over at han gjør noe ulovlig, eller burde vært klar over dette, vil det ofte innebære at lovbruddet er opplagt. Og det betyr i hvert fall at lovbruddet kunne vært unngått dersom tiltalte hadde tenkt seg tilstrekkelig om. Da er det den underordnede som står nærmest til å bære risikoen for at loven ble brutt.

Ved faktisk villfarelse skal tiltalte dømmes etter strl. § 42⁷⁵, mens ordlyden i mil. strl. § 24 dekker rettsvillfarelse. I forhold til strl. § 57, så viser jeg til oppgavens punkt 2.4.2.1. der jeg slår fast at denne regelen tolkes meget strengt i rettspraksis. Dermed vil mil. strl. § 24 være en snillere regel for tiltalte enn strl. § 57, da militær straffelov krever at tiltalte ”klart måtte ha innsett” at handlingen var rettstridig. I forarbeidene til militær straffelov⁷⁶ uttaler komiteen at rettsvillfarelse etter militær straffelov blir undergitt en vesentlig mildere bedømmelse enn etter strl. § 57, men at dette er naturlig da det dreier seg om militære subordinasjonsforhold. Dette er kanskje også naturlig med tanke på den situasjonen tiltalte er i når militær straffelov anvendes. For hensynene bak å straffe en profesjonell soldat mildere enn en sivil når det kommer til rettsvillfarelse viser jeg til oppgavens punkt 2.4.2.1.

Sammenholdt med mil. strl. §§ 46 og 56 og hensynet til militærets effektivitet og behov for å handle raskt i pressede situasjoner, ville det være urimelig å kreve det samme fra en militært underordnet som mottar en ordre fra en overordnet som fra en vanlig sivil.

Resultatet av at tiltalte oppfyller kravene i mil. strl. § 24 er at han skal lates straffri. Dette følger av bestemmelsens første setning som sier at foresattes befaling ”fritager” for straff. Det er

⁷⁴ Arne Willy Dahl, (hovedrevidert 25.11.2011) Mil. Strl., Note 24, fra Rettsdata

⁷⁵ l.c, samt Fleischer (1956) s. 66-67

⁷⁶ Innstilling O. IX s.13 sp.1 inntatt i Fleischer (1956) s. 67

dermed en absolutt straffrihetsregel. Dermed er denne regelen også her, mildere enn strl. § 57 da § 57 er en fakultativ regel.

Siste setning i mil. strl. § 24 gir domstolen også anledning til å bruke en ordre fra en overordnet både som en formildende omstendighet, og som grunnlag for å bedømme tiltalte mildere enn nedre straffegrense i det aktuelle straffebed.

2.4.4 Foresattes befaling i Roma-vedtektene

Foresattes befaling i Roma-vedtektene er regulert i art. 33. Etter denne bestemmelsen er hovedregelen at en ordre fra en overordnet eller en regjering om å begå en straffbar handling etter Roma-vedtektene ikke skal fritta tiltalte fra straff. Dette gjelder både i offisielle, militære organisasjoner og sivile som opererer i et militærlignende hierarkisk system der man mottar ordre fra overordnede. Slik jeg tolker regelen er den absolutt. Grunnlaget for dette er bruken av ordet "shall" som fastslår at hovedregelen er absolutt, gjerningsmannen "skal" være ansvarlig. Når unntaket da innledes med "unless" og ikke gir noen videre antydning til at unntakets anvendelse er valgfri, så legger jeg til grunn at bestemmelsen er absolutt

Bestemmelsen oppstiller imidlertid også et unntak fra denne hovedregelen. Unntaket kan medføre at en befaling fra en overordnet faktisk kan fungere som en straffrihetsgrunn. Dette unntaket har blitt kritisert da mange mener den er for snill mot den underordnede og vil føre til misbruk.⁷⁷ Dinstein går hardt ut mot regelen da han mener den representerer et brudd med arven etter Nürnberg.⁷⁸

For at unntaket skal komme til anvendelse må tre kumulative vilkår være oppfylt. Disse tre vilkårene vil nå bli drøftet.

Tiltalte må, for det første, være rettslig forpliktet til å følge ordren han eller hun blir gitt. Spørsmålet blir da hva som menes med "rettslig forpliktelse". Kreves det formell lov, eller vil det også gjelde uformelle normer som følges i uoffisielle, militærlignende grupperinger?

I de tilfellene der det er tale om ordre innenfor statens eget militære vil lovene ofte være formelt vedtatte lover. Er det, derimot, tale om sivile, militærlignende grupperinger, vil disse sjeldent ha formelt vedtatte lover i ordets vanlige betydning. Men konsekvensene av ikke å følge ordre kan være like alvorlige for den underordnede i begge tilfeller.

Det at det i bestemmelsen presiseres at forpliktelsen tiltalte er under må være "legal", - rettslig, taler klart for at det er tale om formell lov.

⁷⁷ Se oppgavens punkt 2.4.1.

⁷⁸ Dinstein (2012) forordets s. 20-21

På den annen side er det i art. 33 første ledd, første punktum presisert at hovedregelen skal gjelde for både sivile og militære overordnede. Dersom man faller ned på at ordlyden i unntaket skal tas på ordet; slik at det stilles krav om formell lov i art. 33 (1) bokstav a, så medfører dette at unntaket normalt ikke vil gjelde for en ikke-statlig aktør.

I realiteten er det ikke noe som skulle tilsi at en ikke-statlig aktør ikke skulle være beskyttet av unntaket på samme måte som en soldat som er en del av det statlige militæret. Presset vedkommende føler for å følge en ordre vil ofte være det samme. Samtidig er unntaket ment å være snevert. Og det at det i det hele tatt eksisterer et unntak gjør at vedtektene her skiller seg fra øvrig internasjonal rett. Da vil det være naturlig å praktisere unntaket så strengt som mulig. Dersom man løfter blikket og ser på de andre straffrihetsgrunnene i Roma-vedtektene, så vil en geriljasoldat kunne påberope seg art. 31 (1) bokstav d, - nødrett. Dette vil riktignok medføre at tiltalte blir nødt til å oppfylle andre vilkår enn etter art. 33, men det gir uansett tiltalte en relevant straffrihetsgrunn⁷⁹.

Med vekt på ordlyden i artikkelen velger jeg å tolke vilkåret slik at det kreves formell lov, og at unntaket dermed vil få en meget snever anvendelse for de soldatene som ikke er underlagt en statlig militær organisasjon.

Dinstein kritiserer dette vilkåret i sin bok⁸⁰. Han mener vilkåret ikke bør ha noen betydning sammenholdt med de andre vilkårene i bokstav a-c. Dersom tiltalte faktisk visste at ordren var ulovlig har det ingenting å si om han er rettslig forpliktet til å følge den eller ikke. Og omvendt, dersom man faktisk ikke vet at ordren er ulovlig etter b, og ordren ikke var åpenbart ulovlig etter c, bør man ikke holdes ansvarlig for handlingen, uavhengig av om ordren var noe vedkommende var forpliktet til å følge. Men vilkåret har allikevel den funksjon som er påpekt ovenfor, at den luker ut de tilfeller der man er en del av en ikke-statlig, militærlignende gruppe og hierarkiet ikke følger formelle lover.

Det andre kumulative vilkåret er at tiltalte befinner seg i en tilstand av villfarelse hva gjelder ordrens lovlighet jf. bokstav b). Tiltalte kan ikke ha visst at ordren han ble gitt var ulovlig. Etter ordlyden kreves det mangel på kunnskap jf. ordet ”knew” som kan oversettes til ”viss-te”. Det er altså ikke relevant om tiltalte *burde* ha visst om handlingens ulovlighet, det kreves positiv kunnskap.

Det tredje vilkåret er at ordren ikke var åpenbart ulovlig, eller ”manifestly illegal”. Det at en ordre er ”manifestly illegal” innebærer at den er åpenbart ulovlig, objektivt sett, og dermed

⁷⁹ Det ligger utenfor denne oppgavens tema å gjøre vurderer hvilken av de to unnskyldningsgrunnene som vil være mest fordelaktig for tiltalte å påberope seg.

⁸⁰ Dinstein (2012) forordets s. 22

kan ikke gjerningsmannen gjemme seg bak det faktum at han ikke visste at ordren var ulovlig. Ordren var av en slik art at han burde ha forstått det.

Etter ordlyden skiller vilkåret seg fra en alminnelig aktsomhetsvurdering slik vi kjenner den i norsk rett. Ordlyden fokuserer på hvor åpenbart ulovlig ordren var *generelt*, ikke for gjerningsmannen. Dermed må man vurdere hvordan samfunnet generelt ville forstått denne ordren, ikke om tiltalte forstod den, og om han, i en vurdering av hans subjektive forhold, burde ha innsett at ordren var ulovlig.

Dette vilkåret fungerer som et hjelpevilkår, en sikkerhetsventil for domstolen å ansvarliggjøre tiltalte i de tilfellene som ellers ville fått et urimelig resultat; når vilkåret i bokstav b krever faktisk kunnskap til ordrens ulovlighet kunne unntaket lett blitt misbrukt. Faktisk kunnskap er vanskelig å bevise. Men med kravet om at ordren ikke skal ha vært åpenbart ulovlig gir du domstolen et verktøy for å unngå slike bevisproblemer.

Vilkåret om åpenbar ulovlighet er et utslag av et kompromiss inngått mellom landene ved utarbeidelsen av artikkelen. Det var stor uenighet om man i det hele tatt skulle ha et unntak fra hovedregelen om at foresattes befaling ikke fritar for ansvar.

Vilkåret har blitt kritisert i teorien, blant annet Dinstein hevder at det ikke har noen selvstendig betydning og kun bør fungere som et hjelpeelement for domstolene i de tilfellene der de ikke kan påvise at tiltalte faktisk visste at ordren var ulovlig. Han påpeker at i sammenheng med kravet om tiltaltes faktiske kunnskap i bokstav b), bør ikke vilkåret ha noen betydning⁸¹. Dersom tiltalte faktisk hadde kunnskap om ordrens ulovlighet, betyr det ingenting om ordren objektivt sett var noe man burde vite, da bør tiltalte dømmes uansett. Omvendt, dersom tiltalte faktisk ikke visste at ordren var ulovlig, men den objektivt sett var åpenbart ulovlig, burde ikke tiltalte holdes ansvarlig med tanke på fraværet av subjektive elementer i vurderingen av om en ordre er åpenbart ulovlig. Da har jo ikke gjerningsmannen utvist tilstrekkelig skyld.

Et spørsmål som reiser seg i forhold til dette vilkåret og den sammenhengen det nødvendigvis skal vurderes i er om noen av de kriminelle handlingene under ICCs jurisdiksjon kan anses for *ikke* å være åpenbart ulovlige, både objektivt og subjektivt sett. Alle de tre kjerneforbrytelsene regulert i vedtektene består av meget alvorlige underliggende kriminelle handlinger, samtidig som den situasjonen handlingen begås i forsterker alvorlighetsgraden. Det var nettopp dette som var bakgrunnen for å opprette ICC i det hele tatt; man ville ha en arena hvor de *mest* alvorlige kriminelle handlinger kan tas for retten. Roma-vedtektene selv betegner de handlingene som reguleres av vedtektene som "... the most serious crimes of concern to the international community as a whole..."⁸²

Elementet av tvang er helt fraværende i art. 33. Den fokuserer kun på rettsvillfarelse. Dette har blitt kritisert av blant andre Dinstein⁸³ som hevder elementet av tvang er så vanlig i en situasjon med foresattes befaling, at det er en mangel ved artikkelen. Jeg er, i utgangspunktet enig med Dinstein om at man kan tenke seg at de situasjonene man her tar sikte på å regulere ofte kan ha et element av tvang i seg, og at det derfor ville være naturlig å inklu-

⁸¹ Dinstein (2012) forordets s. 25

⁸² Jf. Roma-vedtektenes preambel, 5. avsnitt.

⁸³ Dinstein (2012) s. 22-23 og s 26

dere dette mer i art. 33. Samtidig vil jeg- for det første påpeke at vedtektene har en egen bestemmelse om tvang i art. 31 (1)b). For det andre vil jeg trekke en parallell til den norske militære straffelov, som har en innskrenket mulighet for å påberope seg tvang for militære tjenestemenn. Hensynene bak dette er behandlet i punkt 2.3.2.2. Når unntaket i bokstav a-c kun gjelder for soldater, og ikke uformelle krigere, vil regelen- i prinsippet bli den samme som etter norsk rett. Sammenholdt med muligheten for å påberope seg art. 31(1)b) vil jeg ikke se dette som en like stor mangel.

2.4.4.1 *Artikkel 33, andre ledd*

Art. 33(2) kommer med en viktig presisering i forhold til vilkåret ”åpenbart ulovlig”. Folkemord og forbrytelser mot menneskeheten skal alltid anses som åpenbart ulovlige i art. 33s forstand. Konsekvensen av dette er at en tiltalt som har begått en forbrytelse som går inn under art 6 eller 7 ikke kan påberope seg unntaket i art. 33 som straffrihetsgrunn, unntaket er kun anvendelig ved krigsforbrytelser etter art. 8.

Artikkel 33(2) innebærer at det foretas en rangering av forbrytelsene i vedtektene. Dette kan anses som uheldig, men den har også gode grunner for seg. Mens både folkemord og forbrytelser mot menneskeheten innebærer at gjerningspersonen begår meget alvorlige straffbare handlinger, så har man inkludert også handlinger som kan anses som mindre alvorlige i art. 8 om krigsforbrytelser. Krigsforbrytelser i art. 8 kan innebære alt fra drap i art. 8 (2) punkt i) til misbruk av beskyttede emblemer i art. 8 (2) punkt vii). Når man ser hvor vidt denne bestemmelsen rekker er det ikke like opplagt at alle handlingene som inkluderes i artikkelen skal være å anse som «manifestly illegal».

2.4.5 Internasjonal rett forøvrig

Foresattes befaling som straffrihetsgrunn har, som nevnt i punkt 2.4.1. vært gjenstand for mye diskusjon i internasjonal rett. I Nürnberg-charteret vedtok man i art. 8 at foresattes befaling ikke skulle kunne fungere som straffrihetsgrunn, men at en ordre fra en overordnet kunne komme inn som en formildende omstendighet. Denne tilnærmingen har blitt fulgt i flere internasjonale traktater i ettertid. I ICTY art. 7(2) og ICTR art. 6(4) har man fulgt denne linjen. I statuttene til Libanondomstolen fra 2009 har man brukt art. 8 i London-charteret som mal for å lage tilsvarende regel. Tilnærmet det samme har man inntatt i art.6 i statuttene til Tokyo-tribunalet.

I torturkonvensjonens art.2(3) har man spesifisert at ved tortur kan man ikke påberope seg ordre fra foresatt for å rettferdiggjøre en torturhandling.

Man kan dermed ikke si annet enn at det er en bred, internasjonal enighet om at ordre fra foresatte ikke skal være en straffrihetsgrunn i seg selv, men at den kan fungere som en formildende omstendighet. Roma-vedtektene representerte et brudd med internasjonal sedvane på dette

punktet, da art. 33 åpner for å bruke foresattes befaling som både straffrihetsgrunn og en formildende omstendighet.

2.4.6 Sammenligning av Roma-vedtektene og den norske straffeloven

Det er en stor, lovteknisk forskjell mellom Roma-vedtektene og norsk strafferett i at sistnevnte ikke har en konkret regel om foresattes befaling. Man har ment at denne forskjellen ikke vil føre til ulikheter i praksis. Jeg mener allikevel at forskjellen mellom de to regelsettene i en eventuell sak kan bli større og mer grunnleggende enn bare lovteknisk.

Unntaket i art. 33 a-c) opplyster tre kumulative vilkår for at en underordnet skal gå straffri etter å ha fulgt en overordnetes instruks.

Til sammenligning vil den tilsvarende saken, dersom den blir ført som en norsk straffesak, falle inn under enten rettsvillfarelsesbestemmelsen i strl. § 57, regelen i strl. § 42 om faktisk uvitenhet, eller regelen om nødrett i strl. § 47 for de tilfeller der tiltalte følte at han eller hun var under tvang til å gjennomføre ordren. Alle disse reglene krever at det foretas brede, skjønnsmessige vurderinger. Det overlates dermed mye til rettens skjønn. Art. 33 (1)(a-c), derimot inneholder relativt klare vilkår. Dersom man skal sammenligne hver enkelt bestemmelse i den norske straffeloven som kan komme til anvendelse i et tilfelle av foresattes befaling, vil man se at de norske reglene virker mindre strenge enn art. 33. Helt enkelt fordi de ikke inneholder disse andre, klare vilkårene.

En sammenligning av reglene i vedtektenes art. 33 og strl. § 57 og Høyesteretts fortolkning av denne regelen viser at de ikke er så ulike. Høyesteretts vurdering av rettsvillfarelse i strl. § 57 såpass bred og streng at den vil inneholde en vurdering, både av om tiltalte visste om ulovligheten og om tiltalte objektivt sett, burde har forstått at ordren var ulovlig. Dermed er vilkåret i art 33 bokstav c bakt inn i rettsvillfarelsesbedømmelsen i strl. § 57. Det faktum at man i vedtektene har vilkårene i bokstav b) og c) vil ikke medføre noen stor forskjell i realiteten

Da står vi igjen med kravet til rettslig forpliktelse i bokstav a. Gjør det faktum at Roma-vedtektene krever at den underordnede er rettslig forpliktet til å følge ordre fra den overordnede noen forskjell i forhold til den norske regelen om rettsvillfarelse? Jeg drøftet dette vilkåret i punkt 2.4.4 og konkluderte med at den tiltalte ikke-statlige soldat uansett vil kunne påberope seg tvang etter art. 31(1) d) eller rettsvillfarelse etter art. 32(2). Dermed vil ikke dette vilkåret, i realiteten innebære noen forskjell mellom norsk straffelov og Roma-vedtektene. Det at man er rettslig forpliktet til å følge en ordre vil komme inn som et moment i vurderingen av om tiltalte var i aktsom rettsvillfarelse. Dersom tiltalte var rettslig forpliktet til å

adlyde ordre har han mindre grunn til å undersøke lovligheten av denne ordren. Dette poenget understrekes av departementet i forarbeidene til ny straffelov.⁸⁴

Et moment som kan bli avgjørende *dersom* retten finner at det foreligger en viss grad av rettsvillfarelse er at strl. § 57 er en fakultativ regel, mens art. 33 er en absolutt straffrihetsregel. Dette momentet kan slå ut begge veier, både til fordel og ulempe for en tiltalt.

Konklusjonen er da at en tiltalt som påberoper seg rettsvillfarelse i norsk rett, vil bli bedømt tilnærmet likt i både ICC og for norske domstoler.

Når det gjelder forholdet mellom nødrett i strl. § 47 og art. 33 om foresattes befaling vil jeg vise til avhandlingens punkt 2.3.2. om nødrett i den norske straffeloven. Det er vanskelig å skulle sammenligne de to bestemmelsene da vurderingstemaene ikke dreier seg om det samme; fokuset ligger på henholdsvis graden av rettslig villfarelse i art 33 og en sammenligning av to uheldige utfall i strl. § 47.

Den norske regelen om tvang stiller strenge krav til proporsjonalitet; strengere enn Roma-vedtektene selv gjør⁸⁵, og jeg kan ikke se at det vil innebære noen enklere vei for løslatelse for tiltalte å bli behandlet etter norsk rett enn etter Roma-vedtektene.

I forholdet mellom art. 33 og strl. § 42 om faktisk villfarelse vil denne vurderingen gli over i en vurdering av om tiltalte har den tilstrekkelige skyld, noe strl. § 42 egentlig er en spesialbestemmelse av. Derfor vil en sammenligning av reglene i art. 33 og strl. § 42 i realiteten vil være en sammenligning av domstolens behandling av skyldspørsmålet og art. 33. I en vurdering av skyld vil retten ta de fleste omstendigheter rundt tiltalte og hans forhold opp til vurdering for å ta rede på om han kan bebreides for å ha valgt å handle slik han gjorde. De vilkårene som listes opp i art. 33 a-c er alle momenter som vil bli tatt i betraktning dersom de er relevante. Dermed gir ikke reglene i seg selv grunnlag for en strengere eller mildere behandling av tiltalte i noen av rettssystemene.

Når man sammenligner de norske reglene enkeltvis med art. 33 er ikke forskjellene store. Men det er allikevel to momenter som melder seg med hensyn til denne bestemmelsen.

Det første momentet relaterer seg til art. 33 (2). Artikkelen stadfester at folkemord og forbrytelser mot menneskeheten er åpenbart ulovlige. Dermed kan ikke unntaket i første ledd a-c anvendes og hovedregelen vil da alltid komme til anvendelse for disse forbrytelsene. I norsk

⁸⁴ Jf. Ot.prp. nr.8 (2007-2008) s. 74-75

⁸⁵ Se oppgavens punkt 2.3.4.

rett har man ingen tilsvarende bestemmelse. I forhold til strl. §§ 47 og 42 er dette spesielt problematisk da disse ikke er fakultative bestemmelser, noe som innebærer at retten *må* frikjenne tiltale dersom de finner at vilkårene for rettsvillfarelse eller nødrett er oppfylt.

I omstendigheter der det er motstrid eller uklarheter i forholdet mellom norsk straffelov og Norges internasjonale, rettslige forpliktelser, kommer straffelovens § 1 til anvendelse. Denne slår fast at strafferetten gjelder med de begrensninger som måtte følge av folkeretten. Dette innebærer at dersom folkeretten inneholder regler som gir tiltalte bedre stilling og dermed *begrenser* påtalemyndighetens adgang til å straffe tiltalte, må folkeretten gå foran. Men bestemmelsen kan ikke brukes i ”lovovertrederens disfavør”⁸⁶. I dette tilfellet vil man altså ikke kunne bruke begrensningen i unntaksbestemmelsen i art. 33 for å allikevel dømme tiltalte for en norsk domstol, fordi unntaket fra unntaket i art. 33 (2) vil føre til at en tiltalt som ellers ville kunne dra nytte av en straffrihetsgrunn allikevel ikke kan dette, da det er tale om folkemord eller forbrytelser mot menneskeheten. Dermed befinner man seg i en posisjon der de norske reglene faktisk har et hull.

Hvis man ser på hva dette hullet faktisk innebærer, så er det ganske alvorlig. Foresattes befaling, er som nevnt en omstridt straffrihetsregel, og i de fleste internasjonale traktater kan den ikke brukes som straffrihetsgrunn, kun som en formildende omstendighet. I Roma-vedtektene har man gått langt i å tillate et unntak. Dette unntaket medfører et brudd med internasjonal praksis siden 2. verdenskrig. En av forutsetningene for at unntaket i art. 33 (1) a-c i det hele tatt kunne vedtas var at man inntok begrensningen for unntaket i art. 33 (2). Uten denne er det ikke sikkert at bestemmelsen ville blitt vedtatt med unntaket. Når den norske regelen, på grunn av mangel på regulering av foresattes befaling, ikke har det samme unntaket for personer som begår folkemord og forbrytelser mot menneskeheten er det nødt til å være en inkurie. Det kan ikke være slik at man bevisst har latt et hull i lovgivningen for de forbrytelsene som blir ansett som de mest alvorlige.

Det andre momentet er at vurderingene i strl. §§ 42, 47 og 57 er meget skjønnsmessige. Vilkårene i art. 33 er ikke spesielt skjønnsmessig i forhold. Det er ikke grunnlag for å si at norske domstoler vil behandle en internasjonal strafferettslig sak mildere enn det ICC ville gjort. Og på den ene siden kan det være en bra ting at vurderingen er skjønnsmessig, da dette absolutt ikke er svart-hvitt vurderinger. Tvert imot er det til syvende og sist spørsmål om handlingen til tiltalte er straffverdig, og da kan det være behov for brede vurderinger og stor grad av skjønn. Allikevel vil en skjønnsmessig vurdering alltid være mindre forutsigbar enn en mer konkret vurdering med faste holdepunkter. Og i saker som dreier seg om bruk av straff mot borgere er det en fordel å være så konkret som mulig. Kravet til konkretisering og nøyaktighet

⁸⁶ Jf Ot.prp. nr. 42 (1995-1996) s. 12

blir ekstra viktig når det er tale om et rettssystem som er internasjonalt basert og som har store deler av sin rettspraksis i internasjonale organer. For at borgerne da skal kunne forutse sin rettsstilling hadde det kanskje vært ønskelig med mer konkrete regler å forholde seg til.

Dersom man sammenholder de ulike leddene i sammenligningen er det mest fremtredende spesialbestemmelsen i art. 33 (2) og mangel på tilsvarende begrensning i norsk rett. Dette kan, i visse tilfeller føre til store forskjeller i rettssystemene og gjør den norske retten mildere enn ICC.

2.4.7 Sammenligning av Roma-vedtektene og militær straffelov

Roma-vedtektenes regel og mil. strl. § 24 i den militære straffelov har motsatt utgangspunkt. I ICC er hovedregelen at den underordnede ikke går fri, mens i mil. strl. § 24 er hovedregelen at den underordnede går straffri.

Når det kommer til unntakene, som da innebærer det motsatte dersom de er oppfylt, dreier både unntakene i vedtektene og i militær straffelov seg om tiltaltes forhold til den aktuelle ordren og dens lovlighet.

Når det gjelder vedtektenes vilkår i art. 33 (1)a) om tiltaltes rettslige plikt til å følge ordren, så vil dette vilkåret alltid være oppfylt ved anvendelse av mil. strl. § 24, da det norske militære systemet pålegger den underordnede å være lydige etter mil. strl. § 46. Her er det altså ingen forskjell.

I forhold til det første alternativet i mil. strl. § 24, kravet om overskridelse av ordre, nevner ikke art 33 noe tilsvarende. Men man kan allikevel si at det følger av bestemmelsen og det faktum at det dreier seg om en ordre som unnskyldningsgrunn. Dersom tiltalte går utover ordren, så kan ikke lenger det faktum at han eller hun handlet som følge av en ordre unnskyldes han eller henne. Tiltalte har selv valgt å gå lenger enn ordren tilsa. Dermed vil heller ikke dette vilkåret utgjøre noen forskjell.

I forhold til kravet om rettsvillfarelse er de to bestemmelsene bygget opp forskjellig. Dersom man sammenligner kravet til at tiltalte ikke innså, ei heller klarlig måtte ha innsett at han medvirket til å utføre en straffbar handling med kravene i art 33 (1)a-c) ser vi at mye er likt.

I art. 33 kreves det objektiv og subjektiv uvitenhet for at unntaket skal komme til anvendelse I mil. strl. § 24 kreves det at han ikke visste eller klarlig måtte ha innsett hva han medvirket til for at han skal straffes. For at tiltalte skal lates straffri etter vedtektene må tiltalte ha vært i fullstendig rettsuvitenhet med hensyn til ordrens ulovlighet, og ordren må i tillegg, objektivt sett, ha vært av en slik art at tiltalte ikke burde visst at den var ulovlig.

Den gjerningsmannen som kan frikjennes etter mil. strl. §24 er han som har fulgt en ordre og ikke hadde positiv kunnskap (som i vedtektenes bokstav b) og ei heller klart måtte ha innsett

hva han medvirket til. For at en person klart skal innse noe, kreves det at handlingen er klart ulovlig, eller så kan man ikke kreve at vedkommende måtte ha innsett det. Det kan absolutt trekkes likhet til kravet om at ordren er åpenbart ulovlig. Dermed er vilkårene til kunnskap hos tiltalte relativt like i begge bestemmelser.

Det at vedtektene taler om «ordren» og mil. strl. taler om «handlingen» vil, etter min mening, ikke medføre noen ulikheter ved regelen, da handlingen uansett må være innenfor ordrens grenser.

Når det gjelder presiseringen om folkemord og forbrytelser mot menneskeheten i art 33 (2) kan jeg ikke se at det vil utgjøre noen forskjell at mil. strl. § 24 ikke har en tilsvarende presisering. Denne typen forbrytelser vil i de aller fleste tilfeller gå inn under hva tiltalte "klarlig måtte ha innsett" jf. mil. strl. § 24.

En faktor som er viktig å få med seg i forhold til mil. strl. § 24 er dens forhold til mil. strl. § 25, om adgangen for en foresatt til å gi ordre som ellers ikke ville være tillatt.⁸⁷ Når man sammenholder denne med mil. strl. § 24, og plikten til å adlyde ordre ser man at spillerommet for ulovlige handlinger kan bli enda større enn det allerede er for de militære tjenestemenn. Riktignok forutsettes en overordnet å gi lovlige ordre, jf. mil. strl. § 56. Og riktignok er dette tale om situasjoner der man er i nød eller fare, det vil gjerne si krig. Men det er allikevel viktig å være oppmerksom på denne sammenhengen, som potensielt kan gi et vidt mandat til det militære. Sammenholdt med vedtektenes art 33, som har som utgangspunkt at foresattes befaling ikke fritar for straff, og dette kan unntas i de tilfeller der man er i objektiv og subjektiv rettsvillfarelse er den ganske vid.

Dermed er ikke de to bestemmelsene, selv med et så ulikt utgangspunkt, så ulike allikevel. Selv om de har motsatt utgangspunkt, så har art. 33, med sitt unntak for militære i bokstav a-c, bevart prinsippet om at man skal ta hensyn til militær effektivitet der det er naturlig. Dette er i grunnen ganske oppsiktsvekkende, med tanke på at militær straffelov ble vedtatt i 1902, lenge før andre verdenskrig og de etterfølgende Nürnberg-prosessene. Roma-vedtektene, derimot, ble ferdiggjort i 1998, lenge etter at man hadde satt i gang en internasjonal prosess for å få dømt underordnede, selv når de handler etter ordre fra foresatte.

⁸⁷ Jf. oppgavens punkt 2.3.3

3 Sammenligning av Roma-vedtektene og norsk rett

En sammenligning av tre straffrihetsgrunner i Roma-vedtektene og i Norsk rett har satt lys på de utfordringene man møter i et rettssystem der man har en komplementær, internasjonal straffedomstol og et nasjonalt rettssystem som ikke har som hovedfunksjon å straffeforfølge de grusomste forbrytelser.

Når departementet i forarbeidene hevder at norsk rett, i all hovedsak, enten vil være i samsvar, eller strengere enn Roma-vedtektene, så har de rett i det. Og selv om ordlyden i lovreglene kan se ut som at den vil føre til forskjeller, vil antakeligvis domstolsspraksis vise at de vil praktiseres relativt likt.

Men allikevel finnes det mindre forskjeller som kan gjøre store utslag i form av straffrihet eller mildere straff for en internasjonal forbryter.

De norske reglene er strenge der det er behov for at de er strenge, som for eksempel i nødrettsbestemmelsen. Her stiller vi strenge rimelige krav til sterk sannsynlighetsovervekt der gjerningsmannen går ut over det vanlige, tillatte handlingsrom.

De norske reglene gjør også nyttige distinksjoner mellom militære tjenestemenn og ikke-statlige aktører. Disse distinksjonene er nyttige på grunnlag av den spesielle situasjonen, og den spesielle organisasjonen en militær tjenestemann befinner seg i. Dette er distinksjoner man med hell kunne hatt også i vedtektene.

Men de norske reglene er også mildere enn i vedtektene på et område der de ikke burde vært mildere. Når det kommer til unntaksbestemmelsen i art. 33 (2) kan mangelen på tilsvarende bestemmelse i norsk rett føre til straffrihet for de mest alvorlige forbrytelser.

Og når departementet sier i forarbeidene at det ikke er nødvendig å gjøre endringer i norsk straffelov fordi den enten er strengere eller i samsvar med reglene i Roma-vedtektene kan man spørre seg om de kanskje egentlig burde sett to ganger på de norske reglene, og lært av den internasjonale prosessen som står bak Roma-vedtektene. Å se sitt eget rettssystem i et komparativt lys hadde kanskje vært lærerikt. For det er ikke nødvendigvis det strengeste rettssystemet som er det mest rettfærdige. Når de norske reglene er så strenge som de er i forhold til selvforskyldt rus kan dette svekke borgernes rettsikkerhet, og vi politiske hensyn gå foran grunnleggende menneskerettigheter.

4. Litteraturliste

4.1 Juridisk litteratur

| | |
|---------------------------|--|
| Ambos, Kai | I: The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary, volum 1, redigert av Cassese, Gaeta og Jones, Oxford, 2002, s. 1003-1048 |
| Andenæs, Johs. | Alminnelig strafferett, 5 utg. Oslo, 2004 |
| Andorsen, Kjell V. | Strafferettslig nødrett, Oslo, 1999 |
| Bratholm, Anders | I: Straffeloven Kommentirutgave Første del. Alminnelige bestemmelser, redigert av Bratholm, 2. utg, Oslo, 2003, s. 368-372 |
| Bratholm, Anders | I: Straffeloven Kommentirutgave Første del. Alminnelige bestemmelser, redigert av Bratholm, 2. utg, Oslo, 2003, s. 374-379 |
| Cassese, Antonio | International Criminal Law, 3. utg, Oxford, 2008 |
| Dinstein, Yoram | The defence of "Obeyance to superior orders" in International Law, Oxford, 2012 |
| Eser, Albin | I: Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, redigert av Triffterer, München, 2008, side 863-893 |
| Eskeland, Ståle | Strafferett, 2. utg. Oslo, 2006 |
| Fleischer, C.J | Militær straffelov av 22 mai 1902 med tilhørende bestemmelser av den almindelige borgerlige straffelov, utgitt med kommentar av C.J. Fleischer, Oslo, 1956 |
| Hagerup, F. Paulsen, P.I. | Militær straffelov av 22 mai 1902 med tilhørende bestemmelser af den almindelige straffelov utgivet med oplysende anmærkninger og henvisninger af F. Hagerup og P.I. Paulsen, 1904 |
| Kirkeby, Willy A. | Engelsk ordbok, Oslo, 2003 |
| Mæland, Henry J | I: Straffeloven Kommentirutgave Første del. Alminnelige bestemmelser, redigert av Bratholm, 2. utg, Oslo, 2003, s. 503-525 |

4.2 Norske lover

| | |
|------|--|
| 1902 | Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22 mai 1902 nr. 10 |
| 1902 | Militær straffelov av 22 mai 1902 nr 13 |
| 2005 | Lov om straff (straffeloven) av 20. mai 2005 nr. 28 |

4.3 Traktater

| | |
|---|--|
| Genèvekonvensjonen nr. 1 | Genèvekonvensjonen nr. 1 om forbedring av såredes og sykes kår i de væpnede styrker i felten, Genève 12. august 1949 |
| Genevekonvensjonen nr. 2 | Genevekonvensjonen nr. 2 om forbedring av såredes, sykes og skipbrudnes kår i de væpnede styrker til sjøs, Genève 12. august 1949 |
| Genevekonvensjonen nr. 3 | Genèvekonvensjonen nr 3 om behandling av krigsfanger, Genève 12. august 1949 |
| Genevekonvensjonen nr. 4 | Genèvekonvensjonen nr. 4 om beskyttelse av sivile i krigstid. Genève 12. august 1948 |
| Jugoslavia-domstolens statutter | Statuttene for krigsforbryterdomstolen for Det tidligere Jugoslavia (Jugoslavia-domstolen), opprettet etter resolusjon av FNs sikkerhetsråd 25. mai 1993 |
| Libanon-domstolens statutter | Statuttene til spesialtribunalet for Libanon, opprettet etter resolusjon av FNs sikkerhetsråd 30. mai 2007 |
| Nürnberg-charteret | Charter of the International Military Tribunal, London 8. august 1945 |
| Roma-vedtektene | Roma-vedtektene om den Internasjonale straffedomstol (ICCs statutter), Roma 17. juli 1998 |
| Rwanda-domstolens statutter | Statuttene for krigsforbryterdomstolen for Rwanda (Rwanda-domstolen) opprettet etter resolusjon av FNs sikkerhetsråd 8. november 1994 |
| Statuttene til Tokyo-tribunalet | International Military Tribunal for the Far East Charter, Tokyo, 19. januar 1946 |
| Tilleggsprotokoll nr. 1 til Genèvekonvensjonene | Tilleggsprotokoll til Genève-konvensjonene hva angår beskyttelse av ofre for internasjonalt væpnede konflikter, Genève 8. juni 1977 |
| Tilleggsprotokoll nr. 2 | Tilleggsprotokoll til Genève-konvensjonene hva angår beskyttelse av |

| | |
|--------------------------|--|
| til Genève-konvensjonene | ofre for ikke-internasjonalt væpnede konflikter, Genève 8. juni 1977 |
| Torturskonvensjonen | Konvensjonen mot tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff, New York, 10 desember 1984 |
| Wien-konvensjonen | Wien-konvensjonen om traktatretten, Wien 23.mai 1969 |

4.4 Forarbeider

| | |
|-----------------------------|---|
| NOU 1983:57 | Straffelovgivningen under omforming, Straffelovkommisjonens delutredning I Fra Lovdata |
| NOU 1990:5 | Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner Fra Lovdata |
| NOU 1992: 23 | Ny straffelov – alminnelige bestemmelser, Straffelovkommisjonens delutredning V Fra Lovdata |
| NOU: 1974:17 | Strafferettslig tilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner Fra Lovdata |
| Ot. Prp. Nr. 87 (1993-1994) | Om lov om endringer i straffeloven m.v (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner) Fra Lovdata |
| Ot.prp. nr. 42 (1995-1996) | Om lov om endringer i straffeloven (forholdet til folkeretten – gjennomføring av havrettskonvensjonens krav til straffelovgivningen) Fra Lovdata |
| Ot.prp.nr.8 (2007-2008) | Om lov om endringer i straffeloven 20.mai 2005 nr 28 mv. Fra Lovdata |
| St. prp. nr. 24 (1999-2000) | Om samtykke til ratifikasjon av vedtektene av 17. juli 1998 for Den internasjonale straffedomstol ("Roma-vedtektene") Fra lovdata |

4.5 Rettspraksis

| |
|------------------|
| Rt 1947 side 742 |
| Rt 1948 side 957 |
| Rt 1976 side 864 |
| Rt 1978 side 77 |

| |
|--|
| Rt 1996 side 269 |
| Rt. 1950 side 377 |
| Rt. 1967 side 688 |
| Rt. 1983 side 1268 |
| Rt. 1992 side 682 |
| Prosecutor vs Miroslav Kvočka and others, case No. IT-98 30/1-T http://www.icty.org/x/cases/kvocka/tjug/en/kvo-tj011002e.pdf |
| Prosecutor vs Drazen Erdemovic, case No. IT-26-22 http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/cis/en/cis_erdemovic_en.pdf |

4.6 Andre kilder

| |
|---|
| FNs sikkerhetsråd, Resolusjon 827, Om opprettelse av krigsforbryterdomstolen for det tidligere Jugoslavia (1993) 25. mai 1993 http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_827_1993_en.pdf |
| FNs sikkerhetsråd, Resolusjon 955, Om opprettelse av krigsforbryterdomstolen for det Rwanda (1994), 8. november 1994 http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/140/97/PDF/N9514097.pdf?OpenElement |
| Dokumenter fra utarbeidelsen av Roma- vedtektene fra The preparatory committee, 12. desember 1997 A/AC.249/1997/L.9/Rev.1 http://www.iccnw.org/documents/DecisionsTaken18Dec97Eng.pdf |
| Dokumenter fra utarbeidelsen av Roma-vedtektene, den diplomatiske konferansen i Roma, 3 juli 1998, A/CONF.183/C.1/SR.23 http://legal.un.org/diplomaticconferences/icc-1998/docs/english/vol2/a_conf_183_c1_sr23.pdf |
| Arne Willy Dahl, Norsk Lovkommentar til mil.strl fra Rettsdata., Note 24(hovedrevidert 25.11.2011) Note 24, |