



SIGRID REDSE JOHANSEN

Norsk deltakelse i internasjonale militære operasjoner

Soldatens ansvar for en rettsstridig ordre

OSLO FILES

ON DEFENCE AND SECURITY— 08/2008

INSTITUTT FOR FORSVARSSTUDIER (IFS)

Skippergata. 17c, 0152 Oslo. Norge

Institutt for forsvarsstudier er en faglig uavhengig institusjon som forvaltningsmessig er underlagt Forsvarets skolesenter (FSS). Det konsultative råd for forsvarsstudier bistår med faglige synspunkter på utvikling og arbeidsoppgaver. Rådet består av representanter for Forsvaret og Universitetet i Oslo. Instituttet driver forskning innenfor fire områder: Norsk sikkerhetspolitikk, sivil-militære relasjoner, internasjonal sikkerhetspolitikk og transatlantiske studier.

Direktør: Professor Rolf Tamnes

Oslo Files on Defence and Security tar sikte på å være et uformelt og fleksibelt forum for studier innenfor instituttets arbeidsområder. De synspunktene som kommer til uttrykk i *Oslo Files*, står for forfatterens regning. Hel eller delvis gjengivelse av innholdet kan bare skje med forfatterens samtykke.

Redaktør: Anna Therese Klingstedt

NORWEGIAN INSTITUTE FOR DEFENCE STUDIES (IFS)

Skippergata 17c, N-0152 Oslo. Norway

Institutt for forsvarsstudier – Norwegian Institute for Defence Studies – is an independent institute administratively attached to The Norwegian Defence Education Command. The Consultative Council for Defence Studies assists the Institute in developing and conducting research programmes. The Council is composed of representatives from the Defence Establishment and the University of Oslo. The Institute conducts independent research on Norwegian security policy, civil-military relations, international security policy and on transatlantic studies.

Director: Professor Rolf Tamnes

Oslo Files on Defence and Security aims to provide an informal and flexible forum for studies within the fields of activity of the Norwegian Institute for Defence Studies. The viewpoints expressed are those of the authors. The author's permission is required for any reproduction, wholly or in part, of the contents.

Editor: Anna Therese Klingstedt



08

SIGRID REDSE JOHANSEN

Norsk deltakelse i internasjonale militære operasjoner

Soldatens ansvar for en rettsstridig ordre

OSLO FILES

ON SECURITY AND DEFENCE — 08/2008

SIGRID REDSE JOHANSEN

Sigrud Redse Johansen er tilsatt som hovedlærer i folkerett ved Forsvarets stabsskoles avdeling for militærmakt. Hun arbeider med et doktorgradsprosjekt innen krigens folkerett ved Juridisk fakultet, Universitetet i Oslo. Redse Johansen har tidligere blant annet publisert “Ordre om å begå en internasjonal forbrytelse” (2005) i *Tidsskrift for strafferett*.

ENGLISH SUMMARY

This study addresses the classic question of the tension between military discipline and individual responsibility; and whether and to what extent following superior orders may constitute a circumstance excluding criminal liability. Unlawful acts performed pursuant to superior orders can be regarded as a question of *necessity* – “I was forced to act” – or as a question of *mistake of law* – “I did not know it was wrong”.

Unlike in international criminal law, in Norwegian law necessity can *justify* an otherwise criminal act but not all actions are justifiable: for example, sacrificing innocent lives to save another life will never be a lawful act of necessity. This may in the author’s view lead to the unreasonably strict enforcement of the law and a soldier could thus be found guilty of manslaughter for failing to be a hero in an impossible situation. Though mitigation of sentence is granted, the label of guilt remains.

There is no criminal responsibility without subjective guilt, but to plead ignorance of the law – “mistake of law” – has in Norwegian general criminal law very rarely led to the exclusion of criminal liability. In the Norwegian military criminal code, however, the subordinate is relieved of criminal responsibility for acts performed in compliance with an order unless the subordinate knew or should have known that the order was unlawful. It is the author’s view that soldiers and officers who comply with superior orders are thus treated more leniently than people in general. Furthermore, this may imply the – much contested – possibility of being acquitted for certain war crimes when these are not manifestly unlawful. One example is when a soldier mistakenly considers certain civilian conduct to be *direct participation in hostilities*, which would temporarily make the civilian a lawful target. This *mistake* would result in a direct attack on protected persons – a war crime.



INSTITUTT FOR FORSVARSTUDIUM Norwegian Institute for Defence Studies

ISSN 0803-1061 © Norwegian Institute for Defence Studies

info@ifs.mil.no – www.ifs.mil.no

INNHold

ORDRE OG STRAFFANSVAR – SOLDATENS PROBLEM?	5
Innledning	5
Ordre som frifinnelsesgrunn i et historisk perspektiv	8
Den militære lydighetsplikt	12
Nasjonal og internasjonal strafferett	14
Norsk personell i internasjonale operasjoner	20
Jurisdiksjonsspørsmål	21
SPØRSMÅLET OM SKYLD – FELLES VILKÅR FOR STRAFFRIHET	25
En ellers straffbar handling	25
Ordre som straffrihetsgrunn?	26
ORDREN – OBJEKTIVE STRAFFRIHETS BETINGELSER	29
Hva er en ordre	29
Fremmed kommando	31
Myndighet, “superior”, foresatt eller overordnet?	35
Rettslig forpliktelse – tjenesteanliggende	36
Systemimplisitt ordre – skjult instruks	37
Lydighetsplikt som tvang?	44
RETTSVILLFARELSE (RETTSUVITENHET) – SUBJEKTIVE STRAFFRIHETS BETINGELSER	53
Generelt – skillet mellom rettslig og faktisk villfarelse	53
ÅPENBAR RETTSSTRID – GRENSEN FOR STRAFFANSVAR	65
Grensen for åpenbar rettsstrid i norsk og internasjonal rett	65
Lovprinsippet og kravet om klarhet	68
Grunnleggende humanitærrettslige prinsipper og kravet om klarhet	71
KRIGSFORBRYTELSE – NÅR ER DE ÅPENBART RETTSSTRIDIGE?	75
Krigsforbrytelser – internasjonal rett	75
Nærmere om krigsforbrytelser – norsk rett	77
Brudd på distinksjons- og proporsjonalitetsprinsippet	79
Angrep mot gjenstander som brukes til “dobbelts formål”	85
Krigsforbrytelser, forbrytelser mot menneskeheten og folkemord	87
KONKLUSJON	89
LITTERATUR	91

ORDRE OG STRAFFANSVAR – SOLDATENS PROBLEM?

Innledning

Problemstillingen som ligger til grunn for artikkelen er kanskje like gammel som ideen om lydighetsplikt. I første Mosebok, kapittel 22 sier Gud til Abraham: *Ta Isak, din eneste sønn, som du er så glad i, og dra til Moria-landet! Der skal du ofre ham som brennoffer på et av fjellene som jeg vil vise deg!*

Abraham gjør som Gud sier og binder sin sønn fast og løfter kniven for å ofre sin eneste sønn. Da sier Herrens engel til Abraham: *Legg ikke hånd på gutten og gjør ham ikke noe! For nå vet jeg at du frykter Gud, siden du ikke engang sparte din eneste sønn for meg.*

Abraham har så stor tillit til Gud at han er villig til å utføre kanskje den verste forbrytelse et menneske kan tenke seg; han vil ta livet av sitt eget barn. Han er villig til å gjøre det fordi han stoler på at Gud har en plan. Abraham stoler på Guds begrunnelse. Men Gud lar ikke Abraham ofre sin sønn, Gud satte Abraham på en prøve.

For en soldat som tjenestegjør i en militær operasjon ligger det i profesjonen å bli satt på prøve. Soldaten skal kunne ta liv på kommando, men, aldri uten begrunnelse. Vilkårlike drap er forbudt både i krig og fred.¹ Kan soldaten stole like fullt på sine ordre som Abraham stolte på sine?

Vi kunne kanskje ønske oss en soldat med Abrahams tro og mot forent med Guds dømmekraft.² Det finnes antagelig ikke i menneskelig skikkelse.

Overskriften til dette innledningskapittelet er formulert som et spørsmål. Finnes det et “soldatdilemma” forbundet med å følge ordre i en militær operasjon? Dersom den beordrede handling er en forbrytelse, risikerer soldaten sanksjoner. Hvilken betydning har det for spørsmålet om sanksjoner at forbrytelsen

-
- 1 **Drap er straffbart både i sin forsettlig og uaktsomme form etter Almindelig borgerlig straffelov, lov av 22. mai 1902 nr. 10 (heretter strl.).** Frarøvelse av liv som offentlig myndighetsutøvelse er også forbudt utenom der hvor det er absolutt nødvendig, i henhold til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (heretter EMK), 4. november 1950 artikkel 2. Forbud mot vilkårlig frarøvelse av liv er også slått fast i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, 16. desember 1966 (heretter SP). Drap er tillatt som lovlig krigshandling, men begrenset av de regler som følger av krigens folkerett. Nettopp de drap som er forbudte både i krig og fred er interessante for artikkelen her.
 - 2 **Jeg tillater meg å ikke gå nærmere inn på de motforestillinger en kan oppstille i forhold til å kalle Abraham modig.**

var beordret? Fører ordren til at vi anser soldaten som mindre ansvarlig, både moralsk og strafferettslig, for den utførte handling?³

Svaret vil avhenge av mange faktorer. Hvor alvorlig var den beordrede forbrytelse? Skjønte soldaten at han/hun var med på å gjøre noe straffbart? Hadde soldaten en reell mulighet til å handle annerledes? Hvis soldaten faktisk skjønnte at ordren innebar å begå en forbrytelse, hvilke følger ville det få for soldaten å nekte å utføre ordre? Det er særlig krav til soldatens lydighetsplikt og den militære disiplin på den ene siden og kravet til at individer skal stå personlig ansvarlig for sine handlinger på den andre siden, som er med på å skape et spenningsforhold. Skal den som er avgiver av ordren, den overordnede, alene stå som ansvarlig for utførelsen av den beordrede handling eller skal den underordnede, som faktisk utfører handlingen, ansvarliggjøres på lik linje? Hvis den underordnede skal holdes ansvarlig, skal hans/hennes subjektive skyld betraktes som mindre fordi vedkommende var underlagt en militær lydighetsplikt? Skal den underordnede anses som mindre delaktig i den forbryterske handling nettopp fordi den var utført som ledd i en militær operasjon, der ordrenekt i seg selv kan utgjøre en straffbar handling?

Fordi soldaten er underlagt en militær hierarkisk kommandokjede og risikerer sanksjoner både for ordrer som *ikke* er fulgt og for ordrer som *er* fulgt, finnes et potensielt problem og problemet blir følelig for soldaten. Hvor problemet mer spesifikt ligger, og hvordan det skal løses er temaet for denne artikkelen.

Spørsmålene kan løses på ulike måter rettslig. Spørsmålet om en soldat var klar over at den beordrede handling var ulovlig, er i vårt system betraktet som et spørsmål om rettsvillfarelse (rettsuvitenskap).⁴ Herunder om rettsvillfarelsen kan føre til frifinnelse.

Spørsmålet om soldaten hadde en reell mulighet til å handle annerledes er grovt sett et spørsmål om han/hun befant seg i en tvangssituasjon. Den tvangsmessige situasjon kan være at soldaten frykter represalier dersom ordren ikke gjennomføres, og at han/hun derfor blir dratt mellom sin plikt til å adlyde ordre på den ene siden og sin moralske samvittighet på den andre siden. Spørsmålet i denne sammenheng er om vi er villige til å unnskyldte soldaten eller se mildere på hans/hennes handlinger på grunn av tvangssituasjonen.

3 Jeg bruker “soldaten” og “soldat” som fellesbetegnelse for militært personell gjennomgående i hele artikkelen.

4 Både i vårt nasjonale straffesystem og i den internasjonale rett, som jeg kommer tilbake til nedenfor og i kapittel 4. Dette er også en vanlig oppfatning i en rekke andre nasjonale rettssystemer.

Dernest finnes det i praksis naturligvis sammensmeltninger av disse to måter å se situasjonen på.⁵ Nettopp fordi de alternative måter å se på forholdet mellom ordre og forbrytelse veves sammen, blir det desto mer viktig å ha et regelsett som er basert på en bevisst vurdering. Naturlig nok har det i den internasjonale debatt vært en tendens til å la vurderingen av soldatens ansvar være farget av hvor graverende forbrytelsen er. For å sette det på spissen: vi ser det som temmelig innlysende at en soldat som i henhold til ordre tar livet av et uskyldig barn slik Abraham fikk ordre om å gjøre, ikke kan gå fri for ansvar ved å vise til ordren. Verken fordi han/hun hevdet at ordren medførte en tvangssituasjon, eller fordi ordren ga soldaten grunn til å være i god tro. Vi krever i en slik situasjon at soldaten følger en annen plikt. En plikt til å følge en menneskelig samvittighet og alminnelig fornuft for å si det enkelt. Det vanskelige spørsmål er *hvor vi skal trekke grensen*. Hver situasjon hvor en soldat settes på prøve når en ordre mottas, er unik. Hvordan skal vi best skape et regelverk som tar vare på både den militære lydighetsplikt og den ansvarlige, samvittighetsfulle og selvstendige soldat?

STRUKTUR

Denne studien er grovt sett delt inn i fire deler. Introduksjonsdelen består av kapittel én, hvor jeg skisserer problemstilling og bakgrunn. Del to og tre følger strafferettens sonndring mellom objektive og subjektive vilkår for straff. Del to omfatter kapittel to og tre og omhandler de objektive vilkår for straff; den forbryterske gjerning. Del tre utgjør kapittel fire og omhandler de subjektive vilkår for straff, spørsmålet om subjektiv skyld. Del fire omfatter eksempeltilfelle knyttet til terskelen for grovhet, nemlig kravet om åpenbar rettsstrid. Denne delens kapitler fem og seks inneholder problemstillinger som går noe på tvers av strafferettens sonndring mellom objektive og subjektive vilkår for straff.

Hva som er de *objektive* vilkår for straff, eller den forbryterske gjerning, er litt spesielt i denne sammenheng. For å i det hele tatt snakke om ordre som mulig frifinnelsesgrunn er det en forutsetning at det er utført en objektivt sett straffbar gjerning, for eksempel et drap; altså objektivt sett å forvolde noens død. I denne artikkelen er det da *det beordrete drap* som utgjør den straffbare gjerning. Om ordren skal virke straffbefriende forutsetter for det første avklaring av ordretillfellene; hva er en ordre, hvem kan gi den og så videre. Disse spørsmålene behandler jeg som de *objektive straffrihetsbetingelser* i kapittel tre.

5 Et eksempel er Høyesteretts dom av 24. februar 1948, publisert i Riksadvokatens meddelelsesblad (Ram)-45-12. Avgjørelsen er også omtalt i min artikkel: "Ordre om å begå en internasjonal forbrytelse", *Tidsskrift for strafferett*, nr. 3 (2005).

De *subjektive* vilkår for straff inneholder krav om at en gjerningsperson skal kunne *bebreides* den straffbare handling. For å bruke eksemplet med drap ovenfor; å forvolde noens død må som utgangspunkt være en villet handling. Når det gjelder ordre, er det rettslige spørsmål knyttet til om ordren innebærer at gjerningspersonen ikke lenger er å bebreide. Dette er rettsuvidenhets spørsmålene behandlet i kapittel fire.

Spørsmålet om frifinnelse er tett knyttet til handlingens grovhet. Vi ser mildere på en mindre graverende handling enn en svært grov. Denne sammenhengen er når det gjelder ordre, gitt rettslige konsekvenser. Handlinger som er åpenbart rettsstridige vil en gjerningsperson alltid kunne bebreides strafferettslig for å ha utført. Men hvor går denne grensen? Dette er tema i kapitlene fem og seks. Der forsøker jeg å illustrere med noen eksempler på krigsforbrytelser; hvor vanskelig det kan være å trekke en grense som i utgangspunktet virker bastant.

Jeg vil belyse studiens ulike deler med utgangspunkt i norsk rett og norske soldaters deltagelse i internasjonale militære operasjoner, men først skal jeg bruke resten av dette kapittelet til kort å redegjøre for et historisk perspektiv når det gjelder regulering av ordre og straffansvar, for forholdet mellom nasjonal og internasjonal strafferett og for særlige problemstillinger knyttet til norsk personells deltagelse i internasjonale operasjoner.

Ordre som frifinnelsesgrunn i et historisk perspektiv

ET EKSEMPEL FRA MIDDELALDEREN

Innledningsvis viste jeg til at Abraham ble satt på prøve av Gud i første Mosebok. Guds vilje har også blitt benyttet som argument for at en ordre *ikke* skulle vært fulgt. Den første straffesaken i et internasjonalt perspektiv som er kjent er saken mot Charles av Burgundys guvernør i Breisach, Peter von Hagenbach i 1474.⁶ Peter von Hagebach ble stilt for retten blant annet for å ha begått krigsforbrytelser. Han hadde beordret utenlandske leiesoldtater i sin kommando til å drepe mennene i husene hvor de var innlosjert, slik at kvinnene og barna ble overlatt til soldatenes nåde. Von Hagenbach ble beskyldt for å ha “trampled under the foot the laws of God and man”.⁷ Hagenbach selv viste til at han ikke anerkjente en annen dommer enn hertugen av Burgundy, og at han hadde en absolutt plikt til å adlyde ordre som soldat. Dette fikk han ikke medhold i, og Peter von Hagenbach ble dømt til døden for å ha krenket “Guds rett”. Det som

6 Her bruker jeg internasjonalt i et vidt perspektiv, ikke begrenset til en mellomstatlig betydning. Dommerne (28 stykker) var satt sammen fra ulike områder av Breisach.

7 Sitert i L.C. Green, *Superior orders in national and international law* (Leyden : Sijthoff, 1976), med videre henvisninger.

er verdt å merke seg ved begrunnelsen slik den er gjengitt her, er forutsetningen om at det finnes universelle standarder for menneskelig atferd som veier tyngre enn en lovbestemt nasjonal lydighetsplikt.⁸

HITLERS ORDRE SOM TYSK LOV – UBETINGET STRAFFANSVAR

Forholdet mellom grunnleggende, menneskelige krav på den ene side og nasjonale ordre på den annen side var et gjennomgangstema i forbindelse med rettsoppgjøret etter andre verdenskrig. Fra 1933 var Hitlers ordre det samme som lov. Det medførte at de som etter andre verdenskrig var tiltalt for krigsforbrytelser, forbrytelser mot menneskeheten og folkemord ikke bare viste til ordre fra sine overordnede, men til tysk lov. Dette var blant annet tilfelle for Siegfried Wolfgang Fehmer som var Gestaposjef i Norge under andre verdenskrig. Fehmer ble dømt til døden for å ha begått hensynsløs tortur av en rekke mennesker.⁹ Høyesteretts mindretall uttrykte forholdet slik: “Hele denne tankegang, at det er berettiget å krenke menneskelighetens elementære lover av hensyn til statens interesser, er forkastelig, og det er mot de forbryterske utslag av denne oppfatning, at rettsforfølgelsen mot krigsforbrytere hovedsakelig er rettet.”¹⁰

Nettopp fordi ordrene som ble gitt under Hitlers kommando var sidestilt med lov, ble ordren også gjennomgående påberopt til tiltaltes forsvar. Ved opprettelsen av den internasjonale militærdomstolen ved Nürnberg ble det i vedtektenes for domstolen inntatt en egen bestemmelse som slo fast at ordre aldri kunne føre til straffrihet, men at straffen kunne settes ned.¹¹ Denne bestemmelsen er i teorien sett som et uttrykk for prinsippet om “absolute liability”, eller ubetinget ansvar på norsk.¹² Den er også videreført og omtalt som et av de såkalte Nürnberg-prinsippene.¹³

EKSEMPLER PÅ BETINGET STRAFFANSVAR I NASJONAL STRAFFELOV

Staters nasjonale straffelovgivning har i varierende grad åpnet for at ordre kan medføre straffrihet. Dette er blant annet tilfelle i den norske militære straffelov

- 8 For en gjennomgang av den rettslige reguleringen av ordre fra overordnet både nasjonalt og internasjonalt, se *ibid.*
- 9 Dommen er inntatt i Ram-45-12, se ovenfor note 5.
- 10 Se note 9, dommens side 16. Det refererte avsnitt er etter min mening generell og illustrerende selv om den er avsagt av det dissenterende mindretall. Dissensen gjaldt spørsmålet om dødsstraff eller fengselsstraff, altså straffutmålingen.
- 11 Se artikkel 8 i Charter of The International Military Tribunal (IMT), 8. august 1945.
- 12 Min oversettelse. Det er ingen anerkjent og utbredt norsk oversettelse av begrepet.
- 13 Nürnbergprinsippene ble nedfelt av The International Law Commission (ILC), som er opprettet i henhold til Charter of the United Nations, June 26 1945 (FN pakten) artikkel 13(1) ved GA resolusjon 174 (II), 21. november 1947. Se “Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal”, ILCs second session 1950, Yearbook of the International Law Commission, 1950, vol. II.

fra 1902.¹⁴ Der loven åpner for at ordren kan medføre straffrihet på nærmere betingelser, er det sett som et uttrykk for teorien om “conditional liability”, eller betinget ansvar på norsk.¹⁵ Noen uttrykker også dette som en “manifest illegality rule”, eller regel om åpenbar rettsstrid.¹⁶ Kjernen i dette prinsippet om “manifest illegality” er at den underordnede soldat kan frifinnes for en straffbar handling som er begått i henhold til ordre, med mindre det var åpenbart at ordren var rettsstridig. Det er en rekke nyanser til dette prinsippet, som fremstillingen her ikke tillater at jeg går inn på. Jeg kommer nærmere tilbake til innholdet i hva som er åpenbart rettsstridig nedenfor i kapittel seks. I tillegg til de to retningene “conditional liability” og “absolute liability” finnes en tredje, teorien om “respondeat superior” som slår fast at den underordnede aldri er ansvarlig for forbrytelser begått i henhold til ordre. Det er kun den overordnede som er ansvarlig. Denne teorien i sin rene form er i praksis i dag forlatt.

NÜRNBERG-PRINSIPPENE VIDEREFØRT VED FNS AD HOC-DOMSTOLER

FNs sikkerhetsråd har i henhold til kapittel VII i FN-pakten opprettet to domstoler for det tidligere Jugoslavia i 1992 (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia – ICTY) og for Rwanda i 1994 (International Criminal Tribunal for Rwanda – ICTR).¹⁷ Domstolene er opprettet for å dømme personer ansvarlige for brudd på krigens folkerett i tilknytning til en konkret konflikt. Vedtektene for disse domstolene har identiske regler når det gjelder forbrytelser begått i henhold til ordre. For begge domstolene er prinsippet om “absolute liability” slått fast, nemlig at ordre aldri kan medføre straffrihet, men at straffen kan settes ned.

DEN INTERNASJONALE STRAFFEDOMSTOL FRA 1998 – BETINGET STRAFFANSVAR

Den internasjonale straffedomstolen i Haag (The International Criminal Court, ICC) ble opprettet i 1998 og dens vedtekter (Roma-vedtektene) trådte i kraft fra

-
- 14 Militære straffelov, lov av 22. mai 1902 nr. 13 (heretter milstrl.).
 - 15 Jeg kommer tilbake til diskusjonen knyttet til innholdet i denne teorien og militær straffelov nedenfor i kapittel fire og fem.
 - 16 Se for eksempel Mark Osiel, *Obeying Orders, Atrocity, Military Discipline and the law of war* (New Brunswick, N.J., London: Transaction Publishers, 1999). For en grundig gjennomgang av teorien om “manifest illegality” se Yoram Dinstein, *The Defence of “Obedience to Superior Orders” in International Law* (Leyden: Sijthoff, 1965).
 - 17 Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia, UN S/RES/827 (1993) og Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, UN S/RES/955 (1994).

1. juli 2002.¹⁸ Opprettelsen av denne domstolen er et resultat av årelangt arbeid både politisk og rettslig. Det er den første og eneste permanente, internasjonale lovgivning på strafferettsområdet med myndighet til å dømme borgere i alle stater som har akseptert domstolens jurisdiksjon. Roma-vedtektene er også den første *traktat* som regulerer ordre som frifinnelsesgrunn eksplisitt. I artikkel 33 i vedtektene er det åpnet for at ordre kan medføre frifinnelse på nærmere bestemte vilkår. I den internasjonale juridiske debatt er bestemmelsen blitt gjenstand for diskusjon i forhold til de to teorier om “absolute liability” og “conditional liability” som er nevnt ovenfor. Jeg kommer nærmere tilbake til diskusjonen omkring artikkel 33 og de to teorier senere i studien.

ET EKSEMPEL FRA ABU GHRAIB

Også i løpet av de siste par år har spørsmålet om ordre og straffansvar fått internasjonalt fokus. Etter avsløringene av overgrepene som ble begått av amerikanske soldater overfor de innsatte i Abu Ghraib-fengslet i Irak, ble spørsmålet om ordre reist. Menig Lynndie England ble tiltalt og domfelt for flere av overgrepene. Slik saken ble kjent i media kom det frem at hun under sakens forberedelse viste til at hun handlet i henhold til ordre:

At the court-martial, England likely will raise a “superior orders” defense. Generally speaking, all soldiers must follow the orders of their superiors. The superior orders defense is the corollary to this rule; it is an affirmative defense to any charge where a soldier was ordered to do something, and then prosecuted for that act [...] Cpt Jonathan Crisp, Englands military defense attorney, suggested in court that her actions were part of a larger Army plan to “set the conditions for interrogations”.¹⁹

Senere, under rettssaken i september 2005, hevdet hun ikke lenger eksplisitt at hun handlet i henhold til ordre, men at hun led av depresjon og hadde en ekstra adlydende personlighet som gjorde henne til en velvillig (heedless) deltager. England ble dømt til tre års fengsel den 26. september 2005.²⁰

18 Statute of the International Criminal Court, July 17, 1998. **Statuttene ble** fremforhandlet på diplomatkonferanse i Roma i 1998, derfor har de også blitt benevnt “Roma-vedtektene”.

19 Phillip Carter, “The ‘I followed orders’ defense”, *CNN.com*, 13. august 2004 (CNN [online 31. okt. 2008]).

20 USA Today, “Lynndie England convicted in Abu Ghraib trial”, 27. september 2005 [online 31. okt. 2008].

Den militære lydighetsplikt

Militære undergitte har en straffesanksjonert plikt til å adlyde en befaling fra foresatt i tjenesteanliggende. Den militære lydighetsplikt er slått fast i militær straffelov § 46 og lyder slik:

§ 46. Den, som unnlader at vise skyldig Lydighed mot en foresats Befaling i Tjenesteanliggende eller retsstridig handler mod eller overskrider Befalingen eller mod bedre Vidende giver en foresat et usandt Svar paa Spørsmaal i Tjenesteanliggende, straffes med Arrest eller med Fængsel indtil 3 Maaneder.

Vedbliiver den undergivne trods gjentagen Befaling sin Ulydighed, eller giver han ved Ord eller Adfærd sin foresatte udtrykkelig tilkjende, at han ikke vil udføre hans Befaling, straffes han med Fængsel indtil 1 Aar. Sker dette i Nærvær af samlet Trop eller Skibsmandskab eller nogen betydelig Del deraf, kan Straffetiden forlænges til 2 Aar.

Forøves den strafbare Handling under saadanne Omstændigheder, at Tab af Menneskeliv eller betydelig Skade maatte befrygtes at ville voldes derved, straffes den skyldige med Fængsel indtil 3 Aar. Voldes derved saadant Tab eller saadan Skade, kan Straffetiden forlænges til 8 Aar.

Paa samme Maade som oven bestemt straffes den, som forleder eller tilskynder en anden til saadan Ulydighed.

Den militære straffelov gjelder kun militære underordningsforhold. Nærmere bestemt forholdet mellom foresatte, som er berettiget til å gi en befaling, og den undergitte, jf. lovens § 6. Lydighetsplikten etter militær straffelov omfatter ikke rene over- og underordningsforhold, som er subordinasjonsforhold knyttet til høyere eller lavere grad. Adgangen til frifinnelse etter milstr. § 24 gjelder foresatt/undergitt. Artikkel 33 i Roma-vedtektene derimot, gjelder både militære og sivile subordinasjonsforhold og har derfor et videre anvendelsesområde enn den norske bestemmelsen.²¹

Uttrykket “skyldig lydighet” i milstr. § 46 må leses sammen med § 24. En undergitt plikter ikke å utvise lydighet (er ikke skyldig lydighet) overfor en ordre som var klart retsstridig.

Lydighetsplikten gjelder videre kun den foresattes befaling i tjenesteanliggende. Det må derfor klarlegges hva som utgjør en befaling og hva som er innenfor tjenesteanliggende. I en norsk høyesterettsdom er både uttrykket “skyldig lydighet” og “befaling” drøftet i noen grad.²² I den aktuelle sak var det ikke grunn

21 Jeg kommer tilbake til denne forskjellen nedenfor i kapittel 4.

22 Norsk Retstidende (Rt)1974 s. 1329.

god nok til å nekte å delta på skyteøvelse at området som ble brukt til militært formål var omdiskutert. Soldatene hevdet at Forsvarets grunnlag for å benytte området var tvilsomt. Høyesterett slo fast at de likevel plikttet å utvise “skyldig lydighet”. Avgjørelsen er interessant dersom en ser for seg at diskusjonen om Forsvarets rettsgrunnlag for sin virksomhet var knyttet til et annet saksforhold. Sett at de undergitte hevdet at de våpen som ble benyttet under øvelse (eller en militær skarp operasjon) var ulovlige våpen. Hvor langt strekker plikten til å vise “skyldig lydighet” seg i et slikt tilfelle? Eksemplet kan være praktisk i tilknytning til klaseammunisjon. Klasevåpen har fram til nå ikke vært ulovlig i seg selv, men bruken av det kan være i strid med distinksjonsprinsippet. Med distinksjonsprinsippet sikter jeg forbudet mot å iverksette angrep (både offensive og defensive) hvor det ikke er mulig å skille mellom militære og sivile objekter.²³ Også der hvor rettsgrunnlaget for Forsvarets virksomhet kan være omdiskutert mer grunnleggende, kan spørsmålet om “skyldig lydighet” være relevant. Jeg sikter da til spørsmål om det var folkerettslig adgang til bruk av militærmakt i et gitt tilfelle.²⁴

Det er ikke formkrav til en “befaling” i rettslig forstand. Høyesterett har noe uklart uttalt at det må foreligge en “virkelig ordre” for at milstr. § 46 skal komme til anvendelse. I skyteøvelseeksempelet var det å beramme en “uteuke” hvori skyteøvelser var en del, samt å beordre avmarsj til øvelsesområdet, ikke tilstrekkelig til å oppfylle kravene til en straffesanksjonert ordre. Det måtte være omstendighetene under og umiddelbart før skyteøvelsene som var avgjørende for om de undergitte var beordret til å delta.

Lydighetsplikten gjelder kun tjenesteanliggende.²⁵ Definisjonen av tjenesteanliggende er ikke absolutt, men det må gå et klart skille til private gjøremål, herunder privat transport og lignende. Beordring til alminnelig vedlikeholdsarbeid innen den militære virksomhet omfattes.²⁶ Både befaling og tjenesteanliggende må forstås likt i milstr. §§ 46 og 24. Når det gjelder tjenesteanliggende, vil det si at ordren må omhandle forhold knyttet til den militære virksomhet, selv om det i § 24 er snakk om en rettsstridig ordre, og det i § 46 forutsetningsvis er tale om en lovlig ordre. I forhold til befaling kan det tenkes vanskelige avgrens-

23 Distinksjonsprinsippet er viet særlig oppmerksomhet i kapittel seks.

24 Problemstillingen er relevant i forbindelse med en sak som har versert for amerikanske domstoler. En soldat nektet å tjenestegjøre i Irak under henvisning til at USAs rettslige grunnlag for invasjonen ikke var holdbart. Se for eksempel ”The Iraq war on trial”, *Guardian*, 4.januar 2007 og Jeremy Brecher og Brendan Smith, “Lieutenant Watada’s War Against the War”, *Nation*, 26. juni 2006 [31. okt. 2008].

25 Enkelte grupper av militært personell har saklig begrensning i sitt ansvarsområde. Dette gjelder først og fremst geistlige og sanitetspersonell, se for eksempel *Forskrift om ansiennitet og kommandomyndighet for befall i Forsvaret*, av 18. oktober 1957 § 9.

26 Se Rt.1960 s. 1497.

ningsspørsmål knyttet til mer oppdragsbaserte ordre og spørsmål om frifinnelse etter milstr. § 24.

Nasjonal og internasjonal strafferett

Norske styrker i utlandet er berørt av både nasjonal lovgivning og internasjonal rett når de er aktører i en internasjonal operasjon. Innenfor den internasjonale retten, folkeretten, inneholder den internasjonale *strafferett* sanksjonsregler for brudd på den internasjonale *humanitærrett*, krigens folkerett. Brudd på den internasjonale humanitærrett – altså de regelsett som grovt sagt regulerer bruk av våpen og metoder, valg av mål og beskyttelse av personer og objekter i væpnet konflikt – kan være internasjonale forbrytelser.²⁷ Den internasjonale strafferetten er derfor en del av håndhevelsesapparatet ved brudd på den internasjonale humanitærretten. Vi kan si det slik at humanitærretten oppstiller rettigheter og plikter, og strafferetten har regler for brudd på noens rett eller plikt. Internasjonal humanitærrett og internasjonal strafferett er altså samtidig virkende, parallelle systemer innenfor en større samlebetegnelse folkerett. I det følgende skal jeg kort skissere forskjellene mellom nasjonal og internasjonal strafferett.

NASJONAL STRAFFERETT

Hva er en straffbar handling? En forbrytelse kan i vid forstand defineres som en handling eller en unnlattelse som er belagt med straff.²⁸ For at en person skal kunne idømmes straff, må visse betingelser være oppfylt. Det må for det første være begått en lovstridig handling. Dette betyr i norsk rett at selve gjerningen må være beskrevet i en formell lov eller med hjemmel i formell lov. Den norske Grunnloven slår fast at ingen kan straffedømmes uten etter lov.²⁹ Dette er omtalt som *legalitetsprinsippet*.³⁰

For det andre må gjerningspersonen ha utvist subjektiv skyld. Handlingen må som hovedregel være begått forsettlig, altså med vitende og vilje.³¹ Der det er slått fast i loven kan også handlinger begått uaktsomt straffes. Spørsmålet

27 Jeg bruker “internasjonal humanitærrett” og “krigens folkerett” som synonymer.

28 Definisjonen er hentet fra Johs. Andenæs et al., *Alminnelig strafferett* (Oslo: Universitetsforlaget, 2004), s. 6.

29 Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814 (Grl), § 96.

30 De fleste stater har et legalitetsprinsipp av en eller annen form, selv om ikke alle lands straffelover er likt utformet med hensyn til hva lovprinsippet betyr – om det for eksempel er tilstrekkelig med en regel som er praksis basert (case law) – og om det må foreligge en positiv handling eller om også unnlattelser omfattes.

31 For Norges vedkommende er dette regulert i straffeloven av 1902, § 40 og i ny lov om straff av 2005 i § 22.

om uaktsomhet er relevant i forhold til ordre og berøres særlig i kapittel fire og seks.

I tillegg er det vanlig å ta med som vilkår at det ikke må foreligge en straffrihetsgrunn, for eksempel nødverge og nødrett, og at gjerningspersonen må være tilregnelig, altså ikke sinnssyk. Vilkårene for straff og de fleste forbrytelser fremgår av straffeloven av 1902.³² Ny lov om straff er vedtatt som lov av 20. mai 2005 nr. 28. Den 7. mars 2008 trådte kapittel 16 til ny lov om straff i kraft. Kapittel 16 regulerer forbrytelsene folkemord, krigsforbrytelser og forbrytelser mot menneskeheten. Disse forbrytelsene har ikke tidligere hatt egne straffebud i norsk rett. Men ny lov om straff er ennå ikke trådt i kraft i sin helhet, kun kapittel 16 og lovens øvrige bestemmelser *når det gjelder anvendelsen av kapittel 16*. Enn så lenge er det derfor nødvendig å referere til både gjeldende straffelov av 1902 og ny lov om straff av 2005 for å redegjøre for rettstilstanden på området utover de forbrytelseskategorier som er behandlet i kapittel 16.

Hvor gjelder strafferetten? Den nasjonale strafferett setter straff for alle typer av forbrytelser begått på statens eget territorium. For nærmere bestemte forbrytelser gjelder straffeloven også i utlandet når forbrytelsen er begått av en norsk borger eller en i Norge hjemmehørende person. Derneft gjelder norsk straffelov for forbrytelser begått i utlandet av utlending for enkelte typer av forbrytelser.³³ Det følger av suverenitetsprinsippet³⁴ at stater har eksklusiv myndighet til å gi og å håndheve lover på sitt eget territorium.³⁵ Lovene gjelder for de individer som oppholder seg på statens territorium.

Hvordan er ordre og straffansvar regulert? Militært personell er underlagt lydighetsplikt som er straffesanksjonert i den militære straffelov fra 1902.³⁶ Denne plikten gjelder både i Norge og i utlandet.³⁷ Ordre (foresattes befaling) fritar som utgangspunkt den underordnede (undergitt) for straff.³⁸ I militær straffelov er dette slått fast slik:

32 Se note 1.

33 Strl. § 12 og ny lov om straff § 5 og § 6.

34 For generelle fremstillinger av statenes suverene jurisdiksjonskompetanse, se for eksempel Antonio Cassese, *International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2005), s. 48 flg.; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003), s. 105 flg.; og Malcolm N. Shaw, *International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), s. 452 flg.

35 Ofte omtalt som lovgivnings- og tvangsjurisdiksjon.

36 Se sammenhengen mellom §§ 9 og 46 i Militær straffelov, lov av 22. mai 1902 nr. 13 (heretter milstr).

37 Milstr. § 11.

38 Det er kun de underordningsforhold som faller innunder den militære straffelovs definisjon av "undergitt" som har beskyttelse i henhold til milstrl. § 24.

§ 24. Foresattes befaling i Tjenesteanliggende fritager den undergivne for Straf, uden forsaavidt som han overskrider Befalingen, eller han har indseet eller klarlig maatte have indseet, at han ved Befalingens Udførelse medvirker til en retsstridig Handling. I ethvert Fald kan Retten nedsætte Straffen under det for Handlingen bestemte Lavmaal og til en mildere Strafart.

Kort sagt betyr bestemmelsen at den underordnede som befinner seg i en rimelig god tro er beskyttet mot straff ved å vise til den mottatte ordre. Den er en regel om betinget straffansvar, eller “conditional liability”. Regelen i milstrl. § 24 er en regel om straffbefriende rettsvillfarelse. En person frifinnes fordi vedkommende ikke visste at han/hun gjorde noe galt. I forhold til ordre er spørsmålet hvor langt man kan beskytte seg bak å presumere at ordren som mottas er lovlig. En del av temaet for denne studien er hvilken grad av bebreidelse som kreves før ordren ikke lenger kan påberopes som grunnlag for frifinnelse. Jeg skal først nøye meg med å slå fast utgangspunktene.

Det er verdt å merke seg at det i norsk rett siden 1946 og frem til kapittel 16 i straffeloven av 2005 trådte i kraft i år (2008) har vært særlige regler for utenlandske krigsforbrytere. Lov om straff for utlendske krigsbrottsmenn (krigsforbryterloven) ble vedtatt i 1946 og har vært debattert, fordi den ble anvendt på tilfeller som fant sted forut for dens vedtagelse.³⁹ Det er i strid med både Grunnlovens forbud i § 97 og den Europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 7 nr. 2, å gi lover tilbakevirkende kraft. Tilbakevirkingsforbudet var særlig diskutert i forbindelse med rettsoppgjøret etter andre verdenskrig, hvor det var gitt provisorisk anordning av 4. mai 1945 som ga hjemmel for dødsstraff for forbrytelser begått som ledd i okkupasjonen av Norge.⁴⁰ Jeg skal ikke gå nærmere inn på denne debatten her, men nøye meg med å vise til krigsforbryterloven som nå er opphevet:

§ 5. Naudtilstand og påbod frå føresette er ikkje straff-fritaksgrunn for brotsverk som er nemnt i § 1. Men retten kan taka omsyn til nemnde tilhøve og gå under minstestrafra som lova set for gjerninga, og nytta straff av mildare slag. Ligg det føre serleg skuldminkande omstende, kan straffa falle bort.

Jeg har valgt å fremheve bestemmelsen fordi den har representert et annet utgangspunkt enn hva som er lagt til grunn i milstrl. § 24; og fordi disse to ulike

39 Lov om straff for utlendske krigsbrottsmenn av 13. desember 1946 nr. 14. Om debatten, se bl.a. Johs. Andenæs, *Det vanskelige oppgjøret. Rettsoppgjøret etter okkupasjonen*, (Oslo: Tanum-Norli, 1979).

40 Det mest kjente eksemplet er saken mot Karl-Hans Herman Klinge, inntatt i Rt.1946 s. 198.

utgangspunkt ligger tett opp til hverandre i praksis. I henhold til krigsforbryterloven ville ordre aldri føre til frifinnelse, selv om den som mottok ordren trodde at handlingen var rettmessig. Men det er ytterligere en forskjell mellom de to bestemmelsene: mens den militære straffelov beskytter den villfarne, den som handler i god tro; regulerte krigsforbryterloven tilfeller der den underordnede var i en *nødstilstand*. Nødstilstand er noe annet enn rettsvillfarelse. Krigsforbryterlovens § 5 kan ses som en spesialregulering av *nødrett* som ellers er regulert i den alminnelige straffelov § 47 og i ny lov om straff § 17. Begrunnelsen for at bestemmelsen nå er opphevet er at nødrett (i sin alminnelighet) bør gjelde for krigsforbrytelser i fremtiden og at dette harmonerer best med den internasjonale strafferetten hvor nødrett omfattes av den generelle bestemmelsen Roma-vedtektene artikkel 31.⁴¹ Dette er fornuftig. Utover det faktum at nødrett bør kunne påberopes på alminnelig måte, er det uheldig å opprettholde to ulike rettslige reguleringer av ordre nasjonalt. Det kan gi uheldige signaler og uklarheter i praksis å opprettholde én type regulering for utlendinger og en annen type regulering for ikke-utlendinger. Rettspraksis i forbindelse med rettsoppgjøret etter okkupasjonen viser at Høyesteretts begrunnelser for *ikke* å frifinne en soldat som følger ordre var langt fra klare, selv om argumentasjonen var ettertrykkelig. Jeg kommer tilbake til nødrettsregulering og ordre i norsk rett i kapittel fire. I det følgende her skal jeg kort introdusere den internasjonale strafferett.

INTERNASJONAL STRAFFERETT

Hva er en internasjonal forbrytelse? Også i den internasjonale strafferetten må vilkårene for individuelt straffansvar være oppfylt. Det betyr at det må foreligge en straffbar handling og subjektiv skyld. I den internasjonale retten finnes det ingen lovgivningsmyndighet som kan gi formelle lover. De straffbare handlinger må derfor være beskrevet andre steder. Kravet til hjemmel i lov må være ivaretatt ved et alternativt grunnlag. I praksis vil dette i dag kort sagt si i traktater mellom stater eller i den internasjonale sedvanerett. Straff for brudd på sedvaneretten er strafferettslig problematisk fordi den straffbare gjerning ikke står beskrevet i lov. Dette skaper utfordringer knyttet til forutsigbarhet og rettssikkerhet. Det er nettopp dette som ligger i legalitetsprinsippet nedfelt i Grunnlovens § 96.⁴² Dette har vært gjenstand for atskillig debatt i forbindelse med, og i kjølvannet av, rettsoppgjøret etter andre verdenskrig. Jeg kommer nærmere tilbake til denne problemstillingen senere i studien når det gjelder omtale av ulike forbrytelser,

41 Se NOU 2002:4, *Ny straffelov*, som legger dette til grunn i avsnitt 11.4.2.10. Forslaget ble fulgt opp i straffeloven av 2005.

42 Se nærmere om legalitetsprinsippet nedenfor særlig i kapittel 5.

særlig i kapittel fem og seks. En generell redegjørelse for problemstillingen ligger imidlertid utenfor rammene for denne studien. De straffbare handlinger i den internasjonale retten er nye av dato i forhold til internasjonal rett for øvrig. Den internasjonale strafferett er også i liten grad utviklet i forhold til nasjonal strafferett, selv om rettsområdet i løpet av de siste ti år har ekspandert kraftig. I dag har vi bestemte grupper av internasjonale forbrytelser: krigsforbrytelser, folkemord og forbrytelser mot menneskeheten. Derneft omfattet også terrorisme, tortur og aggresjon. Krigsforbrytelser blir særlig behandlet nedenfor i kapittel seks. Hva som er en krigsforbrytelse har utviklet seg gjennom historien. Tradisjonelt har krigsforbrytelser vært referert til som “brudd på krigens regler”,⁴³ eller “brudd på krigens lover og sedvaner”.⁴⁴ Krigens regler omfatter da også sedvanerrett, altså uskrevne regler. Krigsforbrytelser er alvorlige brudd på den internasjonale humanitærretten, altså de folkerettslige reglene som gjelder i væpnet konflikt. Det er forbrytelser begått i forbindelse med en væpnet konflikt.⁴⁵

Et særtrekk ved de internasjonale forbrytelser er at de utgjør brudd på regler som skal beskytte viktige, grunnleggende verdier for samfunnet som helhet. Herunder verdier som er kommet til uttrykk gjennom beskyttelsen av de internasjonale menneskerettigheter og den internasjonale humanitærrett. Det er også derfor en internasjonal interesse i å straffeforfølge slike forbrytelser.

Det er først ved opprettelsen av ICC at det er utformet generelle, traktatsfestede regler for subjektiv skyld i den internasjonale strafferetten.

Hvem kan straffedømmes hvor? I den internasjonale strafferett gjøres individene direkte ansvarlige overfor det internasjonale samfunnet. Individene har rettigheter og plikter på nærmere bestemte områder i henhold til internasjonale regler.⁴⁶ De er rettssubjekter i folkeretten.

Individens plass i folkeretten utviklet seg særlig etter andre verdenskrig, hvor det var viktig å få stilt de sentrale personer i Tysklands nazi-regime til ansvar overfor forbrytelser begått mot det internasjonale samfunnet. Dette ble uttrykt slik av Robert Jackson som var sjefsanklager ved Nürnberg-domstolen:

The principle of individual responsibility for piracy and brigandage which have long been recognized as crimes punishable under international law, is old and

43 Cassese, *International Law*, s. 437 med videre henvisninger.

44 Arne Willy Dahl, *Håndbok i militær folkerett* (Oslo: Cappelen akademisk forl., (2008), s. 467.

45 Se JD, Ot.prp. nr. 8 (2007–2008), s. 87 og 285.

46 Det er fremdeles slik i folkeretten at det er statene som er de primære aktører. Det er statene som tradisjonelt har vært forpliktet og berettiget i henhold til folkeretten; det har vært et rettssystem mellom stater. I løpet av de siste 60 år har individer og internasjonale organisasjoner imidlertid fått økt plass også i folkeretten.

well established. That is what illegal warfare is. This principle of personal liability is a necessary as well as logical one if international law is to render real help to the maintenance of peace.

[...] Of course, the idea that a state, any more than a corporation commits crimes, is a fiction. Crimes always are committed only by persons.⁴⁷

Individer kan gjøres straffansvarlige overfor nasjonale domstoler eller internasjonale domstoler. Den internasjonale dimensjon – *den internasjonale strafferett* – oppstår i tilknytning til forbrytelsenenes karakter.

Å straffeforfølge personer som har begått grove forbrytelser er først og fremst et statlig ansvar. Dette gjelder også de internasjonale forbrytelser. Internasjonale domstoler har en sekundær funksjon. Når det gjelder den internasjonale straffedomstol, ICC, uttrykkes dette som et *komplementaritetsprinsipp*. Domstolen skal kun reise sak i de tilfeller der nasjonalstaten ikke har oppfylt sine forpliktelser til å iverksette straffeforfølgning. Det vil i praksis si der en stat mangler vilje eller evne til å straffeforfølge forbrytelser innenfor eget jurisdiksjonsområde.⁴⁸ I det følgende skal jeg se litt nærmere på hvordan ordre er regulert i den internasjonale strafferett, særlig i Roma-vedtektene.

Hvordan er ordre og straffansvar regulert i dag? Ordre som frifinnelsesgrunn er i dag regulert slik i artikkel 33 i Roma-vedtektene:

Article 33 Superior orders and prescription of law

1. The fact that a crime within the jurisdiction of the Court has been committed by a person pursuant to an order of a Government or of a superior, whether military or civilian, shall not relieve that person of criminal responsibility unless:
 - a. The person was under a legal obligation to obey orders of the Government or the superior in question;
 - b. The person did not know that the order was unlawful; and
 - c. The order was not manifestly unlawful.
2. For the purposes of this article, orders to commit genocide or crimes against humanity are manifestly unlawful.

Bestemmelsen er en spesialregulering av rettsvillfarelse. I enkelte tilfeller kan den underordnede som følger ordre i den tro at handlingen er rettmessig, frifinnes. Som hovedregel er imidlertid rettsvillfarelse ikke en omstendighet som fører til

47 Robert H. Jackson, "Opening Statement before the International Military Tribunal", Nürnberg, Tyskland, 21 november 1945, [online 11. des. 2008].

48 Mangelnde evne og vilje er kommet til uttrykk som et vilkår for at saken ikke skal avvises fra straffedomstolen. Se Roma-vedtektenes artikkel 17.

frifinnelse. Dette følger av Roma-vedtektene artikkel 32. For å kunne frifinnes på grunn av ordren, må den underordnede være under en rettslig forpliktelse til å adlyde ordre fra den aktuelle overordnede. Dernest må ordren ikke være *åpenbart rettsstridig*. Bestemmelsen selv slår fast at forbrytelser mot menneskeheden og folkemord alltid er åpenbart rettsstridige. Det betyr at frifinnelse kun er aktuelt for enkelte krigsforbrytelser – som ikke er åpenbart rettsstridige. Vi kan derfor si at artikkel 33 er et uttrykk for prinsippet om betinget ansvar (conditional liability). Bestemmelsen er også kritisert på dette grunnlag, fordi de tidligere internasjonale domstoler har lagt til grunn et absolutt ansvar (absolute liability). Det er hevdet at *den internasjonale sedvanerett* gir uttrykk for prinsippet om absolutt ansvar og at artikkel 33 derfor er i strid med sedvaneretten. Eller for å si det på en annen måte: artikkel 33 er kritisert fordi den *ikke* forutsetter at alle krigsforbrytelser er åpenbart rettsstridige.⁴⁹

Norsk personell i internasjonale operasjoner

Norske soldater deltar i dag i en rekke oppdrag i utlandet. Per 7. mars 2008 var det ca. 580 personer som tjenestegjorde i ulike operasjoner rundt i verden, henholdsvis i Midtøsten, Afrika, Balkan, og Asia.

Norske soldater er bundet av norsk straffe- og disiplinærrett i utlandet. Dette følger av Forskrift om tjenestegjøring i internasjonale operasjoner av 10. desember 2004 nr. 1643 § 23 som lyder slik:

§23. Norsk jurisdiksjon

Under tjenestegjøring i utlandet er alt norsk personell underlagt norsk straffe- og disiplinærjurisdiksjon, med mindre annet følger av folkeretten eller avtale med fremmed stat eller internasjonal organisasjon.

Unntaket i bestemmelsen knyttet til *folkeretten* kan for eksempel være nettopp der ICC kommer til anvendelse fordi Norge ikke viser evne eller vilje til å straffeforfølge krigsforbrytelser – selv om dette i dag fremstår som lite sannsynlig. *Avtaler med fremmed stat eller internasjonal organisasjon* er gjerne såkalte statusavtaler (Status of Forces Agreement, forkortet til SOFA).

49 Se nærmere kapittel seks.

Statusavtaler er avtaler mellom et land (mottakerstaten) og en fremmed nasjon (senderstaten) der sistnevnte har militære styrker stasjonert i landet.⁵⁰ Avtalene kan også være mellom hver enkelt nasjon og FN eller Nato. Avtaler mellom mottakerstat og senderstat vil kun være tilfelle der hvor mottakerstaten har samtykket til den internasjonale tilstedeværelsen. Statusavtaler regulerer som navnet indikerer, først og fremst de militære styrkenes rettslige status på fremmed territorium, herunder både personell og eiendom. Formålet er å regulere ansvarsforhold knyttet til straffe- og siviljurisdiksjon mellom mottakerstaten og senderstaten. Blant annet har senderstaten i henhold til Natos SOFA artikkel 3 a, den primære rett til å utøve jurisdiksjon overfor handlinger eller unnlatelser begått av en av statens borgere i forbindelse med utførelse av tjeneste eller lovbrudd overfor senderstatens egen sikkerhet eller annet personell. Dette betyr i korthet at forbrytelser begått av norske styrker knyttet til tjenestehandlinger – som vil være tilfellet med ordre – som hovedregel vil være underlagt norsk jurisdiksjon. I det følgende skal jeg derfor drøfte ordre og forbrytelser fra norsk og internasjonalt perspektiv. Jeg ser ikke hen til fremmede staters nasjonale reguleringer. Før jeg kommer inn på artikkelens hoveddel, nemlig spørsmålet om skyld, skal jeg kort knytte noen ytterligere bemerkninger til utøvelse av myndighet, nemlig jurisdiksjonsspørsmålene.

Jurisdiksjonsspørsmål

Jurisdiksjon er et spørsmål om myndighet. Det er vanlig å dele en stats jurisdiksjonskompetanse inn i lovgivnings-, domstols- og håndhevelsesjurisdiksjon. I de foregående avsnitt har jeg skissert ulike regler knyttet til ordre og straffansvar. Hvilke regler som kommer til anvendelse hvor og når er spørsmål om jurisdiksjon. I forhold til ordre og straffansvar for norsk personell i utlandet er reglene bestemt dels av type forbrytelse, dels av type situasjon forbrytelsen er begått i, og dels av hvem som har begått forbrytelsen. Jeg skal kort kommentere disse tre aspekter: situasjon, handling og person.

Situasjonsaspektet knytter seg først og fremst til om den internasjonale styrken er del av en væpnet konflikt eller ikke. Regelverket i krig – herunder krigens regler for forbrytelser begått i henhold til ordre – kommer til anvendelse når situasjonen er å betrakte som en faktisk *væpnet konflikt*. Krigsforbrytelser begås i væpnet konflikt. Forbrytelser begått i en voldelig situasjon som ikke er

50 Jeg bruker NATOs terminologi knyttet til mottakerstat (receiving state) og senderstat (sending state) i henhold til *Agreement Between the Parties to the North Atlantic Treaty Regarding the Status of Their Forces* 19. juni 1951, artikkel 1 (heretter NATO SOFA).

væpnet konflikt i rettslig forstand bedømmes etter fredstidsregler. For norsk retts vedkommende betyr det alminnelig borgerlig straffelov og militær straffelov. Roma-vedtektenes komplementære regler om krigsforbrytelser kommer kun til anvendelse for forbrytelser begått i væpnet konflikt. Det samme gjelder regelen som er referert ovenfor i Roma-vedtektenes artikkel 33. Der norske soldater deltar i en fredsoperasjon som ikke er væpnet konflikt, betyr dette at hovedregelen i norsk militær straffelov § 24 kommer til anvendelse. Ordre fører til frifinnelse med mindre det var klart for den undergitte at ordren var rettsstridig.

Hva slags type forbrytelse som er begått – eller beordret utført – har også en direkte innvirkning på hvilke regler som kommer til anvendelse. Jeg har allerede nevnt krigsforbrytelser. Grove brudd på de fire Genèvekonvensjonene med tilleggsprotokoller er eksempler på krigsforbrytelser.⁵¹ Forbrytelser mot menneskeheten og folkemord er andre internasjonale forbrytelser som enten kan være begått i væpnet konflikt eller ikke. Det som er spesielt med disse to forbrytelseskategorier er at de alltid i henhold til Roma-vedtektenes artikkel 33, er å anse som åpenbart rettsstridige. Det samme må legges til grunn etter norsk militær straffelov § 24. Det betyr at forbrytelser mot menneskeheten og folkemord aldri kan lates straffrie under henvisning til ordre. De eksempler som er mest relevante i tilknytning til frifinnelse er derfor forbrytelser som er begått enten når det rettslig sett er fred (og som verken er folkemord eller forbrytelser mot menneskeheten) eller ulike typer krigsforbrytelser begått i væpnet konflikt. Sistnevnte blir drøftet nedenfor i kapittel seks.

Hvem som har begått forbrytelsen er normalt ikke problematisk når det gjelder norske soldater. Norsk rett kommer til anvendelse overfor norske styrker i utlandet. Dersom norske myndigheter engasjerer utenlandsk personell i utlandet til å utføre militære oppgaver kan det imidlertid tenkes situasjoner der norsk straffejurisdiksjon kommer til anvendelse kun i begrenset grad. Dette vil være tilfelle med enkelte sivile kontraktører. Norsk gjeldende straffelov kommer i henhold til § 12 (4) blant annet til anvendelse på grovere handlinger begått i

51 Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, August 12, 1949 (heretter GK I eller første Genèvekonvensjon), Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of the Armed Forces at Sea, August 12, 1949 (heretter GK II, eller andre Genèvekonvensjon), Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, August 12, 1949 (heretter GK III eller tredje Genèvekonvensjon), Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, August 12, 1949 (heretter GK IV eller fjerde Genèvekonvensjon), Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, June 8, 1977 (heretter TP 1 eller første tilleggsprotokoll) og Protocol to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-international Armed Conflicts, June 8, 1977 (heretter TP 2 eller andre tilleggsprotokoll).

utlandet av utlending; herunder legemskrenkelser eller drap. I ny straffelov er hjemmel for straff av enkelte grove forbrytelser begått i utlandet av utlending som ikke er bosatt i Norge, men som befinner seg i Norge på tidspunkt for *straffeforfølgningen*, videreført i § 5 tredje ledd.

OPPSUMMERING

Militært personell, soldater og offiserer, er underlagt straffesanksjonert lydighetsplikt. De må normalt kunne forutsette at en ordre er lovlig. Historien har imidlertid vist at enkelte alvorlige forbrytelser blir begått i henhold til ordre. Problemet som oppstår er da: hvordan avveie fordeling av ansvar? Det norske, nasjonale utgangspunkt er at ordren frifinner i militære sammenhenger, forutsatt at man ikke er å bebreide i kvalifisert grad. Utenfor de militære forhold er det den alminnelige strafferetts regler om rettsuvitenhet og nødrett som gjelder. Internasjonalt har de strafferettslige regler frem til Roma-vedtektene vært preget av arven fra Nürnbergdommen, nemlig en tendens til at ordre aldri virker frifinnende. Denne forskjellen mellom nasjonal og internasjonal rett er i stor grad situasjonsbestemt. Internasjonal rett befatter seg kun med de mest alvorlige forbrytelser. Nasjonal rett befatter seg med enhver forbrytelse. Med vedtaket av Roma-vedtektene og ny straffelov i Norge, kan vi si at forholdet mellom internasjonal og nasjonal rett er blitt tettere. Mitt spørsmål for den videre fremstilling er derfor: Hvordan vil dette regelbildet komme til anvendelse i ulike situasjoner for en norsk tjenestegjørende i en operasjon i utlandet? Jeg går over til selve strafferetten.

SPØRSMÅLET OM SKYLD – FELLES VILKÅR FOR STRAFFRIHET

I dette korte kapitlet skal jeg gi en oversikt over de felles vilkår for straffrihet. Med *felles vilkår* sikter jeg til de betingelser som uansett må være tilstede for å kunne diskutere frifinnelse på grunnlag av ordre. De er altså til stede uavhengig av om man inntar et standpunkt om at ordre aldri kan føre til frifinnelse (absolutt ansvar) eller om man inntar et standpunkt om at ordre under visse omstendigheter (betinget ansvar) kan føre til frifinnelse; for eksempel at ordren er med på å skape straffbefriende rettsuvitenhet.

En ellers straffbar handling

For at det skal være aktuelt å påberope seg en ordre til sitt forsvar må det være begått en forbrytelse. Dette er selvsagt. Forutsetningen for å snakke om ordre som frifinnelsesgrunn eller som straffrihetsgrunn er at den beordrede handling oppfyller gjerningsbeskrivelsen i et straffebud.⁵² I norsk sammenheng omfattes alle typer av forbrytelser innen rammene av den spesielle bestemmelsen i milstrl. § 24 og de alminnelige bestemmelsene i straffeloven. I Roma-vedtektenes artikkel 33 omfattes kun de typer av forbrytelser som vedtektene selv regulerer, nemlig forbrytelser mot menneskeheten, folkemord og krigsforbrytelser. Dersom det ikke er snakk om en av de nevnte forbrytelser har ikke domstolen kompetanse til å dømme, og forholdet er uttømmende regulert av nasjonal rett.

I praksis betyr det at første steg i en vurdering er hvorvidt de objektive vilkår for straff i utgangspunktet er overtrådt. Dersom den angivelige forbrytelse er ødeleggelse av eiendom i stor målestokk uten at dette er strengt nødvendig av hensyn til krigføringen (Roma-vedtektenes artikkel 8, 2, iv, milstrl. § 108 og ny straffelov § 104, bokstav b), vil det første spørsmålet knyttet til straffbarhet være om den aktuelle handling faller inn under en slik betegnelse. Hva er ødeleggelse i stor målestokk? Hva er strengt nødvendig av hensyn til krigføringen? Dette er det alminnelige strafferettslige utgangspunkt som må slås fast.⁵³ Dersom man finner at handlingen faller inn under gjerningsbeskrivelsen (lovens straffebud), kan spørsmålet om ordre bringes på bane.

52 Se ovenfor om objektive betingelser for straff og legalitetsprinsippet i avsnittet “Nasjonal og internasjonal strafferett”.

53 I dette tilfellet er det nevnt eksempler på hva som etter norsk syn vil omfattes av straffelovens § 104 bokstav b, i JD (Justis- og politidepartementet), Ot.prp. nr. 8 (2007-2008), *Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 mv*, s. 289.

Ordre som straffrihetsgrunn?

En straffrihetsgrunn innebærer at handlingen rammes av lovens beskrivelse uten at den likevel rammes av straff.⁵⁴ En straffrihetsgrunn leder automatisk til at straffansvar ikke inntre, selv om straffebudet er overtrådt. På denne måten skiller straffrihetsgrunnene seg fra straffritaksgrunner, straffopphør og regler om straffnedsettelse.⁵⁵

Straffrihetsgrunner er (i hvert fall i norsk rettstradisjon) knyttet til de objektive betingelser for straff, nemlig selve gjerningen. Samtidig er frifinnelse for å følge ordre i lovgivningen – både den norske militære straffelov og i Roma-vedtektene – knyttet til de subjektive betingelser for straff, nemlig om handlingen er utført med det nødvendige forsett eller uaktsomhet.⁵⁶ Det er hensiktsmessig å holde spørsmål om straffrihetsgrunner og (subjektiv) skyld fra hverandre.⁵⁷ Når det gjelder ordre blir vurderingen imidlertid sammensatt: Ordren er en objektiv omstendighet som kan bidra til at gjerningspersonen ikke utviser tilstrekkelig straffskyld.

Dernest kan en skille mellom straffrihetsgrunner som gjør handlingen rettmessig og grunner som fritar gjerningspersonen for straff, altså rettmessighetsgrunner eller unnskyldningsgrunner (eng. grounds of justification og grounds of excuse). Rettmessighetsgrunner gjør handlingen ikke bare straffri, men også rettmessig. Unnskyldningsgrunner fritar handlingen for straff uten å gjøre den lovlig. Betydningen av forskjellen er primært knyttet til spørsmålet om erstatning. En handling som ikke bare er straffri, men også rettmessig, er ikke erstatningspliktig, mens en handling som er fritatt for straff fremdeles kan være erstatningsbetingende.

Forholdet mellom rettmessighetsgrunner og unnskyldningsgrunner er behandlet noe forskjellig i norsk og internasjonal teori. I norsk teori er rettmessighetsgrunner og unnskyldningsgrunner begge sett som straffrihetsgrunner knyttet til selve handlingen, og ikke til spørsmålene om subjektiv skyld.⁵⁸ Mens grunne- ne i internasjonal teori er behandlet i tilknytning til nettopp de subjektive vilkår for straff. Ordre fra overordnet kan der betraktes som en unnskyldningsgrunn,

54 Andenæs et al., *Alminnelig strafferett*, s. 150.

55 JD (Justis- og politidepartementet), Ot.prp. nr. 90 (2003-2004), *Om lov om straff*, s. 106. Straffritak, straffopphør og straffnedsettelse er opp til rettens skjønn å innvilge dersom vilkårene for det er tilstede.

56 Se ovenfor i avsnittet om nasjonal og internasjonal strafferett hvor subjektive og objektive straffbarhetsvilkår er omtalt. Det objektive vilkår er vist til som vilkåret om at det må være begått en lovstridig handling, og omtalt som legalitetsprinsippet.

57 Andenæs et al., *Alminnelig strafferett*, s. 153.

58 Se for eksempel *ibid*, s. 152–153.

der mangel på subjektive vilkår for straff skyldes eksterne omstendigheter.⁵⁹ Handlingen blir med andre ord ikke lovlig (rettmessig), men gjerningspersonen unnskyldes.

Fra norsk lovgiverhold er ordre fra overordnet dels drøftet i tilknytning til offentlig myndighetsutøvelse som en straffrihetsgrunn og dels sett som et spørsmål om subjektiv skyld.⁶⁰ Fordi ordre kun i militær sammenheng er gitt en eksplisitt regulering som rettsuvidenhet, vil det i andre tilfeller – som ikke gjelder militære subordinasjonsforhold – være en konkret vurdering om ordren knyttes til spørsmålet om subjektiv skyld eller vurderes som en (objektiv) straffrihetsgrunn.

I det følgende skal jeg drøfte nærmere hva som menes med en ordre; hvilke situasjoner er det tale om når vi vurderer om en ordre kan virke straffbefriende?

-
- 59 Antonio Cassese, *International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2008), s. 268. Eksterne omstendigheter menes til forskjell fra for eksempel mangel på tilregnelighet, som er betinget av gjerningspersonen selv. Se også Eser i Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (Baden-Baden: Nomos, 1999), s. 544, som legger til grunn at ICC lar spørsmålet stå åpent om en grunn er rettmessighetsgrunn eller unnskyldningsgrunn ved å benytte uttrykket “grounds for excluding criminal responsibility”. Samtidig hevder han at forskjellen i praksis er av mindre betydning og ser ut til å legge til grunn for artikkel 33 sitt vedkommende, at det er en unnskyldningsgrunn.
- 60 I Justis- og politidepartementet, *Om lov om straff*, s. 108, er ordre fra overordnet behandlet sammen med en drøftelse av straffrihetsgrunner. I den senere JD, Ot.prp. nr. 8 (2007-2008), s. 74–75, er ordre fra overordnet behandlet i et separat punkt hvor det konkluderes med at en egen regulering ikke er ønskelig. Ordre knyttes primært til spørsmålet om subjektiv skyld, herunder faktisk- og rettslig uvidenhet.

ORDREN – OBJEKTIVE STRAFFRIHETSBETINGELSER

Hva er en ordre

I norsk militærrettslig sammenheng er det uttrykket “befaling” som angir hva som er en ordre. “Befaling” er brukt både i milstrl. § 24 og § 46 som gjelder lydighetsplikt og straffansvar for ordre. Innholdet i “befaling” i de to bestemmelser må forstås likt. Spørsmålet er om en ordre i den internasjonale retten må forstås annerledes. Jeg vil derfor se på hva som ligger i det engelske uttrykket “orders” i Roma-vedtektene artikkel 33 og dernest knytte noen kommentarer til oppdragsbasert ledelse og ordrebegrepet, samt forholdet mellom ordre og kommando og kontroll.

I Roma-vedtektene artikkel 33 er ordre forstått som alle muntlige og skriftlige krav adressert til individer eller en gruppe. Det er i vedtektenes kommentarutgave lagt til grunn en vid forståelse av begrepet slik at all slags kommunikasjon mellom over- og underordnede er tilstrekkelig, herunder konkludent atferd; altså atferd som tydelig tilkjenner en ordre.⁶¹

I norsk militær sammenheng er plikten til å følge en befaling (ordren) *straffesanksjonert*. Også i Roma-vedtektene artikkel 33 forutsetter ordren at det foreligger en rettslig forpliktelse til å adlyde den. Dette følger av sammenhengen mellom artikkel 33 nr. 1 underpunkt a til nr. 1.

Det kan ikke være et generelt krav – for at noe rettslig sett skal betraktes som en ordre – at det også er straffbart ikke å følge ordren, selv om brudd på lydighetsplikten kan *sanksjoneres*.

I Natos terminologi er ordre gitt en vid forståelse, hvor det er definert som: “A communication, written, oral, or by signal, which conveys instructions from a superior to a subordinate”.⁶²

ORDRE- OG OPPDRAGSBASERT LEDELSE

Militær ledelse er i dag i større grad oppdragsbasert enn ordrebasert. Et spørsmål i denne forbindelse er hvor grensen går mellom oppdrag og ordre i strafferettslig sammenheng.

61 Se Triffterer, *Commentary on the Rome Statute ...*, s. 582, og Zimmermann i Antonio Cassese, Paola Gaeta og John R. W. D. Jones (red.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Oxford, Oxford University Press, 2002), s. 969.

62 NATO Standardization Agency (NSA) 2008, AAP-6 (2008).

I Forsvarets Fellesoperative Doktrine (FFOD) er det lagt til grunn at Forsvarets grunnleggende ledelsesfilosofi er oppdragsbasert ledelse som innebærer at sjefer på ulike nivåer angir *hva* som skal oppnås og *hvorfor* det skal oppnås.⁶³ Et oppdrag kan for eksempel være å isolere en gruppe opprørere i et nærmere bestemt geografisk område. Det betyr at *hvordan* oppdraget skal utføres overlates i større eller mindre grad til underordnet sjef.

I Nato-sammenheng er prinsippet om oppdragsbasert ledelse kommet til uttrykk gjennom "Mission Command"⁶⁴ som ligger innenfor rammene av hva som (i norsk sammenheng) er oppdragsbasert ledelse, men som bør kunne sies å være noe snevrere (enn det norske uttrykket).⁶⁵

Kjernen av et oppdrag vil alltid inneholde en ordre. I en strafferettslig sammenheng kan en si at spørsmålet om det foreligger en ordre i strafferettslig forstand egentlig er et spørsmål om *graden av oppdragets spesifisering*. Et mindre spesifisert oppdrag overlater større ansvar for utførelsen til den underordnede. Samtidig som frihet under utførelsen forutsetter god forståelse for sjefens hensikt med oppdraget.⁶⁶ Den ansvarsfordeling eller skylddeling som ligger bak utformingen av ordre som frifinnelsesgrunn forskyves derfor med en oppdragsbasert ledelse – slik at begrunnelsen for å påberope seg ordren til sitt forsvar blir mindre. På en måte kan man si at filosofien bak oppdragsbasert ledelse er med på å motvirke det ordre og straffrihet skal tilby et forsvar *mot*.

En operasjonsplan vil for eksempel normalt inneholde både en beskrivelse av hva som er det overordnede oppdraget (eng: mission) og hvordan det skal utføres (eng: execution), herunder hvilke oppgaver (eng: tasks) som er sentrale og må utføres for å fullføre oppdraget.

ORDRE, KOMMANDO OG KONTROLL

Alminnelig *kommando* (eng: full command) er en nasjonal sjefs myndighet til å utstede ordrer til underordnet personell innenfor alle aspekter ved den militære virksomhet.⁶⁷ Ingen Nato-, FN- eller koalisjonssjef har alminnelig kommando

63 Forsvarsstaben, *Forsvarets Fellesoperative doktrine* (Oslo: Forsvarsstaben, 2007), s. 163.

64 North Atlantic Treaty Organization NATO Standardization Agency (NSA), NATO letter of Promulgation, 21. mars 2007, (heretter AJP-01(C)), "Allied Joint Doctrine" (Ratification draft 2006), dokumentet er gradert og derfor ikke offentlig tilgjengelig.

65 Det ligger utenfor rammene for denne artikkelen å gå nærmere inn på forskjellene mellom tenkningen bak oppdragsbasert ledelse og "mission command". Jeg nøyer meg her med å slå fast at *utførelsen* av oppdragsbasert ledelse og "mission command" i det alt vesentligste vil være sammenfallende.

66 I AJP-01(C), uttrykt som "Joint Force Commanders (JFC) intentions". Her er sjefens intensjoner knyttet til det operasjonelle nivå.

67 Se note 64, AAP-6, og Forsvarsstaben, *Forsvarets Fellesoperative doktrine*, s. 177.

over sine underordnede, ettersom stater kun avgir *operativ kommando* eller *operativ kontroll*. Det vil i praksis si at nasjonalstaten alltid beholder myndighet til å trekke styrker tilbake fra oppdraget. *Operativ kommando* (eng. operational command) er den myndighet som er gitt en sjef for å *tildelere* oppdrag eller oppgaver til underlagte sjef, deployere enheter, omgruppere enheter og til å beholde eller delegere operativ kontroll og/eller taktisk kontroll i den utstrekning det anses nødvendig.⁶⁸ I praksis har det vært en diskusjon om stater avgir *operativ kommando* eller kun *operativ kontroll*. Dette er blant annet fordi fremmed sjef ikke skal kunne dele opp underlagte enheter, noe som følger av myndigheten tillagt operativ kommando. For FN-operasjoner er derfor uttrykket *operativ autoritet* benyttet for å illustrere myndighet til å gi separate oppgaver til de nasjonale kontingentenes underavdelinger (sub units).⁶⁹ Ifølge uttalelser fra FNs generalsekretær er det uttillatelig at nasjonale styrkesjefer instrueres fra nasjonale myndigheter til å fravike FNs policy eller til å nekte å utføre ordre. Samtidig er disiplinær- og straffemyndigheten beholdt nasjonalt.⁷⁰

Kontroll, derimot, er den myndighet en sjef utøver over underlagte avdelinger eller andre avdelinger som normalt ikke er underlagt hans/hennes kommando og som medfører ansvar for å implementere gitte ordrer eller direktiver. *Operativ kontroll* er myndighet delegert til en sjef til å lede tildelte styrker for å gjøre ham/henne i stand til å utføre oppdrag eller oppgaver som normalt er avgrenset i handling, tid eller rom.⁷¹

Hva har så eventuelle uregelmessigheter i kommando- og kontrollkjeden å si for spørsmålet om ordre som frifinnelsesgrunn? Dette skal jeg snart komme inn på.

Fremmed kommando

Med fremmed kommando sikter jeg til situasjoner som beskrevet i foregående avsnitt, der myndighet er overført fra en nasjon til en koalisjonsoperasjon, Nato-kommando eller FN. Som sagt avgir en nasjon aldri full kommando, men operativ kommando eller operativ kontroll (i praksis kun operativ kontroll). Operasjonell nødvendighet krever at større militære styrker organiseres i en hi-

68 Ibid.

69 Se Forente nasjoner (DPKO), *Command and Control of Military Components in United Nations Peacekeeping Operations*, (2001) s. 3–4. FN har ikke tilsvarende klare forhåndsgitte kommandostruktur som NATO har. I praksis vil kommandonivået gitt FNs styrkesjef bestemmes i avtalen mellom nasjonene som bidrar og FN.

70 Se Marten Zwanenburg, *Accountability of Peace Support Operations* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2005), s. 40, med videre henvisninger.

71 Forsvarsstaben, *Forsvarets Fellesoperative doktrine*, s. 178.

erarkisk militær struktur under enhetlig kommando og kontroll.⁷² Slik enhetlig kommando innebærer i en Nato- eller FN-operasjon eller koalisjonsoperasjon at bidragsnasjonene overfører myndighet fra nasjonal kommandokjede til Nato-kommandokjede eller en koalisjonsbasert kommandokjede. Dette kan uttrykkes som et kompromiss mellom behovet for enhetlig kommando og deltakernasjonenes legitime interesser.⁷³

I dette ligger det (blant annet) to forhold. For det første at norske styrker avgitt til en Nato-operasjon eller en koalisjonsoperasjon er (delvis) unntatt fra norsk instruksjonsmyndighet. For det andre – og i forlengelsen av det første – at norske offiserer som tjenestegjør i Nato-stillinger er (delvis) unntatt fra norsk instruksjonsmyndighet og underlagt Natos (eller en annen nasjons) kommandokjede. Tjenestegjørende i Nato-stillinger er i *operasjonelle forhold* unntatt fra instruksjonsmyndighet. Dette betyr igjen at plikten til å følge ordre er utledet av Natos kommandostruktur samtidig som nasjonal straffejurisdiksjon kommer til anvendelse overfor de enkeltpersoner som deltar i operasjonen.⁷⁴ Norge har fortsatt alminnelig straffejurisdiksjon overfor sine borgere som tjenestegjør i utlandet. Det betyr at en norsk soldat som tjenestegjør i en koalisjonsoperasjon og mottar en rettsstridig ordre fra foresatt sjef i Natos kommandokjede kan, og skal, straffes etter norsk strafferett. Norge har imidlertid ikke straffejurisdiksjon overfor den som er avgiver av ordren, og Norge vil ikke ha instruksjonsmyndighet overfor ordregiver. Det vil derfor være forskjellig håndhevelsesapparat overfor ordrens avgiver og ordrens mottaker. Det vil også kunne være nasjonale forskjeller i det strafferettslige regelverk for henholdsvis den som avgir en ordre og for den som mottar en ordre. I tilfeller som vil falle inn under (for norsk retts vedkommende) militær straffelov § 24 og Roma-vedtektene artikkel 33, er avgivelsen av selve ordren en forbrytelse. I tilfeller hvor forbrytelsen ikke er grov (altså tilfeller som faller inn under militær straffelov § 24, men ikke Roma-vedtektene artikkel 33, fordi sistnevnte kun gjelder de groveste forbrytelser) kan det være at ordregiveren etter sitt lands lov ikke har utført en forbrytelse, mens ordremottakeren i henhold til sitt lands lov har begått en straffbar handling. Etter norsk militær straffelov § 24 er det et vilkår at den beordrede handling er rettsstridig. Dersom handlingen ikke er rettsstridig etter ordregiverens lands lov, bør det allikevel være den norske vurderingen av forholdets straffbarhet som legges til grunn for norske borgere. Imidlertid vil annen lands regulering av straffbarhet være et moment ved vurderingen av om den underordnede måtte

72 Se for eksempel AJP-01(C).

73 Se Zwanenburg, *Accountability of Peace Support Operations*, s. 40.

74 Se ovenfor i første kapittel om jurisdiksjonskompetanse i henhold til norsk straffelov og NATOs statusavtale (eller andre lands statusavtaler).

skjønne at han eller hun ved utførelsen av ordren medvirket til en straffbar handling.

For en norsk person tjenestegjørende i Nato-stilling vil det derfor være en tilknytning mellom vedkommende og Norge når det gjelder individuelle og disiplinære forhold. Samtidig vil det *ikke* være en nasjonal tilknytning når det gjelder tjenestehandlinger utført innenfor Natos eller FNs kommandosystem og rammen av de ordre og oppdrag som er gitt. Men dette gjelder ikke helt uten modifikasjoner: Et uavklart spørsmål er om tjenestehandlinger innenfor rammene av Natos kommandosystem vil kunne henføres til en stat som handlinger foretatt på vegne av staten og som staten derfor vil være ansvarlig for dersom de innebærer brudd med internasjonale forpliktelser.⁷⁵ Dette var en del av den underliggende problemstillingen i den såkalte Saramati-saken som ble reist mot Norge, Frankrike og Tyskland.⁷⁶ Saramati var en kosovoalbener som ble arrestert av UNMIK-politi (sivil FN politistyrke i Kosovo) på ordre fra sjefen – COMKFOR – for KFOR-styrken (Natos militære styrke, Kosovoforce), fordi han ble vurdert å utgjøre en sikkerhetsrisiko for KFOR-styrken. Saramati ble holdt i KFORs varetekt fra 13. juli 2001 til 23. januar 2002. Saramati saksøkte blant annet Norge fordi en nordmann hadde stillingen som COMKFOR i deler av perioden Saramati satt i varetekt. Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) avsa avvisningskjennelse i saken den 31. mai 2007 under henvisning til at de aktuelle handlinger kunne henføres til FN og ikke til de saksøkte stater. EMD hadde derfor ikke kompetanse til å bedømme handlingene i forhold til statenes forpliktelser etter EMK.⁷⁷ Avvisningskjennelsen behandler interessante spørsmål om kommando og kontroll som har direkte betydning for konklusjonen.⁷⁸ Retten delte begrunnelsen for avvisning inn i tre underspørsmål: For det første, hvem som hadde mandat til å anholde og internere (detain); for det andre, om den aktuelle handling kunne henføres til FN og KFOR; og for det tredje, om domstolen hadde kompetanse til å vurdere om handlingene utgjorde brudd på EMK.

75 Se International Law Commission, *Report of the fifty-sixth session* (2004), A/59/10 (United Nations [online 25. nov. 2008]), draft article 5 and commentaries.

76 **Europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD): Ruzhdi Saramati mot Frankrike, Tyskland og Norge**, sak nr. 79166/01 (heretter Saramati saken). I den sammenheng problemstillingen er fremstilt her er det egentlig spørsmålet om Norge som stat var ansvarlig. Dette er noe annet enn spørsmålet om jurisdiksjonskompetanse som er en forutsetning for å kunne bli holdt ansvarlig som stat.

77 I dette ligger også at FN ikke er part til den Europeiske menneskerettighetskonvensjon og derfor ikke kan være ansvarlig for brudd.

78 Retten behandlet både et spørsmål om minerydding og anholdelse/internerings. Søksmålet mot Norge gjaldt kun interneringsspørsmål. Jeg begrenser meg derfor til å omtale rettens behandling av dette spørsmålet.

Når det gjaldt det første spørsmålet, anså retten det som klart at KFORs mandat inkluderte rett til å utgi ordre om internering av personer.⁷⁹ I spørsmålet om FN og KFOR var ansvarlig for handlingen (og ikke staten) la retten til grunn at FNs sikkerhetsrådsresolusjon 1244 delegerte myndighet til å etablere en internasjonal sikkerhetsstyrke (KFOR) med operasjonell kommando over styrken. Nato påtok seg oppdraget. FNs sikkerhetsråd beholdt da den overordnede (eng. ultimate) autoritet og kontroll og ga Nato i oppdrag å opprette og kommandere den operasjonelle styrken KFOR. Bidragsnasjonene (eller Troop Contributing Nation (TCN) som er den engelske benevnningen) avga operasjonell kontroll til Nato over sine styrkebidrag, men beholdt alminnelig kommando.⁸⁰ Retten la til grunn:

the court considers it essential to recall at this point that the necessary [...] donation of troops by willing TCNs means that, in practice, those TCNs retain some authority over those troops (for reasons, *inter alia*, of safety, discipline and accountability) and certain obligations in their regard (material provision including uniforms and equipment). Natos command of operational matters was not therefore intended to be exclusive, but the essential question was whether, despite such TCN involvement, it was “effective” [...]

Den høyere grad av kommandomyndighet som nasjonene beholdt over egne styrker, var således ikke til hinder for utøvelsen av en effektiv kommando over styrkene. KFOR utførte da lovlig delegerte oppgaver fra FNs sikkerhetsråd i henhold til FN-pakten kapittel VII, slik at den aktuelle handling (pågripelse og internering av Saramati) kunne henføres (were attributable) til FN, uten å gjøre enkeltnasjoner med styrkebidrag ansvarlig for interneringen.

Retten avsluttet med å vise til at konvensjonen (EMK) ikke kunne forstås slik at handlinger dekket av FNs sikkerhetsrådsresolusjoner skulle undergis retts vurdering og bedømmelse.

EMD bekrefter i sin kjennelse at handlinger utført i Nato tjeneste, innenfor rammene av Natos kommando og kontrollkjede, i operasjonelle forhold er å anse som Natos (og i dette tilfellet som FNs) egne handlinger og ikke nasjonalstatens. Hvilken grad av nasjonal innblanding som kreves for at Natos kommando og kontroll *ikke* skal være effektiv, berøres ikke i kjennelsen.

79 Sikkerhetsrådsresolusjon 1244 som ga FNs medlemsstater og internasjonale organisasjoner (NATO) rett til å iverksette alle nødvendige tiltak (all necessary means) for å utføre sine oppgaver innen mandatet.

80 Se kjennelsens avsnitt 138–139.

I hvilken grad Nato eller FN som organisasjon i sin tur vil kunne være ansvarlige for brudd på internasjonale menneskerettigheter eller internasjonal humanitærrett forutsetter for det første at handlingen kan tilbakeføres til organisasjonen, og dernest at handlingen utgjør et brudd på forpliktelser som påhviler organisasjonen. Disse spørsmålene har vært diskutert i flere sammenhenger.⁸¹

I forlengelsen av spørsmålet om hva en ordre er og hvilken kommando-myndighet som er knyttet til ordren, oppstår spørsmålet om *hvem* som kan gi ordren.

Myndighet, “superior”, foresatt eller overordnet?

Med andre ord – hvem kan gi ordre? På engelsk snakker man om “superior orders”, mens det på norsk omtales som både ordre fra overordnet og foresattes befal, avhengig av om det gjelder en spesifikt militær kontekst. I en vid historisk kontekst har henvisningen til ordre fra overordnet også omfattet myndighetenes lovgivning, som eksemplet med straffesaken mot Gestaposjef Fehmer viser.⁸² Den militære straffelov § 24 regulerer imidlertid kun foresattes befaling som angitt i milstrl. § 6, mens Roma-vedtektene regulerer både sivile og militære subordinasjonsforhold. I en internasjonal operasjon er det primært militære subordinasjonsforhold som naturlig faller inn under militær straffelov, men det blir også brukt sivile kontraktører i stadig større grad.⁸³ Dette betyr at det fra norsk ståsted, i hvert fall som utgangspunkt, vil være forskjellige straffebestemmelser som kommer til anvendelse avhengig av om personellet som tjenestegjør er sivilt eller militært. For militært personell er det milstrl. § 24 som kan påberopes dersom det er snakk om en beordret forbrytelse. Dersom han/hun tilhører sivilt personell, må gjerningspersonen påberope seg straffelovens alminnelige bestemmelse om rettsuvitenhet (se nærmere nedenfor), dersom vedkommende trodde at ordren var lovlig.⁸⁴ Forskjellen her er at hovedregelen i milstrl. § 24 er frifinnelse – forutsatt at gjerningspersonen ikke var kvalifisert uaktsom – mens nåværende straffelovs § 57 – og ny lov om straff § 26 – om rettsvillfarelse kun medfører frifinnelse dersom gjerningspersonen var i aktsom god tro. Det er altså forskjellige

81 Se International Law Commission, *Report of the fifty-sixth session*, draft article 3, hvor det legges til grunn at organisasjoner kan som sådan kan være ansvarlige. Se også for eksempel Zwanenburg, *Accountability of Peace Support Operations*.

82 Se avsnittet om ordre som frifinnelsesgrunn i et historisk perspektiv hvor avgjørelsen i Ram-45-12 er omtalt.

83 Sivile kontraktører er i denne sammenheng ikke leiesoldater som omfattes av første tilleggsprotokoll artikkel 47.

84 Hovedutfordringen ved bruk av sivile kontraktører i utlandet er ofte ikke primært hvilke frifinnelsesgrunner som kan benyttes, men om norsk straffejurisdiksjon i det hele tatt kommer til anvendelse der hvor personellet som engasjeres ikke er norsk.

krav til aktsomhet for henholdsvis militære og sivile subordinasjonsforhold.⁸⁵ Dersom det først er tale om kvalifisert uaktsomhet må denne som utgangspunkt vurderes likt for både militære og sivile forhold.

En slik felles forståelse av sivile og militære subordinasjonsforhold vil så langt jeg kan se være best i overensstemmelse med reguleringen i Roma-vedtektene artikkel 33 som ser ut til å sidestille myndigheter med overordnede.⁸⁶ Det betyr altså at ordre kan påberopes enten den kommer fra sivil lovgiver, er generell i formen (prescription of law) eller er spesifikk for et militært oppdrag. For eksempel vil rettslige forpliktelser utledet av et mandat fra FNs sikkerhetsråd eller fra Natos Nordatlantiske råd (North Atlantic Council, NAC) være ordre gitt av overordnet myndighet innenfor rammene av Roma-vedtektene artikkel 33.

Rettslig forpliktelse – tjenesteanliggende

Det må foreligge et løpende forpliktelsesforhold fra den overordnede til den underordnede for at ordren skal kunne påberopes til den underordnedes forsvar. Ordren vil ikke i det aktuelle tilfellet være rettslig bindende, fordi den innebærer å begå en forbrytelse. Kravet om at det skal foreligge en rettslig forpliktelse er i Roma-vedtektene artikkel 33 uttrykt i bokstav a som et krav om “legal obligation” og i milstrl. § 24 er det uttrykt som et krav om “befaling i Tjenesteanliggende”. Krav om tjenesteanliggende og lydighetsplikt er uløselig knyttet sammen i den forstand at (hva som er) tjenesteanliggende fungerer som en saklig avgrensning av lydighetsplikten. For norsk retts vedkommende gjelder altså lydighetsplikten kun i tjenesteanliggende. Det betyr også at den overordnede ikke kan gi rettslig bindende ordre utenfor sitt eget kompetansegrunnlag. Den internasjonale retten har ikke egen regulering av innholdet i lydighetsplikten, som vil være nasjonalt regulert og håndhevet. Som redegjort for ovenfor vil det selv der kommandoen er overført til internasjonal kommando, utøves disiplinærmyndighet nasjonalt. I Roma-vedtektenes krav om rettslig forpliktelse ligger det derfor både en henvisning til nasjonal rettslig forpliktelse og til for eksempel internasjonale mandater og FNs eller Natos kommandostruktur. Lydighetsplikten vil her være “delt”. Der for eksempel en Nato styrkesjef har operasjonell kontroll over tildelte stryker, vil hans/hennes underordnede avdelinger ha en rettslig forpliktelse til å følge ordre i *operasjonelle forhold*. Som nevnt vil adgangen til å gi

85 Jeg behandler forholdet mellom milstrl. § 24 og straffelovens alminnelige regler om rettsvillfarelse nedenfor i kapittel fire.

86 Se Triffterer, *Commentary on the Rome Statute ...*, s. 583.

rettslig bindende ordre være begrenset av den overordnedes kompetansegrunnlag. Et mulig problemfelt er ordre gitt i henhold til forståelsen av et mandat fra FNs sikkerhetsråd. Vi kan bruke Saramati-saken omtalt ovenfor som eksempel. Vi kan tenke oss at det hadde vært reist anklager direkte overfor de personer som pågrep Saramati, og at det i anklagene ble gjort gjeldende at det ikke forelå hjemmelsgrunnlag for pågrepelse. Utgangspunktet for vurderingen ville da vært knyttet til hjemmelskjeden for pågrepelse. Hadde COMKFOR hjemmel til å beordre pågrepelse? Hvor lenge kunne COMKFOR beordre Saramati fortsatt internert? Hvor presist var mandatet utformet i så henseende? I FNs sikkerhetsrådsresolusjon 1244 er det gitt myndighet til å bruke alle nødvendige tiltak (all necessary means) for å utføre de oppdrag som er gitt i mandatet. Internering er ikke nevnt eksplisitt, men EMD la i ovennevnte kjennelse til grunn at internering var omfattet av mandatet. Det vil derfor være naturlig å se internering som et tjenesteanliggende. Så lenge pågrepelse og internering gjøres av hensyn for eksempel til styrkens sikkerhet vil det også falle innunder hva som er *operasjonelle forhold*.

Derneft kan vi tenke oss at Saramati var beordret holdt innesperret over lengre tid. Hvor lang interneringstid ville mandatet gitt hjemmel til? Hva kunne COMKFOR gitt bindende ordre om? På Guantanamo kan enkelte fanger ha sittet i inntil seks år på et i beste fall uklart hjemmelsgrunnlag. Når skal, og når kan, de underordnede som får ordre om å fortsette å iverksette internering nekte å utføre ordre? Jeg kommer tilbake til denne problemstillingen nedenfor i avsnittet om rettsvillfarelse (rettsuvitethet) og om åpenbar rettsstrid. I det følgende skal jeg først se litt nærmere på ordren, eller det vil si, situasjoner hvor det ikke foreligger en ordre, men allikevel mer eller mindre spesifiserte føringer for en bestemt atferd.

Systemimplisitt ordre – skjult instruks

Tidligere har jeg lagt til grunn at ethvert oppdrag inneholdt en ordre, eller i tråd med Natos definisjon: kommunikasjon som inneholder instruks. Spørsmålet er bare med hvilken grad av spesifisering.

I dette avsnittet skal jeg behandle en gruppe av instruks som jeg innledningsvis vil kalle systemimplisitte. Med dette mener jeg oppdrag (herunder ordre) i en litt videre forstand. Jeg vil se på ordren i en bredere kontekst, nemlig under hvilke (nasjonale) forhold den er gitt. Dette reiser flere spørsmål. For det første *når* det faktisk foreligger en ordre i strafferettslig forstand. For det andre om denne *type* ordre spiller en særlig rolle når den underordnedes rettsvillfarelse skal drøftes, altså hva det skal bety for vurderingen av subjektiv skyld hos gjerningspersonen at det foreligger en systematisk aksept?

Jeg vil bruke praktisering av avhørsmetoder som eksempel. Nærme-
re bestemt avhørsmetoder praktisert blant annet av amerikansk personell på
Guantanamo-basen på Cuba og i Abu Ghraib fengslet i Irak.

Sitatet i utklippet på neste side er avgitt i forbindelse med USAs krig mot
terror etter 11. september 2001.⁸⁷ Brevet fra 2002 er svar på en henvendelse fra
CIA til Det hvite hus. I siste setning i konklusjonen står det at utførelse av tor-
tur kan begrunnes i militær nødvendighet eller selvforsvar, slik at straffansvar
ikke inntreffer. Uttalelsen er oppsiktsvekkende og har vakt oppsikt. Utøvelse av
tortur er et absolutt forbud i krigens folkerett og er knesatt blant annet i felles
artikkel 3 til Genèvekonvensjonene og artikkel 75 til første tilleggsprotokoll til
Genèvekonvensjonene, som gjelder som minimumsbeskyttelse for individer. For-
budet mot tortur er blant annet straffesanksjonert i Roma-vedtektenes artikkel
7 (forbrytelser mot menneskeheten) og artikkel 8 (krigsforbrytelser) og ny lov
om straff § 102 bokstav f (forbrytelser mot menneskeheten) og 103 bokstav b
(krigsforbrytelser). Når forbudet er absolutt, betyr det at ingen omstendigheter
kan tillate grader av tortur. Sistnevnte i motsetning til anvendelse av vold og
tap av menneskeliv for øvrig, som er tillatt i krig, så lenge voldsanvendelsen
er innenfor rammene av krigens folkerett. Det som er verdt å merke seg ved
memoet, er at statlig selvforsvar kobles sammen med retten til individuelt selv-
forsvar. Denne retten til selvforsvar er igjen forutsatt å kunne rettferdiggjøre
handlinger som vil krenke torturbestemmelser. Fra en norsk synsvinkel er den
individuelle selvforsvarsretten slått fast i straffelovens § 48 om nødverge og ny
lov om straff § 18. Nødverge kan foretas til forsvar mot et rettsstridig angrep,
såfremt ikke handlingen overskrider det som er nødvendig. Det skal altså foretas
en avveining av hva som er nødvendig for å *avverge* et angrep. Det er vanskelig,
for ikke å si umulig, å forestille seg at handlinger som innebærer tortur vil kunne
være nødvendig for å avverge et angrep. I en situasjon hvor det begås tortur, er
det rimelig å legge til grunn at torturisten har fysisk kontroll over situasjonen.
I en slik situasjon er det ikke nødvendig å fortsatt utøve vold, og grensen for
nødverge (selforsvar) vil være overskredet. Denne situasjonen vil ikke frem-
stå som annerledes der hvor det er snakk om statlig selvforsvar. Snarere tvert i
mot. Enten er en handling en lovlig krigshandling foretatt på vegne av staten,
eller så er handlingen utøvelse av selvforsvar. Lovlige krigshandlinger omfatter
som nevnt ikke tortur, uansett formål. I denne forbindelse kan det være illustre-
rende å sammenligne det refererte avsnittet med Norges Høyesteretts avgjørelse

87 Skriv fra U.S. Department of Justice, Office of Legal Counsel, Memorandum for
Alberto Gonzales Counsel to the President, August 1st 2002. Brevet er siden blitt
omtalt som "Bybee memo". Det er nå erstattet av et nytt memo fra 2004.

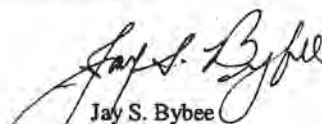
As we have made clear in other opinions involving the war against al Qaeda, the nation's right to self-defense has been triggered by the events of September 11. If a government defendant were to harm an enemy combatant during an interrogation in a manner that might arguably violate Section 2340A, he would be doing so in order to prevent further attacks on the United States by the al Qaeda terrorist network. In that case, we believe that he could argue that his actions were justified by the executive branch's constitutional authority to protect the nation from attack. This national and international version of the right to self-defense could supplement and bolster the government defendant's individual right.

Conclusion

For the foregoing reasons, we conclude that torture as defined in and proscribed by Sections 2340–2340A, covers only extreme acts. Severe pain is generally of the kind difficult for the victim to endure. Where the pain is physical, it must be of an intensity akin to that which accompanies serious physical injury such as death or organ failure. Severe mental pain requires suffering not just at the moment of infliction but it also requires lasting psychological harm, such as seen in mental disorders like posttraumatic stress disorder. Additionally, such severe mental pain can arise only from the predicate acts listed in Section 2340. Because the acts inflicting torture are extreme, there is significant range of acts that though they might constitute cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment fail to rise to the level of torture.

Further, we conclude that under the circumstances of the current war against al Qaeda and its allies, application of Section 2340A to interrogations undertaken pursuant to the President's Commander-in-Chief powers may be unconstitutional. Finally, even if an interrogation method might violate Section 2340A, necessity or self-defense could provide justifications that would eliminate any criminal liability.

Please let us know if we can be of further assistance.



Jay S. Bybee
Assistant Attorney General

as recognized by the charter of the United Nations." This right of self-defense is a right to effective self-defense. In other words, the victim state has the right to use force against the aggressor who has initiated an "armed attack" until the threat has abated. The United States, through its military and intelligence personnel, has a right recognized by Article 51 to continue using force until such time as the threat posed by al Qaeda and other terrorist groups connected to the September 11th attacks is completely ended." Other treaties re-affirm the right of the United States to use force in its self-defense. See, e.g., Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance, art. 3, Sept. 2, 1947, T.I.A.S. No. 1838, 21 U.N.T.S. 77 (Rio Treaty); North Atlantic Treaty, art. 5, Apr. 4, 1949, 63 Stat. 2241, 34 U.N.T.S. 243.

Figur 1: Faksimile av brevet fra det amerikanske justisdepartementet til Presidenten, 1. august 2002.

i Fehmer-saken (Gestapo-sjef i Norge under 2. verdenskrig). I Fehmer-saken ble det nettopp presisert at

Hele denne tankegang, at det er berettiget å krenke menneskelighetens elementære lover av hensyn til statens interesser, er forkastelig, og det er mot de forbryterske utslag av denne oppfatning, at rettsforfølgelsen mot krigsforbrytere er rettet.⁸⁸

Jay S. Bybee sitt råd til Presidenten i memoet er nettopp å krenke visse menneskelige, elementære lover av hensyn til statens interesser. Det legges til grunn at avhørsinstruksene som er gitt for Al Qaida-internerte kan være grunnlovsstridige, men det fremholdes at å bryte konstitusjonen kan være berettiget av hensyn til nødvendighet og selvforsvar. Dette er å trekke nødrett og selvforsvarsbetraktninger atskillig lengre enn hva som har vært en grunnleggende oppfatning siden andre verdenskrig – spesielt fra de alliertes side. Det kan være hensiktsmessig å minne om følgende: fra tysk side ble det forsøkt vist til såkalt „Kriegsraison“, eller at krigens nødvendighet satte alle andre regler til side. Dette ble bestemt avvist fra de alliertes side under det påfølgende rettsoppgjøret under henvisning til at det finnes begrensninger i krig. Dette er kjernen i avveiningen mellom humanitet og nødvendighet som er slått fast blant annet i første tilleggsprotokoll til Genèvekonvensjonene av 1977, artikkel 35, som også er ansett som et uttrykk for internasjonal sedvanerett.

Så langt om lovligheten av memoets innhold. Dernest til skyldspørsmålet knyttet til å ha fulgt en ordre. Et praktisk eksempel er hendelsene i Abu Ghraib-fengslet i Irak. Det er ikke påvist at de overgrepshandlinger i fengslet i Irak, avbildet i media vinteren 2004, var beordret fra høyeste hold, men graden av kunnskap lenger opp i systemet, og hvilke retningslinjer som faktisk forelå, er det relevante i denne sammenhengen. Memoet er ingen ordre, men uttrykk for et rettslig syn fra myndighetshold. Vi kan betrakte memoet som en autoritativ tolkning av loven. Det har vært fremholdt i media at et hemmelig Pentagon-program (special-access program, heretter forkortet til sap) utformet med sikte på jakten på Al Qaida, ble innført i Irak for å innhente mer etterretningsinformasjon om det irakiske opprøret som ikke lot seg kue.⁸⁹ Sap skulle angivelig tillate de metoder som var nødvendig for å få informasjon av spesielt viktige personer (“high value targets”) og være en videreføring av de metoder som ble benyttet i Guantanamo-basen på Cuba. At det skal ha eksistert autorisasjon til

88 Saken er omtalt ovenfor i kapittel én.

89 Se Seymour M. Hersh, “The Gray Zone”, *New Yorker*, 24. mai 2004.

å benytte særskilte metoder under avhør, støttes av flere andre kilder som siden har blitt kjent for offentligheten. Blant annet fremkommer det i en e-post sendt FBI, signert On Scene Commander – Baghdad, at:

The things our personnel witnessed (but did not participate in) were authorized by the President under his Executive Order [...] We are aware that prior to revision in policy last week, an Executive Order signed by President Bush authorized the following interrogation techniques among others, sleep “management”, use of MWDs (military working dogs), “stress positions” such as half squats, “environmental manipulation” such as the use of loud music, sensory deprivation through the use of hoods etc. [...] I have been told that all interrogation techniques previously authorized by the Executive Order are still on the table, but that certain techniques can only be used if very high-level authority is granted [...] UACB, we will still not report the use of these techniques as “abuse”, since we will not be in a position to know whether, or not, the authorization for these tactics was received from the aforementioned high-level officials. We will consider as abuse any physical beatings, sexual humiliation or touching, and other conduct clearly constituting abuse. Yet, there may be a problem if OGC does not clearly define “abuse” and if OGC does not draw a clear line between conduct that is clearly abusive and conduct that, while seemingly harsh, is permissible under Executive Orders and other laws. In other words, we know what is permissible for FBI agents but are less sure what is permissible for military interrogators.⁹⁰

Memoet og opplysningene om at det foreligger en “Executive Order” hvor søvnmanipulasjon, bruk av hunder, stressposisjoner, lydpåvirkning og bruk av hetter er autorisert, er etter mitt syn relevant for skyldspørsmålet knyttet til ordre.

For det første kan vi drøfte de objektive forhold, nemlig spørsmålet om vi kan si at det eksisterer en ordre i rettslig forstand som i tilstrekkelig grad kan knyttes til de utførte handlinger.

For det andre kan vi spørre om hva en slik tolkningsinstruks har å si for den underordnedes rettsoppfattelse.

Jeg vil først kommentere det første spørsmålet, mens det andre spørsmålet er tema i den senere diskusjonen om rettsvillfarelse. Spørsmålet om det foreligger en ordre kan vi forsøke å stille slik: hvem har risikoen for at instruksene som blir gitt blir fulgt? Som utgangspunkt må det være ordregiver selv som har risikoen

90 Se FBI e-post av 22. mai 2004 tilgjengelig på *American Civil Liberties Union* [online 11. des 2008].

for at ordren er klar. I tilfellet med Abu Ghraib er instruksene (jeg sikter her til autorisering av bruk av søvnmanipulering og hunder med videre) etter mitt syn i beste fall i gråsonen for hva som er lovlig. Spørsmålet er derfor om handlinger som er begått i tilknytning til – men som overskrider – ordren, allikevel skal henføres til ordren. Argumentet er at det kan være gode grunner for å la ansvaret og risikoen for ordren hvile på den overordnede. Der det fra øverste ledelse er sendt tydelige signaler både politisk og militært om at det er en aksept for at grensene kan tøyes, er det nærliggende å ansvarliggjøre ordregiver også for de handlinger som går utover ordrens rammer. Den strafferettslige vurderingen av den underordnedes handling vil uansett måtte vurderes konkret i forhold til om vedkommende måtte ha forstått at handlingen var rettsstridig.

Totalt fravær av ordre kan være en annen måte å se problemet på. En slik situasjon kan kanskje skape like stor risiko for overgrep som i tilfeller med politisk incitament og samtykke til grenseoverskridelse. Samtidig kan det være vanskelig i praksis å trekke en grense: fant det sted en stilltiende aksept og endatil et samtykke til å utnytte de metoder som fantes, eller var det nettopp fraværet av styring som skapte den grenseoverskridende handling? Eller kan det tenkes å være en blanding; der uklare ordre skaper et kaos hvor risikoen øker for at overgrep begås? I et slikt scenario er det etter mitt syn gode grunner for å gi ordrebegrepet et vidt anvendelsesområde. Et problem med å gi ordrebegrepet en så vid anvendelse er imidlertid forholdet til den overordnedes straffansvar. I tilfeller som faller inn under milstrl. § 24 og Roma-vedtektene artikkel 33 forutsettes det i bestemmelsene at ordregiveren begår en straffbar handling ved å gi ordren. I situasjoner som i Abu Grahیب, er det vanskelig å si at de handlinger som media fikk se – for eksempel plassering av fange på en kasse med hette over hode og elektriske ledninger festet til kroppen, med trussel om elektriske støt dersom han ramlet av kassen – var beskrevet i en ordre fra øverste hold, selv om bruk av hetten var innenfor rammene av ordren.

Spørsmålet i en slik sak vil da være om den overordnedes handling enten anses som straffbar medvirkning eller omfattes av det såkalte *kommandoansvaret*. Jeg skal kort kommentere henholdsvis norsk rett og folkeretten: Det alminnelige utgangspunktet i *norsk rett* er at spørsmålet om overordnedes ansvar løses etter den alminnelige forsetts- og medvirkningslæren i den alminnelige straffelov. For militære sjefer vil medvirkning også kunne straffes etter militære straffelovs

bestemmelser om forsømmelse av tjenesteplikter.⁹¹ Norsk rett har i straffeloven av 2005 fått en ny regulering av kommandoansvar – regulert som *overordnedes ansvar* – i § 109.⁹² Denne bestemmelsen går videre enn medvirkningsansvaret men gjelder samtidig kun krigsforbrytelser, forbrytelser mot menneskeheten og folkemord. *Folkerettslig* vil spørsmålet være om den overordnedes handling faller inn under Roma-vedtektenes artikkel 25 (b) om individuelt straffansvar for å ha beordret, overtalt, forledet eller oppmuntret til den straffbare handling.⁹³ I et tilfelle som her vil det eventuelt være snakk om alternativene forledelse eller oppmuntring til straffbar handling gjennom de ordre og den lovforståelse som er gitt uttrykk for. Dersom handlingen ikke vil omfattes av de nevnte alternativer i artikkel 25 fordi man kommer til at vilkårene for subjektiv skyld etter Roma-vedtektene artikkel 30 (det er krav om kunnskap om at man bidrar til forbrytelsen) ikke er oppfylt, er spørsmålet eventuelt om kommandoansvaret for forsettlig unnlattelse etter Roma-vedtektene artikkel 28 vil komme til anvendelse.

Et spørsmål som kan reises i forlengelsen av diskusjonen om forholdet mellom underordnedes og overordnedes ansvar er om man ved å utvide ordrebegrepet i tilknytning til spørsmål om underordnedes straffansvar, også impliserer en utvidelse av ansvarsbegrepet for den overordnede. Altså om ordrebegrepet må forstås vidt med virkning både for en underordnet og en overordnet. Eller om man kan operere med en vid forståelse av ordrebegrepet i milstrl. § 24 og Roma-vedtektene artikkel 33 *uten* at dette får selvstendige rettsvirkninger for den overordnedes straffansvar. Som utgangspunkt kan det ikke være *automatikk* i sammenhengen mellom forståelse av ordre i de to situasjoner. Den overordnedes straffansvar vil alltid vurderes konkret. Men en vid forståelse av ordrebegrepet i tilknytning til vurdering av den underordnedes situasjon vil utvilsomt innebære *føringer* ved vurderingen av den overordnedes straffansvar. En nærmere vurdering av rammene for overordnedes straffansvar ligger utenfor rammene for denne studien.

-
- 91 Se straffelovens § 40 og § 22 i ny straffelov som regulerer forsett. Medvirkning er regulert i ny straffelov § 15. For militære sjef, se militære straffelov §§ 65, 77 og 78. I St.prp. nr. 24 (1999-2000) på s. 98 er det lagt til grunn at deler av kommandoansvaret er innarbeidet i milstrl. § 65 (UD (Utenriksdepartementet), St.prp. nr. 24 (1999-2000), *Om samtykke til ratifikasjon av vedtektene av 17. juli 1998 for Den internasjonale straffedomstol*).
- 92 Bestemmelsen omfatter både militære og sivile overordnede og betegnelsen overordnedes ansvar er derfor valgt til fordel for kommandoansvaret, se JD, Ot.prp. nr. 8 (2007-2008).
- 93 Jeg har brukt oversettelsen fra UD, St.prp. nr. 24 (1999-2000). Den engelske autoritative teksten lyder: "Orders, solicits or induces the commission of such a crime which in fact occurs or is attempted." Man kan selvfølgelig også snakke om folkerett utover hva som er regulert i Roma-vedtektene, men for et norsk perspektiv vil det være norsk rett og Roma-vedtektene som er praktisk mest interessant.

Jeg skal nå forlate de mer eller mindre tydelige ordrer, retningslinjer eller tillatelser og bevege meg over til den andre siden av skalaen hvor vi finner de rene tvangssituasjonene. I det følgende avsnitt skal jeg drøfte forholdet mellom lydighetsplikt, ordre og tvang.

Lydighetsplikt som tvang?

Ordre som frifinnelsesgrunn er i norsk (militær)rett og i Roma-vedtektene knyttet til rettsvillfarelse og ikke til fysisk tvang. Begrunnelsen for å åpne for straffutelukkelse som følge av ordre fra overordnet, er den underordnedes (militære) plikt til å adlyde ordre. I dette kan vi si at det ligger et tvingende element i form av plikt. Men det er ikke tvang slik som er regulert for eksempel i Roma-vedtektene artikkel 31, 1 (d) (duress), hvor tvangssituasjonen er forårsaket av en trussel om umiddelbar død eller vedvarende umiddelbar fare for alvorlig legemsskade. Det er heller ikke tvang, som den er regulert i norsk nødrett, hvor en ellers straffbar handling er tillatt for å avverge person eller gods fra en uavvendelig fare.⁹⁴ Hvis man skal snakke om et tvingende element i lydighetsplikten, er det en mer subtil form for tvang. Nemlig i form av press og trussel om sanksjoner av ikke-korporlig art; for eksempel disiplinære sanksjoner, tap av stilling med videre. Et spørsmål man kan reise er om all form for tvang eller press skal vurderes rettslig likt.⁹⁵ Dette gjøres verken i norsk rett eller internasjonal rett, hvor nødtilstand anses å være noe annet enn rettsvillfarelse. Det er allikevel verdt å merke seg at norsk rett frem til i dag har opprettholdt *både* en regulering av ordre kombinert med tvang – altså som et spørsmål om nødrett – og en regulering av ordre kombinert med rettsvillfarelse. I krigsforbryterlovens § 5 var ordre regulert sammen med tvang. Denne bestemmelsen gjaldt kun utenlandske krigsforbrytere og ble opphevet da ny lov om straff kapittel 16 trådte i kraft. Etter opphevelsen av denne bestemmelsen vil enhver tvangssituasjon måtte bedømmes etter straffelovens alminnelige bestemmelser om nødrett. Den gjenværende *spesifikke* regulering av ordre og straffrihet i norsk rett vil være norsk militær straffelov, hvor rettsvillfarelse er den avgjørende faktor knyttet til mulig frifinnelse for å ha begått en forbrytelse i henhold til ordre. Samtidig er det lydighetsplikten som er det

94 Strl. § 47 som er videreført i ny straffelov § 17. Norsk rett har ikke en uttrykkelig regulering av straffrihet på grunn av tvang og det er heller ikke foreslått å innføre særbestemmelse om nødrett eller tvang i forbindelse med regulering av krigsforbrytelser, forbrytelser mot menneskeheten i nytt kapittel 16 til straffeloven. Se JD, Ot.prp. nr. 8 (2007-2008), s. 73. Den norske nødrettsbestemmelsen er strengere enn Roma-vedtektene artikkel 31 om tvang.

95 Se Valerie Epps, "The Soldier's Obligation to Die When Ordered to Shoot Civilians or Face Death Himself", *New England Law Review*, årg. 37, nr. 4 (2003): 1013.

konstituerende element i begrunnelsen for å unnskyldte forbryteren.⁹⁶ Denne (lydighetsplikten) ligger derfor til grunn både for vurderingen av en nødssituasjon (som ytre tvang) og en rettsvillfarelsesituasjon, selv om en person som befinner seg i rettsvillfarelse ikke opplever ytre tvang. Sistnevnte ville være rettslogisk upraktisk. En person som handler i god tro føler seg ikke presset og vil derfor ikke påberope seg tvang (nødssituasjon), men vedkommende kan påberope seg plikten til lydighet som grunn for sin oppfatning av ordrens rettmessighet. Man kan også uttrykke det slik at lydighetsplikten etterlater mindre rom for et reelt valg for den underordnede og at dette igjen kan sees som et tvingende element. Denne betraktningmåten er ikke ulik den tidligere teorien om “moral choice” som vokste frem etter rettsoppjøret ved Nürnberg. Nürnbergdomstolen slo fast at den virkelige testen knyttet til straffbarhet ikke var om det forelå en ordre fra overordnet, men hvorvidt den underordnede hadde et moralsk valg (moral choice) til å unnlate å følge ordren.⁹⁷ Forholdet mellom tvang og ordre er berørt i Rt.1946 s. 769 hvor Høyesterett uttaler:

Jeg kan heller ikke anta at den omstendighet at man handler etter ordre gjør et forhold som det foreliggende, hvor handlingens rettsstridighet – krenkelsen av “menneskerettighetens love” og “den offentlige samvittighets krav” (Haagkonvensjonens uttrykk) ligger klart i dagen, straffritt. Skal straffrihet inntre, må det iallfall kreves at den handlende har befunnet seg i en utpreget tvangssituasjon som han ikke kunne redde seg fra.

Det betyr altså at tvang, eller nødrett for norsk retts vedkommende, vil være et alternativt grunnlag for frifinnelse. Problemet er imidlertid som påpekt ovenfor, at dersom man vil påberope tvang som et subsidiært grunnlag, er det vanskelig å underbygge den prinsipale påstand om rettsvillfarelse. En person som føler tvang vil sjelden være i god tro. Det som også impliseres er at ordre kombinert med nødrett vil være et tenkelig frifinnelsesgrunnlag for forbrytelser som vil være for graverende til at ordre i kombinasjon med rettsvillfarelse kan påberopes. Det er imidlertid omdiskutert hvor langt nødrett (tvang) kan påberopes i forhold til å ta uskyldige liv. Altså der liv står mot liv og det ikke er snakk om selvforsvar mot et rettsstridig angrep fra den ene av de to. På den ene siden står her en teori

96 C.J. Fleischer, *Militære straffelov*, (Oslo: Johan Grundt Tanum, 1956), s. 66–67 med videre henvisninger.

97 Hva som ligger i begrepet ”moral choice” er tidligere diskutert i juridisk teori. Det vesentligste av innholdet i læren om “moral choice” må kunne sies å være sammenfallende med innholdet i begrepet “duress” eller kvalifisert tvang. Om forholdet mellom nødrett, nødssituasjon og tvang (i sin kvalifiserte form som “duress”) generelt se også Cassese, *International Criminal Law*, s. 280 flg.

om at en person som selv er truet på livet må være villig til å bøte med dette fremfor å ta livet av en uskyldig tredjeperson.⁹⁸ På den annen side står de som hevder at dette er for strenge menneskelige krav og at også tap av uskyldige liv kan lates straffrie dersom trusselen mot gjerningspersonen var overhengende og reell. Norsk rett kan vi si har inntatt en mellomstilling til spørsmålet. Det er lagt til grunn at nødrettsbestemmelsen i gjeldende straffelov ikke omfatter de tilfeller der et uskyldig liv må bøte for et annet:

Rt.1950 s. 377 gjaldt tre konstabler i ordenspolitiet som var tvunget til å delta i eksekusjonen av en nordmann som var dømt til døden av en nazistisk domstol. Det var klart at de risikerte å bli skutt dersom de ikke deltok. De påberopte seg nødrett etter straffelovens § 47, og til det uttalte retten:

For at en ellers straffbar handling skal bli rettmessig etter det nevnte lovsted kreves det først og fremst at det rettsgode som reddes, ut fra en objektivt berettiget vurdering skal være verdifullere enn det som ofres. At det ut fra en slik vurdering ikke i alminnelighet vil være berettiget å ta en annens liv for å redde sitt eget, forekommer meg klart. Men forsvarerne har gjort gjeldende at det i denne sak foreligger den særskilte omstendighet at den dødsdømte D's liv ikke sto til å redde. Om de tiltalte hadde nektet å utføre eksekusjonen, ville det ha resultert i at de var blitt skutt og at D var blitt henrettet av andre. Jeg finner det overveiende sannsynlig at dette i faktisk henseende er riktig, og ved bedømmelsen av de tiltaltes straffeskyld må det etter min mening tillegges stor vekt at det for dem måtte fremstille seg slik at de ved å nekte å lystre ordre ville ofre sitt liv forgjeves. Men jeg finner det i det foreliggende tilfelle ikke forsvarlig på grunnlag av dette resonnement å erklære at de tiltaltes handlemåte var rettmessig. Og når dette ikke kan fastslås, åpner straffeloven ikke adgang til å la straff bortfalle på grunn av at de tiltalte handlet under tvang, selv når denne var av så alvorlig natur som i det foreliggende tilfelle, idet det etter lagmannsrettens dom må ansees på det rene at tvangen ikke utelukket at de tiltalte handlet med forsett.⁹⁹

I henhold til norsk høyesterettspraksis vil altså tap av en annens liv ikke være en rettmessig handling for å redde eget skinn. Derimot kan straffen settes ned under minstestrafen og til en mildere straffart, men straffen kan ikke falle helt

98 Holdningen er også kommet til uttrykk i den britiske såkalte "Mignonette"-saken hvor to overlevende etter et skipsforlis etter atten dager bestemte seg for å spise den tredje.

99 Se Rt.1950 s. 377, på dommens side 379–380.

bort med mindre det foreligger spesifikk hjemmel for dette.¹⁰⁰ Dommen er avsagt etter gjeldende straffelov § 47. I ny lov om straff § 17 er gjeldende rett i det vesentlige videreført, men omfanget av nødretten er noe utvidet. Allikevel stilles det fortsatt strenge krav til interesseovervekt. Det er lett å se for seg at resonnementet ville vært opprettholdt også etter ny lov om straff, fordi det fremdeles er vanskelig å si at et menneskeliv er mer betydelig enn et annet ved en interesseavveining. Det ble drøftet i forbindelse med revisjon av straffeloven om det finnes en absolutt grense for hvor grensene for nødrett skulle gå, og eventuelt hvor denne grensen går. En slik grense er ikke blitt innført, men departementet uttalte seg om nettopp situasjonen hvor liv står mot liv og ga uttrykk for følgende:

Departementet har vurdert om det bør oppstilles en absolutt grense for hvilke verdier som lovlige skal kunne ofres i en redningshandling. I en nødsituasjon vil det i dag ikke være anledning til å drepe et annet menneske. Bare i helt ekstraordinære situasjoner kan nødrett tenkes å forsvare noe slikt. Slik bør det være også etter den nye loven. Dette er særlig klart hvis det er på tale å drepe et menneske for å redde et annet; alle liv er like mye verdt.¹⁰¹

Dette argumentet kan ikke holde. Dersom alle liv er like mye verdt, bør det være tillatt å skade en for å redde to. For om alle liv er like mye verdt, er to liv mer verdt enn ett – dobbelt så mye verdt. Da er tre liv tredobbelt så mye verdt som ett liv. Slik går det videre. Om det ikke er tillatt å skade én for å redde to, blir den enes liv mye mer verdt enn de andres. Dersom det ikke skal være tillatt å skade én for å redde flere, må dette begrunnes i noe annet enn at alle liv er like mye verdt.¹⁰² Det kunne for eksempel være vist til en kantiansk plikt om at du ikke skal bruke deg selv eller andre bare som middel, men som mål i seg selv. Hvis man skader én for å redde to, eller tre, så bruker man den ene som et middel. Men også dette argumentet ville kunne møtes med at den ofrede person selv kunne se nødvendigheten av å bli ofret (kunne gjøres til en allmenn lov).

Det som departementet ikke berører, i tilknytning til sitatet inntatt ovenfor, er en situasjon hvor liv står mot liv, men hvor oppofrelsen av eget liv vil være forgyves, slik som var tilfellet i eksekusjonssaken. Hvis alle liv er like mye verdt, er det ikke riktig at den ene skal ofre seg forgyves. Hans/hennes liv er jo like

100 Straffeloven § 56 nr. 1, bokstav b og ny lov om straff, §§ 80 (d) og 81. Spesifikk hjemmel finnes i straffeloven i §§ 58 1. ledd, 59, 127 2. ledd, 195, 196, 228 3. ledd, 250, 390 og 392.

101 JD, Ot.prp. nr. 90 (2003-2004), s. 204–205.

102 Jeg takker professor i filosofi Kjell Eyvind Johansen for innspill til dette argumentet. Kritikken mot Justisdepartementet står for min regning.

mye verdt som livet til den som blir eksekvert. En slik situasjon vil antagelig alltid være en konflikt mellom ulike hensyn. Den interesseavveiningsnorm som er straffelovens modell er en måte å finne konkrete løsninger i konfliktsituasjoner. Men den norm som nå er knyttet til interesseavveiningen i nødrettsbestemmelsen passer dårlig der to menneskeliv er utsatt for livsfare og det ene menneskelivet må velges bort. Det er en svært streng handlingsnorm som kreves av enkeltmennesket i henhold til norsk rettspraksis. Etter mitt syn for streng – og for dårlig begrunnet.

En sak hvor problemstillingen var tilsvarende, var i saken mot Drazen Erdemovic som gikk for FN's ad hoc domstol, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), mellom 1996 og 1998.¹⁰³ Drazen Erdemovic tok del i likvideringen av inntil 1 200 sivile muslimske menn nær byen Pilica i Bosnia 16. juli 1995. Erdemovic erkjente straffskyld for deltagelse i forbrytelser mot menneskeheten, men uttalte selv:

Your Honour, I had to do this. If I had refused, I would have been killed together with the victims. When I refused, they told me: “If you are sorry for them, stand up, line up with them and we will kill you too”. I am not sorry for myself but for my family, my wife and son who then had nine months, and I could not refuse because then they would have killed me. That is all I wish to add.¹⁰⁴

Retten trodde ham på hans innrømmelse av skyld, de faktiske omstendigheter når det gjaldt faren for å bli skutt selv og hans motvilje overfor handlingen. Retten fremhevet den prinsipielle forskjell mellom ordre fra overordnet og tvang. Etter rettens syn er ordre fra overordnet og tvang to separate forhold som ofte oppstår i samme faktiske omstendigheter. Knyttet til det rettslige spørsmålet om tvang, er ordren kun en faktisk omstendighet.¹⁰⁵ Dernest sluttet retten seg til aktoratets uttalelser og siterte blant annet følgende når det gjaldt tvang som straffrihetsgrunn:

even in [...] a scenario where the killing of one life may save ten [...] there may be sound reasons in law not to permit a complete defence but to compensate for the lack of moral choice through other means such as sentencing. I think this is ex-

103 ICTY (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia): *Erdemovic* (IT-96-22) “Pilica Farm”.

104 ICTY (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia): *Erdemovic* (IT-96-22-A) “Pilica Farm”, Appeals Chamber Judgement, 7 oktober 1997, avsnitt 4.

105 *Ibid*, avsnitt 34 og 35 hvor det fremgår at etter ICTY sitt syn så er ordre fra overordnet og tvang to separate forhold som ofte oppstår i samme faktiske omstendigheter. Knyttet til det rettslige spørsmålet om tvang, så er ordren kun en faktisk omstendighet.

actly the thinking behind the Common Law position [...] there is no categorical reason for saying that duress must necessarily apply. It may or may not be based on one's expectations of what is reasonable under the circumstances, based on one's expectations of the harm which creation of such defence may create for such a society at large.¹⁰⁶

Retten la til grunn at tvang ikke kunne utgjøre en rettmessighetsgrunn (eng: complete defence), men at straffen kunne settes ned som en følge av gjerningspersonens manglende valgmuligheter (lack of moral choice).

Videre kommenterer flertallet alvoret i sakens natur som begrunnelse for hvorfor tvang ikke kan utgjøre en rettmessighetsgrunn:

The purview of the International Tribunal relates to war crimes and crimes against humanity committed in armed conflicts of extreme violence with egregious dimensions. We are not concerned with the actions of domestic terrorists, gang-leaders and kidnappers. We are concerned that, in relation to the most heinous crimes known to humankind, the principles of law to which we give credence have the appropriate normative effect upon soldiers bearing weapons of destruction and upon the commanders who control them in armed conflict situations.¹⁰⁷

Forut for dette sitatet vises det i dommen til faren dersom bandledere og kriminelle grupper kan påføre sine underordnede immunitet ved å påføre dem tvang. En slik immunitet må ikke under noen omstendigheter få grobunn i væpnede konflikter hvor skadepotensialet er så stort som man kunne se for eksempel i Bosnia. Erdemovic saken er avsagt under dissens. To av dommerne mente at tvangssituasjonen kunne utgjøre en straffrihetsgrunn.¹⁰⁸ Uenigheten er særlig knyttet til hvorvidt det i internasjonal strafferett finnes en *spesifikk regel* som sier at tvang ikke utgjør en straffrihetsgrunn for drap av uskyldige. Så lenge den *generelle regelen* er at tvang er en straffrihetsgrunn, må man etter mindretallets oppfatning falle tilbake på sistnevnte når det ikke finnes holdepunkter for å slå fast at det er enighet om å oppstille et spesifikt unntak. Derfor var det etter

106 ICTY (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia): *Erdemovic* (IT-96-22-A) "Pilica Farm", Appeals Chamber Judgement, 7 oktober 1997, Joint Separate Opinion of Judge Mc Donald and Judge Vohrah,

107 Ibid, avsnitt 75.

108 ICTY (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia): *Erdemovic* (IT-96-22) "Pilica Farm", Appeals Chamber Judgement, 7. oktober 1997, Separate and dissenting Opinion of Judge Cassese og Separate and dissenting Opinion of Judge Stephen.

mindretallets oppfatning galt å avvise tvang som straffrihetsgrunn *a priori*.¹⁰⁹ I de tilfeller hvor den/de uskyldige siviles liv ville gått tapt uansett ville det være grunnlag for å anvende tvang som straffrihetsgrunn. Mindretallet uttrykte dette blant annet slik:

Were he to comply with his legal duty not to shoot innocent persons, he would forfeit his life *for no benefit to anyone and no effect whatsoever* apart from setting a heroic example for mankind (which the law cannot demand him to set): his sacrifice of his own life would be to no avail.¹¹⁰

Og videre, i en illustrerende kommentar avslutningsvis:

Law is based on what society can reasonably expect of its members. It should not set *intractable* standards of behaviour which require mankind to perform acts of martyrdom, and brand as criminal any behaviour falling below those standards.¹¹¹

Et eksempel hvor ordre i kombinasjon med tvang (necessity) ble akseptert som forsvar for tiltalte var i United States mot Friedrich Flick med fler, som gikk for den amerikanske militærdømstolen, "Control Council No. 10" under rettsoppjøret etter andre verdenskrig. Tiltalen omfattet blant annet tvangsdeportasjon og tvangsarbeid. De tiltalte ble hørt med at de befant seg under en så klar og tilstedeværende fare fra det tredje rikets terrorregime, at de ikke hadde mulighet til å la være å adlyde ordre.¹¹² Denne saken gjelder imidlertid ikke drap på sivile, som var temaet i Erdemovic-saken og i eksekusjonssaken fra det norske krigsoppjøret. Dette utgjør en substansiell forskjell.

Roma-vedtektene på sin side utelukker ikke i sin ordlyd at ordre i kombinasjon med nødrett (tvang) kan påberopes også overfor de mest alvorlige forbrytelser, nemlig forbrytelser mot menneskeheten og folkemord, selv om det er vanskelig å forestille seg handlinger som vil være nødvendige og rimelige (necessary and reasonably) for å avverge trusselen, og samtidig utgjøre folkemord og

109 ICTY (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia): *Erdemovic* (IT-96-22) "Pilica Farm", Appeals Chamber Judgement, 7. oktober 1997, Separate and dissenting Opinion of Judge Cassese avsnitt 42.

110 *Ibid*, avsnitt 44.

111 *Ibid*, avsnitt 47.

112 Dersom de(n) frivillig har blitt med i en gruppe som driver med kriminell militær eller paramilitær aktivitet, vil situasjonen imidlertid ikke bli bedømt som tvang, se Cassese, *International Criminal Law*, s. 284–285. Se også tilsvarende holdning i Rt.1947 s. 742, hvor stapomenns deltagelse i eksekusjoner ikke ble latt straffrie under henvisning til tvangssituasjonen, fordi de frivillig hadde deltatt i tysk krigstjeneste.

forbrytelser mot menneskeheten. Ved innføringen av nytt kapittel 16 i straffeloven fra 2005 ble forholdet mellom Roma vedtektenes artikkel 31 (tvang) og den norske nødrettsbestemmelsen drøftet i tilknytning til forbrytelsene folkemord, forbrytelser mot menneskeheten og krigsforbrytelser. Fra norsk lovgivers side er det lagt til grunn at det norske strenge kravet til interesseovervekt gjør at verken forbrytelser mot menneskeheten eller folkemord *noen gang* vil kunne bli ansett som lovlige på grunn av nødrett. Dernest at lovlighet *vanskelig kan tenkes* for krigsforbrytelser, også under henvisning til det strenge kravet til interesseovervekt.¹¹³ Departementet viser til en avgjørelse i Rt. 1946 s. 769 som gjaldt anvendelse av tortur for å fremtvinge opplysninger, hvor det kan se ut som om retten etterlater en åpning for straffrihet i en utpreget tvangssituasjon. Departementet kommenterer imidlertid ikke eksekusjonssaken omtalt ovenfor, hvor straffrihet ble ansett som utelukket. Det er en forskjell i hva sakene gjaldt, nemlig drap av uskyldige liv i eksekusjonssaken og påføring av lidelse i tortursaken. Det er mulig man i norsk rett kan trekke en tentativ grense nettopp her; nemlig at en utpreget tvangssituasjon – herunder overhengende fare for død – kan gjøre en handling hvor det påføres lidelse, lovlig, men ikke en handling som forårsaker uskyldiges død. Dette vil også være i tråd med det syn som er lagt til grunn fra lovgivers syn i forbindelse med revisjon av straffeloven, og gjengitt ovenfor.

OPPSUMMERING

Ordrebegrepet er gitt et vidt anvendelsesområde. Oppdragsbasert ledelse skaper større utfordringer knyttet til spesifikasjon og identifikasjon av en ordre i strafferettslig henseende. Det kan hevdes at oppdragsbasert ledelse gir mindre grunn for den *underordnede* til å påberope seg ordre til sitt forsvar. For den *overordnede* er det i videste forstand et spørsmål om rekkevidden av medvirkningsansvaret; som i norsk rett er omfattende.

En straffrihetsgrunn leder automatisk til at straffansvar bortfaller. Dersom ordre oppstår i forbindelse med tvang vil dette i norsk rett vurderes opp mot nødrett som straffrihetsgrunn. Norsk nødrett stiller strenge krav til interesseovervekt i den forstand at den skaderisiko som avverges må være langt større enn skaderisikoen ved handlingen.¹¹⁴ Dette har vært opprettholdt i norsk rettspraksis der et menneskeliv avveies mot et annet. Også dersom det å ofre eget liv fremstår som forgjeves. Jeg kan vanskelig se en god begrunnelse for en plikt til å ofre eget liv forgjeves.

113 Se JD, Ot.prp. nr. 8 (2007-2008), s. 73.

114 Ordlyden er hentet fra ny lov om straff § 17, hvor det fremdeles oppstilles et strengt krav, selv om omfanget av nødretten er utvidet noe i forhold til gjeldende rett i straffelovens § 47.

I det følgende skal jeg forlate de objektive betingelser for straff og straffrihet og redegjøre for de subjektive betingelser for straff og straffrihet; i denne sammenheng rettsvillfarelse.

RETTSVILLFARELSE (RETTSUVITENHET) – SUBJEKTIVE STRAFFRIHETS BETINGELSER

Fordi ordre er særlig knyttet til rettsvillfarelse både i spesifikk norsk regulering (militær straffelov) og i Roma-vedtektene, er dette kapitlet viet rettsvillfarelse og spørsmålet om subjektiv skyld. I ny lov om straff benyttes uttrykket rettsuvitenhet. Jeg bruker primært betegnelsen rettsvillfarelse i denne studien ettersom loven ennå ikke er trådt i kraft. Rettsvillfarelse er et spørsmål om subjektiv skyld. En person befinner seg i rettsvillfarelse dersom han/hun ikke visste at det fantes en regel som straffesanksjonerte den aktuelle handling, hva regelens innhold var eller om regelen er tolket feil. Kort og godt foreligger det rettsvillfarelse der hvor gjerningspersonen ikke visste at handlingen var ulovlig.¹¹⁵

En ordre er i norsk rett grunnlag for frifinnelse i militær sammenheng dersom gjerningspersonen er uvitende om ordrens rettsstrid og ikke kan bebreides i kvalifisert grad for å være uvitende. Dette følger av milstrl. § 24 som må ses i sammenheng med straffelovens alminnelige bestemmelse om rettsvillfarelse.

Jeg vil først kommentere hva som ligger i den alminnelige norske reguleringen av rettsvillfarelse, herunder om skillet mellom rettslig og faktisk villfarelse, før jeg kommer inn på forholdet mellom milstrl. § 24 og ny lov om straff § 26 – som vil være fremtidig gjeldende rett. Deretter vil jeg forsøke å belyse ulike situasjoner i internasjonale operasjoner hvor skillet mellom anvendelsesområdet for henholdsvis (den alminnelige) straffeloven og militær straffelov vil komme til syne. Jeg vil forsøke å gi praktiske eksempler. Avslutningsvis i kapitlet skal jeg drøfte forholdet mellom norsk og internasjonal rett knyttet til rettsvillfarelse. Herunder særlig reguleringen i Roma-vedtektene artikkel 33.

Generelt – skillet mellom rettslig og faktisk villfarelse

Nåværende straffelovs § 57 lyder i dag slik: “§ 57. For den, som ved Handlingens Foretagelse befandt sig i Vildfarelse med Hensyn til dens retsstridige Beskaffenhed, kan, saafremt Retten ikke finder at denne Grund at burde frifinde ham, Straffen nedsettes under det for Handlingen bestemte Lavmaal og til en mildere Strafart.”

115 Se JD, Ot.prp. nr. 90 (2003-2004), s. 233.

I dagens straffelov § 57 er det lagt til grunn et strengt aktsomhetskrav.¹¹⁶ Dette er alminnelig uttrykt i fast rettspraksis som at det kun er den aktsomme eller unnskyldelige rettsvillfarelse som fører til frifinnelse. Folk flest forventes å kjenne til de regler som gjelder alminnelig samkvem mellom mennesker, og folk som driver innenfor en bestemt virksomhet forventes å sette seg inn i de regler som gjelder på det aktuelle rettsområde. Sistnevnte er særlig aktuelt for militær virksomhet. Slik rettstilstanden har vært frem til vedtakelsen av ny lov om straff, som ennå ikke er trådt i kraft, har det vært særegne omstendigheter som knytter seg til lovbryteren og lovreguleringen som kan få betydning ved en totalvurdering, der det avgjørende er om lovbyrterens atferd etter forholdene må betegnes som forsvarlig.¹¹⁷

Ny lov om straff § 26 lyder slik: “§ 26. Rettsuvitenhet. Den som på handlingstidspunktet på grunn av uvitenhet om rettsregler er ukjent med at handlingen er ulovlig, straffes når uvitenheten er uaktsom.”

I ny lov om straff er det fra lovgiver lagt opp til at dagens strenge aktsomhetskrav bør dempes noe med sikte på de situasjoner der myndighetene ikke har gjort nok for å avverge rettsuvitenheten. Som eksempel er nevnt unødig uklar utforming eller manglende informasjon om lovreguleringen.¹¹⁸

Både etter dagens gjeldende rett og etter ny lov om straff er det forutsatt at gjerningspersonens stilling kan ha betydning for straffbarheten. Det vil si at stillingen er av betydning for hvilke krav som skal stilles til aktsomhet. Generelt kan man si at det stilles strengere krav til personer i overordnede stillinger, og at rettsvillfarelsen lettere kan bli ansett unnskyldelig for personer i underordnede stillinger, nettopp fordi de underordnede må kunne regne med at en beordret handling er lovlig.¹¹⁹

Den rettslige villfarelse skilles i strafferetten fra den faktiske villfarelse (faktisk villfarelse er også benevnt uvitenhet i ny lov om straff). En faktisk villfarelse foreligger når gjerningspersonen tar feil av en faktisk omstendighet som betinger straffbarheten. På enklere norsk: hvis jeg feilaktig tror at det er min egen sykkel jeg tar utenfor kontoret og sykler hjem på, kan jeg ikke straffes for tyveri. Faktisk villfarelse fører alltid til frifinnelse. Faktisk villfarelse er praktisk når det gjelder nødverge. Dette kan særlig være aktuelt i internasjonale operasjoner, hvor det er uoversiktlige omgivelser og aktører som ikke gir seg selv til kjenne

116 Ibid, s. 233.

117 Ibid, s. 429–430.

118 Ibid.

119 Ibid, s. 234 med videre henvisning til rettspraksis i Rt.1956 s. 738, som gjaldt ulovlig eggsanking beordret av overordnet. Eggsanking er ikke sammenlignbart med militære operasjoner, men prinsippet om å kunne forutsette lovlighet er det samme.

som stridende. Dersom man feilaktig tror man er utsatt for et rettsstridig angrep som truer livet, vil man ikke i ettertid kunne straffes. Gjerningspersonen bedømmes etter sin egen oppfatning av virkeligheten, og dersom det for vedkommende fremstod som en nødvergesituasjon (selvforsvar), blir situasjonen bedømt som nødverge. Dersom man kan *bebreides* feiltagelsen, kan man straffes for eksempel for uaktsomt drap eller uaktsom legemsbeskadigelse.¹²⁰

Skillet mellom en faktisk villfarelse som alltid fører til frifinnelse og en rettslig villfarelse som forutsetter at det ikke foreligger uaktsomhet, er ikke alltid lett å trekke i praksis. I norsk rett har det frem til vedtagelsen av ny lov om straff i 2005 vært lagt til grunn at ikke all villfarelse om rettsregler skal bedømmes etter strl § 57. Enkelte tilfeller behandles (fremdeles) etter gjeldende rett etter § 42. Disse tilfeller er kalt *situasjonsvillfarelse* eller *uegentlig rettsvillfarelse* til forskjell fra den rene *normvillfarelse*.¹²¹ Et skoleeksempel på en slik situasjonsvillfarelse, eller en villfarelse om rettsforhold som er avgjørende for straffbarheten, er at en person feilaktig tror han eller hun har rett til å jakte i et bestemt terreng, eller feilaktig tror at ens ekteskap er oppløst. Også en slik type rettsvillfarelse skal etter ny lov om straff bedømmes etter § 26 som rettsvillfarelse og ikke etter § 25 som faktisk villfarelse.¹²² Det som gjenstår å vurdere da, er om det er eksempler på gjerninger begått i villfarelse der handlingene etter norsk rett ikke er gjort straffbare i sin uaktsomme form og som kan tenkes å være praktiske eksempler for norsk personell tjenestegjørende i internasjonale operasjoner, og det kan tenkes vanskelig å bestemme om villfarelsen er faktisk eller rettslig. Dersom villfarelsen er rettslig og skyldes ordre, skal den bare føre til frifinnelse dersom den er aktsom. Dersom villfarelsen er faktisk og ikke kriminalisert i sin uaktsomme form, skal den føre til frifinnelse uansett. To eksempler knyttet til samme saksforhold kan illustrere den vanskelige forskjellen mellom en (egentlig) rettsvillfarelse, en uegentlig rettsvillfarelse (situasjonsvillfarelse) og en virkelig faktisk villfarelse. En person som får ordre om å skyte en landsforræder på stedet og ikke skjønner at dette er i strid med folkeretten befinner seg i (egentlig)

120 Dette følger av straffelovens § 42 annet ledd og ny lov om straff § 25 annet ledd, som slår fast at handlingen kan straffes i de tilfelle hvor uvitenheten er uaktsom og uaktsomt lovbrudd er straffbart.

121 Se nærmere om skillet for eksempel i Andenæs, *Alminnelig strafferett*, s. 268 flg. og Kjell V. Andersen, *Rettsvillfarelse i strafferetten* (Bergen: Fagbokforlaget, 2005), s. 278 flg.

122 Justis- og politidepartementet, *Om lov om straff*, s. 429–430.

rettsvillfarelse.¹²³ Dersom den samme personen feilaktig tror at det foreligger en dødsdom som grunnlag for å ta livet en forræder, er han da i en uegentlig rettsvillfarelse? I så fall skal situasjonen etter straffeloven av 1902 bedømmes som en faktisk villfarelse og etter straffeloven av 2005 bedømmes som en rettslig uvitenhet. På den annen side, er han i en virkelig faktisk villfarelse (uvitenhet) som skal bedømmes som dette også etter straffeloven av 2005? Vi kan tenke oss begge deler, altså både uegentlig rettsvillfarelse som kun er straffri dersom den er aktsom, og en faktisk villfarelse som er straffri med mindre det finnes et særskilt straffebud som dekker uaktsomhet. Dersom den underordnede uriktig tror at det ble avsagt en dom som faktisk ikke er avsagt, og domstolen ellers er kompetent, taler all rimelighet for å anse det som en faktisk villfarelse.¹²⁴ Dersom den underordnede feilaktig tror at den avsatte dom gir rett til henrettelse, mens den egentlig kun statuerer straffeskyld (ikke utmåling av straff), kan det se ut som en uegentlig rettsvillfarelse (situasjonsvillfarelse).

Vi kan også tenke oss eksempler på forbrytelser som ikke er kriminalisert i sin uaktsomme form (i motsetning til drap), og hvor det derfor vil være av direkte betydning for straffbarheten å bestemme om vi har å gjøre med en virkelig faktisk villfarelse. De fleste alminnelige forbrytelser i straffeloven er også kriminalisert i sin uaktsomme form, eventuelt som forseelser, men ikke alle forbrytelser etter militær straffelov er kriminalisert i sin uaktsomme form. To eksempler er skadeverk etter milstrl. § 103 og bruk av ulovlig våpen eller stridsmiddel etter milstrl. § 107.¹²⁵ Militær straffelov § 107 er opphevet ved at ny lov om straff kapittel 16 om krigsforbrytelser er trådt i kraft. Jeg vil derfor konsentrere eksemplet om militær straffelov § 103. Etter milstrl. § 103 kan en person straffes med inntil seks års fengsel for å ødelegge eller beskadige fremmed eiendom uten at dette er (militært) nødvendig.¹²⁶ Uaktsomhet er ikke straffesanksjonert etter

123 Se Rt.1947 s. 468 som gjaldt lovligheten av tysk standrettsbehandling under okkupasjonen. Tiltalte ble bedømt etter regelen i straffelovens § 57 når han viste til at han trodde de utførte dødsdommene var lovlige. At tiltalte var i villfarelse om lovligheten av Terbovens forordning var en (egentlig) rettsvillfarelse og ikke en situasjonsvillfarelse.

124 Se tilsvarende Cassese, *International Criminal Law*, s. 294 flg, som viser til eksempler fra europeisk rett og som indikerer at en slik situasjon vil bli bedømt som en faktisk villfarelse.

125 Bestemmelsene er en del av militær straffelovs tredje del som i henhold til § 3 kommer til anvendelse i krigstid eller i internasjonale militære operasjoner når dette er bestemt av Kongen, jf. lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25, § 463, 5. ledd, annet punktum.

126 Dersom ødeleggelsen er begått i forbindelse med en væpnet konflikt og utført i stor målestokk uten at dette er strengt nødvendig av hensyn til krigføringen, vil handlingen rammes som krigsforbrytelse av straffebudet i ny lov om straff § 104, første ledd, bokstav b. I eksemplet med militær straffelov § 103 holder jeg meg til de tilfeller som ikke er graverende nok til å falle inn under ny lov om straff § 104.

samme bestemmelse. En uaktsom gjerningsperson vil derfor måtte straffes etter den alminnelige straffelovs § 391, 3. ledd. Strafferammen er inntil seks måneder dersom uaktsomheten er grov. Dette betyr følgende: dersom gjerningsperson er i villfarelse om det var militært nødvendig å ødelegge for eksempel en bro eller en bygning, bedømmes vedkommende etter strl. § 391, 3. ledd dersom villfarelsen er faktisk og uaktsom, og etter milstrl. § 103 dersom villfarelsen er rettslig eller uegentlig (situasjonsvillfarelse) og uaktsom. I førstnevnte tilfelle er maksimumsstraffen seks måneder, mens i sistnevnte tilfelle er maksimumsstraffen seks år (eller livstid dersom tilfellet er grovt).

Jeg skal gi et eksempel på skadeverk som etter nevnte bestemmelse i milstrl. kan være henholdsvis faktisk eller rettslig villfarelse. Eksempelen er ødeleggelse av et sivilt radiotårn som man mistenker blir brukt til å formidle beskjer til en paramilitær opprørsgruppe. Dersom den som utfører ødeleggelsen, for eksempel ved jamming, har fått feilaktig informasjon om bruken av radiotårnet – det viser seg for eksempel at det ikke var brukt til å sende beskjer med militært innhold i så stor utstrekning som først antatt – er dette en faktisk villfarelse som vil utelukke straff etter milstrl. § 103. Dersom gjerningspersonen burde skjønt at radiotårnet ikke ble brukt som antatt kan vedkommende straffes etter alminnelig straffelov § 391, 3. ledd. Hvis gjerningspersonen har fått ordre om å ødelegge tårnet og de faktiske opplysninger om bruken av tårnet er korrekte, men at det etter en nærmere militær vurdering ikke var nødvendig å ødelegge,¹²⁷ vil dette være en rettslig villfarelse som bedømmes etter milstrl. § 24. Feiltolkning av uttrykket “nødvendighet” i milstrl. § 103 er en rettslig villfarelse. Milstrl. § 24 åpner da for frifinnelse, med mindre den underordnede var klart å bebreide (grov uaktsomhet) for ikke å ha skjønt at ødeleggelsen ikke rettslig sett var nødvendig. Det betyr at så lenge milstrl. § 24 kommer til anvendelse, vil kun den grovt uaktsomme rettsvillfarelse her være straffbar. Etter den alminnelige regel om rettsvillfarelse i straffelovens § 57 og ny lov om straff § 26, så vil også den simple uaktsomhet her være straffbar. Vi ser derfor at det – i militære tjenesteforhold – vil kunne være til en gjerningspersons fordel hvis villfarelsen er rettslig, så lenge den ikke overstiger nivået for simpel uaktsomhet. Dette er altså i strid med det som normalt følger av den strafferettslige vurdering av villfarelse, der det er slik at en rettslig villfarelse er mer straffverdig enn en faktisk. I mili-

127 Dersom det dreier seg om en væpnet konflikt, vil den tilsvarende vurderingen måtte foretas etter første tilleggsprotokoll til Genèvekonvensjonene artikkel 51 nr. 2, når radiotårnet er sivilt, men brukes til militære formål. Et sivilt objekt mister sin sivile immunitet dersom det utgjør et effektivt bidrag til militære aksjoner og dets ødeleggelse innebærer en klar militær fordel.

tære tjenesteforhold, der forbrytelsen ikke er åpenbart grov, er lydighetsplikten med på å snu bedømmelsen av straffverdighet.

Jeg skal i det følgende kommentere forholdet mellom den alminnelige regel om rettsvillfarelse og militære straffelov nærmere.

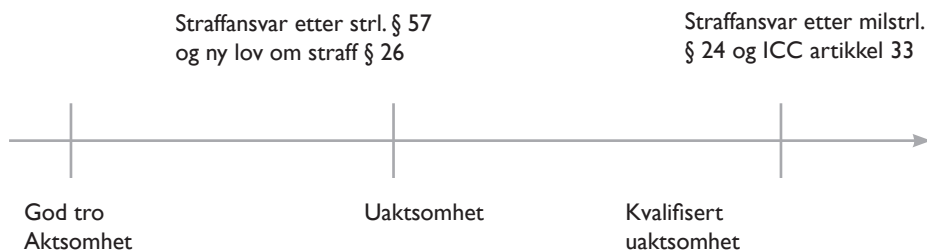
FORHOLDET MELLOM MILITÆR STRAFFELOV OG ALMINNELIG STRAFFELOV

Forholdet mellom milstrl. § 24 og den alminnelige regel om rettsvillfarelse er kort kommentert i avsnittet “Myndighet, superior, foresatt eller overordnet”. Der har jeg lagt til grunn at også den simple uaktsomhet er straffri etter militær straffelov § 24, men at normen for *kvalifisert* uaktsomhet som utgangspunkt må forstås likt etter henholdsvis militær og alminnelig straffelov. Jeg skal her utdype forholdet mellom milstrl. § 24 og straffelovens regler om rettsvillfarelse: Militær straffelovs § 24 kan sees som en spesialregulering av rettsvillfarelse, som altså vil gå foran – er *lex specialis* – den generelle regel dersom det er motstrid. I militære subordinasjonsforhold er ordre, i form av befaling fra foresatte, grunnlag for frifinnelse såfremt den undergitte hadde positiv viten om at ordren var ulovlig, eller er sterkt å bebreide (klart måtte ha innsett) for ikke å ha sett at handlingen var ulovlig. Regelen i milstrl. § 24 kan karakteriseres som en legaldefinisjon av unnskyldelig rettsvillfarelse. Det vil si at lovgiver har bestemt at ordre i militære kommandoforhold er et unnskyldende element, en definert særlig omstendighet som ellers måtte ha fremkommet gjennom en tolkning og anvendelse av straffelovens alminnelige bestemmelse. Fra lovgivers side ble dette uttrykt slik forut for vedtagelsen av militære straffelov:

Afvigelse fra den borgerlige straffelovs almindelige regler vil saaledes væsentlig kun bestaa i, at retsvillfarelse bliver undergivet en *væsentlig mildere bedømmelse*, hvilket antages anvist ved det militære subordinationsforholds særlige karakter. (min utheving)¹²⁸

I denne forbindelse kan vi reise (i hvert fall) to spørsmål. For det første hvilken forskjell det i praksis er mellom grad av uaktsom uvitenhet som er straffbar etter henholdsvis milstrl § 24 og ny lov om straff § 26. Og for det andre hvorvidt sivile subordinasjonsforhold i militære omgivelser skal gis en særskilt bedømmelse etter den alminnelige bestemmelse om rettsvillfarelse. Forholdet mellom alminnelig straffelov og militær straffelov kan illustreres slik:

128 C.J. Fleischer, *Militære straffelov*, (Oslo: Johan Grundt Tanum, 1956), s. 67 med videre henvisninger.



Figur 2: Forholdet mellom alminnelig straffelov og militær straffelov.

Vurderingen av hva som utgjør kvalifisert uaktsom rettsvillfarelse vil lett smelte sammen med vurderingen av hva som er åpenbart rettsstridig i tilknytning til vilkåret i Roma-vedtektene artikkel 33. Dette er tema for kapittelet om åpenbar rettsstrid. Her vil jeg peke på forskjellene mellom en uaktsom handling som kan lates straffri når den er begått i militært kommandomessig tjenesteforhold, men som *ikke* vil lates straffri under andre omstendigheter. La oss bruke fangebehandling som eksempel.

FANGEBEHANDLING

Under en avhørsituasjon får en etterretningsoffiser beskjed av sin foresatte om å benytte sterkt lys i ansiktet på den tilfangetatte (vedkommendes status er så langt jeg kan se uten betydning) for å øke presssituasjonen under avhøret. Dette fordi den tilfangetatte antas å sitte med tidskritisk informasjon for etterretningstjenesten. Den undergitte foretar så avhøret som varer i åtte timer og benytter seg av blendelampe rettet mot fangen mesteparten av tiden. Den undergitte stiller ikke spørsmål til ordren – han/hun vet at dette praktiseres. Er ordren lovlig? Er ordren lovlig under visse forutsetninger, for eksempel at blinding ikke må skje over lengre tid? Hvis vi konkluderer med at blinding over lengre tid for å skape press er ulovlig, er den undergitte uaktsom i sin rettsvillfarelse? Burde han/hun skjønt at situasjonen medførte uakseptabelt stressnivå for den tilfangetatte under avhør? Eksemplet kan kanskje være illustrerende for å vise terskelen for at milstrl. § 24 kan komme til anvendelse. Uvitenheten vil neppe være grovt klanderverdig hos en undergitt som ser hen til en allerede (ulovlig) etablert praksis i en situasjon hvor det er væpnet konflikt, samtidig som rettsvillfarelsen anta-

gelig vil bli bedømt som uaktsom i en regulær avhørssituasjon i norsk fredstid.¹²⁹ Vi kan da tenke oss at handlingen etter lov om straff § 26 ville bli bedømt som straffbar, mens den ville kunne lates straffri etter milstrl. § 24.

Fangebehandling er eksempel på et rettsområde som ikke er gjennomregulert når det gjelder internering av fremmed personell som ikke har krigsfangestatus og heller ikke nødvendigvis har status som mistenkt eller siktet i en straffesak. Dette bør nødvendigvis få betydning for kravene som stilles til aktsomhet ved vurderingen av rettsvillfarelse. Vi kan ta et kort blick på det norske regelverket knyttet til avhør og sammenligne det med de avhørsmetoder som er referert ovenfor i tilknytning til eksemplet fra Abu Ghraib og den angivelige ordre som ble utstedt fra amerikanske myndigheter, samt eksemplet med blendingslys inn tatt ovenfor. Regler for avhør av tilfangetatte personer i Norge, eller underlagt norsk jurisdiksjon, finnes i straffeprosessloven og påtaleinstruksen, militær disiplinærlov og forskrift om disiplinærreglement for Forsvaret og militært arrestreglement, samt lov om militær politimyndighet og forskrift om utøvelse av politimyndighet i det militære forsvar.¹³⁰ Straffeprosessloven har liten grad av generelle regler om hvordan avhør skal foretas, men viser til påtaleinstruksen som har en generell bestemmelse om gjennomføring av avhør i § 8-2.¹³¹ Her er det blant annet slått fast at den som gjennomfører avhøret alltid må opptre rolig og hensynsfullt og at løfter, uriktige opplysninger, trusler eller tvang ikke må brukes. Videre at det ikke må brukes midler som nedsetter mistenktes bevissthet eller evne til fri selvbestemmelse. Dernest må avhørene ikke ta sikte på å trette ut avhørte, som må få anledning til å få sedvanlige måltider og nødvendig hvile. Straffeprosessloven bestemmer i § 478 at ved etterforskning (og bruk av tvangsmidler) er militærpoliti og militære befalingsmenn likestilt med polititjeneste-

129 Et slikt avhør vil så langt jeg kan se være klart i strid med Forskrift om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen) av 28. juni 1985 nr. 1679, § 8-2 om gjennomføring av politiavhør av en mistenkt eller siktet. Når det gjelder ordre til politiet, er rettsvillfarelsen også særskilt regulert i Alminnelig tjenesteinstruks for politiet (politiinstruksen) av 22. juni 1990 nr. 3963 § 6-1.

130 Se henholdsvis Straffeprosessloven og Påtaleinstruksen, Lov om militær disiplinærmyndighet av 20. mai 1988 nr. 32 og Forskrift om disiplinærreglement for Forsvaret og militært arrestreglement, av 16. desember 1988 nr. 1033, Lov om politimyndighet i det militære forsvar av 20. mai 1988 nr. 33 og Forskrift om utøvelse av politimyndighet i det militære forsvar, av 26. november 1993 nr. 1299.

131 Straffeprosesslovens § 232 bestemmer blant annet at mistenkte skal gjøres kjent med hva saken gjelder før det foretas avhør og at han ikke har plikt til å forklare seg. Dernest finnes særlige regler knyttet til taushetsplikt og forklaring fra barn og personer med psykisk utviklingshemming.

menn.¹³² Dette betyr at påtaleinstruksens regler om gjennomføring av avhør som vist til ovenfor, gjelder også for de førstnevnte.

Så kommer modifikasjonene: militære disiplinærlov med tilhørende forskrift om disiplinærreglement for Forsvaret og militært arrestreglement regulerer bruk av refselsesmidler overfor befal og menige samt overfor krigsfanger og utenlandske militære personer som er internert i Norge “under krig mellom fremmede makter”.¹³³ Det følger av lovens § 10 annet ledd at ilagt refselse ikke er til hinder for at forholdet forfølges som straffesak. Refselse er derfor et parallelt system til den alminnelige straffeforfølgelse. Disiplinærreglementet har egne regler for avhør (innhenting av forklaring) i disiplinære saker. Her slås det fast at befal som opptar forklaring må opptre rolig og hensynsfullt og må ikke “ved løfter, trusler, tvangsmidler eller uriktige opplysninger søke å få vedkommende til å forklare seg i en bestemt retning”.¹³⁴ Dernest slås det fast i punkt 75 annet ledd: “Dersom avhøret varer flere timer, eller sakens art tilsier det, skal avhørsrapporten også inneholde opplysninger om avhørtes tilstand under avhøret og om han ble gitt sedvanlige måltider og hvile”. Det som er verdt å merke seg, er at reglementet ikke inneholder eksplisitt forbud mot bruk av midler som nedsetter den mistenktes bevissthet eller evne til fri selvbestemmelse eller et forbud mot avhør som tar sikte på å trette ut den avhørte. I påtaleinstruksen er det videre nedfelt en plikt til å gi avhørte sedvanlige måltider og nødvendig hvile, mens det i disiplinærreglementet knesettes en plikt til i *rapporten* å innta opplysninger om den avhørte ble gitt sedvanlige måltider og hvile. Betyr dette at det i militære disiplinærsaker overfor norsk og utenlandsk personell (jf. ovenfor) er adgang til å foreta avhør med sikte på å trette ut avhørte og å unnlate nødvendig hvile? Om det materielt sett ikke er adgang til å foreta mer belastende avhør etter disiplinærreglementet enn påtaleinstruksen, er uklarheten uansett egnet til forvirring for den undergitte. Det er etter mitt skjønn en type uklarhet som nettopp vil være relevant ved et spørsmål om rettsvillfarelse i de tilfeller der rettsstriden ikke er åpenbar, men kan tenkes å være uaktsom.

132 Se også Forskrift om politimyndighet i Forsvaret § 18 som viser til *tidligere* lov av 6. mai 1921 nr. 3, når det gjelder sidestilling av militært befal og polititjenestemenn. Henvisningen til tidligere lov og ikke til Straffeprosesslovens § 478 må skyldes en inkurie.

133 Militære disiplinærlov § 3. Krig mellom fremmede makter må forstås som en internasjonal væpnet konflikt. Refselse kan ilegges alt internert personell som i henhold til tredje Genèvekonvensjon artikkel 4 bokstav B, skal behandles likt med krigsfanger. Det vil blant annet si personell som er internert i tredjestat som ikke er part til konflikten.

134 Forskrift om disiplinærreglement punkt 73.

NORSK RETT OG FOLKERETTEN – MED UTGANGSPUNKT I FANGEEKSEMPEL

Regelbildet utfylles ved tredje Genèvekonvensjons regler om behandling av krigsfanger. Artikkel 17 fjerde ledd har regler om avhør. Bestemmelsen forbyr fysisk og psykisk tortur og all form for tvang for å sikre informasjon fra krigsfanger. Krigsfanger som ikke vil oppgi informasjon (bortsett fra den de er pliktig å gi i henhold til første ledd om navn og grad med videre) må ikke trues, forulempes (insulted) eller bli utsatt for ubehagelig (unpleasant) eller ufordelaktig (disadvantageous) behandling av noe slag. Denne bestemmelsen er etter sin ordlyd ganske vidtrekkende.

Det er en grunnleggende forskjell mellom krigsfanger og fanger som er mistenkt/siktet for straffbare forhold, nemlig pønaleffekten. Det er naturlig at dette til en viss grad gjenspeiles i reglene for etterforskning, herunder om avhør. Dernest finnes en tredje gruppe av tilfangetatte. Nemlig de som er internert av sikkerhetsmessige årsaker, fordi de antas å utgjøre en trussel mot de militære styrker. Dette er personer som verken nødvendigvis er mistenkt for straffbare forhold eller som har krav på immunitet mot straffeforfølgning som krigsfanger. Hvilket regelsett faller disse personene innunder? De har krav på at en minimumsstandard for human behandling og rett til kontradiksjon er ivaretatt. I de tilfeller hvor det er væpnet konflikt, eller hvor partene har avtalt at konvensjonene skal gjelde, kommer felles artikkel 3 til Genèvekonvensjonene, første tilleggsprotokoll artikkel 75 og/eller andre tilleggsprotokoll artiklene 4–6 til anvendelse. Samtlige bestemmelser gjelder forbud mot umenneskelig behandling og tortur og minsteprinsipper for rettferdig rettergang. Utover dette er regelverket lite detaljert. I krig, og krigslignende tilstander, er det en diskusjon om hvor langt staters menneskerettighetsforpliktelser strekker seg. Problemstillingen knytter seg til spørsmålet om forpliktelsene gjelder utenfor statens eget territorium (ekstra territorielt) og eventuelt om krigssituasjonen kan begrunne fravikelse (derogasjon) fra en eller flere av forpliktelsene. Det ligger langt utenfor rammene av denne fremstillingen å gå inn på debatten, jeg henviser til den kun for å peke på følgende: Særlig relevant når det gjelder spørsmålet om anvendelse av de internasjonale menneskerettighetsforpliktelser, er reglene om rettferdig rettergang.¹³⁵ Nemlig i hvilken grad menneskerettighetsforpliktelser kommer til anvendelse for Norge som stat, og dermed for norske styrker som deltar i en internasjonal fredsoperasjon, som holder personer fanget som ikke er krigsfanger og som ikke er mistenkt for et straffbart forhold.¹³⁶ I de grove tilfel-

135 Se særlig EMK artikkel 5, 6 og 7 og SP artikkel 9, 14 og 15.

136 Dette var problemstillingen i den ovenfor omtalte Saramati saken. Jeg viser til fremstillingen ovenfor når det gjelder sakens faktum og EMDs kjennelse.

lene vil menneskerettighetsgarantiene og reglene i krigens folkerett (Genèvekonvensjonene) være sammenfallende. Begge regelsett har for eksempel forbud mot tortur og dom uten rettergang. Men i de tilfeller som ikke er grove, for eksempel spørsmålet om maksimumstid for internering av sikkerhetsmessige årsaker (når jeg sier at dette er et eksempel på et tilfelle som ikke er grovt, forutsetter jeg at tidsperspektivet uansett er kortere enn hva for eksempel enkelte av fangene har sittet på Guantanamo) er det ikke utbygd regelverk for judisiell prøving eller mer detaljert regelverk som regulerer blant annet avhør. I Saramati-saken referert til ovenfor var det for eksempel anført at Saramati hadde sittet for lenge uten judisiell prøving av fengslingens lovlighet, i henhold til EMK artikkel 5. Så vidt meg bekjent har det ikke vært hevdet at de som fysisk har holdt Saramati innesperret skulle motsatt seg ordren. Dersom EMD hadde prøvd sakens realitet og kommet frem til at det forelå et brudd på EMK artikkel 5, kan jeg vanskelig se at dette ville ha fortonet seg annerledes. Vi befinner oss innenfor en type av ordre hvor det er rimelig å forutsette lovlighet. Men forutsetningen henger sammen med at reglene er uklare. Dersom en person ble beordret holdt i norsk varetekt uten fengslingskjennelse, ville det vært rimelig å forvente at tjenestemannen hadde motsatt seg ordren.

SÆRLIG OM ROMA-VEDEKTENE

I Roma-vedtektene er rettsvillfarelse i sin alminnelighet regulert i artikkel 32 nr. 2. Rettsvillfarelse *kan* utelukke straffansvar dersom villfarelsen utelukker gjerningspersonens subjektive skyld, det vil si forsett eller hensikt (eng: *negates the mental element required by such a crime*).¹³⁷ I praksis vil disse tilfeller være der hvor gjerningspersonen tar feil av konkrete rettsforhold som er avgjørende for straffbarheten, det som ovenfor er redegjort for som uegentlig rettsvillfarelse, eller situasjonsvillfarelse i norsk rett.¹³⁸ Denne villfarelsen bedømmes altså lempeligere både i Roma-vedtektene og i norsk rett. Dernest er rettsvillfarelse straffbefriende dersom den oppstår i kombinasjon med ordre som regulert i Roma-vedtektene artikkel 33.¹³⁹ Det er lagt til grunn fra norsk side at norsk rett ikke vil føre til flere frifinnelser for rettsvillfarelse enn Roma-vedtektene.¹⁴⁰

137 Se Andorsen, *Rettsvillfarelse i strafferetten*, s. 245 som kritiserer de norske lovforarbeidene for å oversette bestemmelsens uttrykk “excluding criminal responsibility” med straffrihetsgrunn. Andorsen foreslår begrepene “skyldutelukkende” eller “ansvarsutelukkende” som mer presise.

138 Se UD, St.prp. nr. 24 (1999-2000), s. 101 og JD, Ot.prp. nr. 8 (2007-2008), s. 75.

139 Jeg legger til grunn at frifinnelse etter Roma-vedtektene artikkel 33 er obligatorisk, dersom vilkårene er oppfylt, i motsetning til adgangen til frifinnelse etter Roma-vedtektene artikkel 32 nr. 2, som er fakultativ.

140 Se JD, Ot.prp.nr.8 (2007-2008), s. 75.

Reguleringen av rettsvillfarelse i Roma-vedtektene artikkel 32 nr. 2 er lagt til grunn å være et uttrykk for gjeldende internasjonal sedvanerett. I internasjonal strafferett, som i norsk rett, er det lagt til grunn at den kriminalpolitiske begrunnelsen for å frifinne en underordnet person som befinner seg i rettsvillfarelse bygger på at det er urimelig å forvente at en person i en underordnet stilling skal måtte avklare kontroversielle og/eller uklare juridiske spørsmål når det skal tas stilling til om en ordre skal utføres.¹⁴¹

OPPSUMMERING

Rettsvillfarelse er regulert for de militære forhold, i milstrl. § 24. Men denne bestemmelsen omfatter færre subordinasjonsforhold enn Roma-vedtektene artikkel 33, som også omfatter sivile subordinasjonsforhold. De sivile subordinasjonsforholdene vil i norsk rett vurderes etter den alminnelige straffelovs regler om rettsvillfarelse. Ved arbeidet med revisjon av den alminnelige straffelov ser det primære fokus – når det gjelder militære forhold – ut til å være knyttet til de alvorlige internasjonale forbrytelser. Dette er kanskje naturlig, fordi nytt kapittel 16 omhandler de internasjonale forbrytelser, herunder krigsforbrytelser. Det er påpekt fra lovgivers side at norsk rett ikke i større grad vil føre til frifinnelser enn internasjonal rett. Samtidig er det fremdeles slik – og det kommer ikke tydelig frem i lovforarbeidene – at blant de simple forbrytelser vil militær straffelov etter sin ordlyd fremdeles føre til flere frifinnelser enn den alminnelige straffelov. Dette er det også rimelig grunn til.

141 Se Cassese: *International Criminal Law*, s. 299–300.

ÅPENBAR RETTSSTRID – GRENSEN FOR STRAFFANSVAR

I noen situasjoner vil ordre *aldri* kunne begrunne frifinnelse. Dette gjelder både norsk og internasjonal strafferett.¹⁴² Det vil si at det finnes en grense for tilfeller som aldri vil kunne medføre straffrihet, til tross for at gjerningspersonen handlet etter ordre og befant seg i rettsvillfarelse. I norsk rett er denne grensen definert i milstrl. § 24 ved de tilfeller der den undergitte “har indseet eller klarlig maatte have indseet” at han medvirker til en rettsstridig handling. I Roma-vedtektene artikkel 33 er den samme grensen uttrykt som et krav om at ordren ikke må være “manifestly unlawful”, eller åpenbart rettsstridig. Jeg skal først kommentere forholdet mellom terskelen i norsk rett og i internasjonal rett, før jeg kommer nærmere inn på kravet om hjemmel i lov og forutsetningen om at rettsstriden fremstår som klar.

Grensen for åpenbar rettsstrid i norsk og internasjonal rett

Terskelen for hvilke tilfeller som *aldri* vil kunne lates straffrie er språklig sett ulikt utformet i norsk rett og i Roma-vedtektene. I norsk rett er vilkåret utformet som en aktsomhetsvurdering hos gjerningspersonen – altså som et spørsmål om bebreidelse. I Roma-vedtektene er det kommet til uttrykk som et objektivt vilkår, eller en egenskap ved ordren selv. Denne forskjellen, mellom *subjektiv bebreidelse* og *objektiv egenskap*, vil så langt jeg kan se være mer et spørsmål om gradering enn en skarp todeling.¹⁴³ Hvordan man karakteriserer en objektiv egenskap vil ha innflytelse på vurderingen av subjektiv bebreidelse. Også der hvor vilkåret er formulert objektivt, altså som et spørsmål om hva som er åpenbart, vil en alltid måtte legge til: åpenbart *for hvem?* Sistnevnte kan jeg ikke forstå annet enn som en uaktsomhetsvurdering. Denne vurderingen inneholder *både* et spørsmål om gjerningspersonen opptrådte i tråd med hva en rimeligvis kan forvente av atferd i en tilsvarende situasjon *og* et spørsmål om hans/hennes personlige forutsetninger for å opptre annerledes. En uaktsomhetsvurdering er også i utgangspunktet *objektiv*, selv om det er en vurdering knyttet til spørsmålet om subjektiv skyld.¹⁴⁴ Man sammenligner den utførte gjerning med en objektiv norm og vurderer konkret om gjerningspersonen – gitt de objektive omstendigheter – med rimelighet kunne forventes å handle annerledes. Dersom man

142 Jeg sikter til ordre alene, eller i kombinasjon med rettsvillfarelse. Ikke først og fremst ordre i kombinasjon med nødrett som straffrihetsgrunn.

143 Se også Andorsen, *Rettsvillfarelse i strafferetten*, s. 247.

144 Se Andenæs, *Alminnelig strafferett*, s. 243.

dernest tar hensyn til vedkommendes personlige forutsetninger, for eksempel om personen er dårlig til å stå imot press og dårlig innflytelse, foretar vi en subjektiv vurdering. Selve vurderingen av uaktsomhet foretas altså i to trinn.

Vi kan bruke håndtering av skytevåpen som et eksempel: vi forventer at enhver *forvisser* seg om at det området som benyttes til skytetrening ikke skaper risiko for tilfeldig forbigående (eller andre som deltar i treningen). Hvis en foresatt beordrer skytetrening i umiddelbar nærhet til tettbebygde strøk og uten tydelig oppmerking av skytefelt forventer vi at det i fredstid opptres annerledes. Eller for å si det slik: dersom et skudd treffer og tar livet av en turgåer som plukker molter 400 meter unna, så mener vi at drapet *burde* vært forutsett. Den som skjøt kan antagelig *bebreides* drapet. Men hva hvis det var den undergitte som skjøt og som var av en usedvanlig lydig, godtroende og oppofrende natur – burde han/hun sett at skyting i det beordrede område kunne medføre drap av tilfeldige turgåere? Sistnevnte er et spørsmål om gjerningspersonens personlige – eller subjektive – forutsetninger. Eller: en subjektiv vurdering av gjerningspersonens straffverdighet. Denne to-trinns vurderingen er i tråd med definisjonen av uaktsomhet i ny lov om straff § 23: “Den som handler i strid med kravet til forsvarlig opptreden på et område, og som ut fra sine personlige forutsetninger kan bebreides, er uaktsom. Uaktsomheten er grov dersom handlingen er svært klanderverdig og det er grunnlag for sterk bebreidelse.”

Jeg forutsetter altså at vilkåret om *åpenbar rettsstrid* i Roma-vedtektene artikkel 33 i realiteten er en (u)aktsomhetsnorm. Det neste spørsmålet er om aktsomhetsnormen er sammenfallende med norsk rett. Med andre ord: vil de samme tilfeller bli bedømt likt i norsk og internasjonal rett?

Spørsmålet forutsetter egentlig svar på følgende to underspørsmål: er Roma-vedtektene artikkel 33 representativ for gjeldende internasjonal (sedvane)rett? Er norsk rett overensstemmende med henholdsvis Roma-vedtektene artikkel 33 og/eller internasjonal sedvanerett?

I den internasjonale debatten har det vært diskutert om hvorvidt Roma-vedtektene artikkel 33 er overensstemmende med gjeldende sedvanerett.¹⁴⁵ Jeg skal her kun kort redegjøre for debatten og gjengi hva som ser ut til å være norsk

145 Se særlig Paola Gaeta, “The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law”, *European Journal of International Law*, årg. 10, nr. 1 (1999): 172–191, som hevder at det er motstrid mellom Roma-vedtektene og internasjonal sedvanerett. For et motsatt oppfatning, se Hilaire Mc Coubrey, “From Nuremberg to Rome: Restoring the Defence of Superior Orders”, *International and Comparative Law Quarterly*, nr. 2 (2001): 386–394 og Charles Garraway, “Superior Orders and the International Criminal Court: Justice delivered or justice denied”, *International Review of the Red Cross*, nr. 836 (1999): 785–794.

oppfatning, for dernest å vie mer plass til å diskutere eksempeltilfelle nedenfor i kapittel seks.

I kapittel én er det vist til to retninger i praksis om ordre som frifinnelsesgrunn. Den ene retningen, vist til som *absolute liability*, slår fast at ordre aldri kan være en omstendighet som fører til fullstendig frifinnelse. Den andre retningen, vist til som *conditional liability*, slår fast at ordre kan, under spesielle omstendigheter, lede til fullstendig frifinnelse. Kjernen i forskjellen mellom disse to doktriner er anvendelsen av regelen om åpenbar rettsstrid, *manifest illegality*. I henhold til *conditional liability*-doktrinen, er det dette kriteriet som avgjør om en underordnet i god tro kan frifinnes. Disse to retningene er hevdet å være uforenlige, fordi den ene doktrinen åpner for frifinnelse og den andre ikke. Det er dernest hevdet at Roma-vedtektene artikkel 33 er et uttrykk for *conditional liability*-doktrinen og at bestemmelsen er i strid med den internasjonale sedvaneretten, som har lagt til grunn et prinsipp om *absolute liability*. Spørsmålet er hva denne uforenligheten består i, og om den er reell. Dersom det ikke er en reell motstrid mellom de to teoriene, vil heller ikke Roma-vedtektene artikkel 33 utgjøre et brudd med sedvaneretten. Vi kan legge til grunn, slik enkelte forfattere har gjort, at den internasjonale praksis fra Nürnberg- og Tokyo-domstolene faktisk ikke etablerte en ny doktrine om *absolute liability*, men heller var et praktisk eksempel på behandling av tilfeller der forbrytelsene avgjort var *åpenbart rettsstridige*.¹⁴⁶ Uforenligheten mellom de to doktriner kan da omformuleres som et spørsmål om *hva som er åpenbart rettsstridig*. Altså at det ikke kan slås fast en doktrine som konsekvent stenger for frifinnelse i tilfeller der den underordnede har begått en forbrytelse etter ordre fra en overordnet. Det avgjørende vil istedet være om de forbrytelsene som påtales er så vidt alvorlige at de kan sies å være åpenbart rettsstridige, slik at ordren aldri vil ha betydning. Det springende punkt hvis vi legger dette til grunn, er om *krigsforbrytelser* i henhold til internasjonal sedvanerett alltid er åpenbart rettsstridige. Roma-vedtektene artikkel 33 åpner for at krigsforbrytelser ikke er presumptivt åpenbart rettsstridige – det er det kun forbrytelser mot menneskeheten og folkemord som er. Enkelte forfattere har lagt til grunn at det er nettopp her Roma-vedtektene er i strid med sedvaneretten, fordi krigsforbrytelser i praksis alltid har blitt betraktet som åpenbart rettsstridige.¹⁴⁷ Vi kan derfor forlate den internasjonale debatt med å oppsummere det rettslige spørsmål til å være *hva er egentlig åpenbart rettsstridig?*

146 I denne retning se Mc Coubrey, Hilaire, "From Nuremberg to Rome: Restoring the Defence of Superior Orders", *International and Comparative Law Quarterly*, nr. 2 (2001): 386–394.

147 Se Cassese, *International Criminal Law*, s. 279 og Gaeta, "The Defence of Superior Orders": 183.

Fra norsk side ser det imidlertid ut til å være lagt til grunn at Roma-vedtektene *er* i overensstemmelse med sedvaneretten og at norsk rett er i overensstemmelse med Roma-vedtektene artikkel 33 (og derfor sedvaneretten).¹⁴⁸ Vi kan derfor forutsette at vurderingen etter henholdsvis milstrl. § 24 og alminnelig straffelovs § 57 (§ 26 i ny lov) på den ene siden og Roma-vedtektene artikkel 33 på den andre siden vil være parallell når det gjelder *internasjonale forbrytelser*. Eller for å si det slik: de ordrer som etter Roma-vedtektene artikkel 33 fremstår som åpenbart rettsstridige vil en undergitt klart ha måttet innse var rettsstridige etter milstrl. § 24. Likeledes vil en person i et sivilt subordinasjonsforhold heller ikke være i unnskyldelig rettsvillfarelse i henhold til alminnelig straffelov. Når milstrl. § 24 likevel kan begrunne flere frifinnelser enn Roma-vedtektene artikkel 33 skyldes dette at milstrl. § 24 har et videre anvendelsesområde enn Roma-vedtektene artikkel 33, både i negativ og positiv forstand. Den militære straffelov omfatter også mindre alvorlige forbrytelser enn de som faller inn under ICC (krigsforbrytelser, forbrytelser mot menneskeheten og folkemord) sitt anvendelsesområde. Den militære straffelov gjelder både grove og mindre grove forbrytelser og samtidig krigsforbrytelser.

At det er *forskjell* i anvendelsesområde, betyr imidlertid ikke at det behøver å være *motstrid* mellom anvendelsesområdet til milstrl. § 24 og Roma-vedtektene artikkel 33.

Det som kanskje er mest interessant i denne sammenheng er hvor langt fritagelsen fra straffansvar strekker seg i bestemmelsenes *nedre* anvendelsesområde. Overfor hvilke handlinger utført i en militær operasjon kan vi tenke oss at ordre vil *kunne være* en frifinnelsesgrunn? Hva betyr det at enkelte krigsforbrytelser forutsettes å *ikke være* åpenbart rettsstridige etter norsk rett og Roma-vedtektene? Jeg skal nedenfor gå igjennom utvalgte eksempler og typetilfelle knyttet til vurderingen av åpenbar rettsstrid i kapittel seks, men først vil jeg knytte noen kommentarer til legalitetsprinsippet i strafferetten og kravet om klarhet.

Lovprinsippet og kravet om klarhet

Legalitetsprinsippet i strafferetten krever at det finnes hjemmel i lov for å idømme straff. Dette har jeg tidligere omtalt som et “lovskrav”. I dette kravet forutsettes det også at straffetrusselen inneholder et minimum av klarhet. Det er en del

148 Se UD, St.prp. nr. 24 (1999-2000), s. 101 som viser videre til St.meld. nr. 102 (1978-79). Henvisningen er imidlertid noe uklar i forhold til hva det sedvanerettslige prinsippet inneholder.

av de grunnleggende rettssikkerhetsutfordringer i vår rettsstat at lovgivningen inneholder et minimum av presisjon. Hva gjelder legalitetsprinsippet er det også problematisk å snakke om straff for brudd på sedvanerett, fordi sedvaneretten består av uskrevne regler. Den tradisjonelle definisjonen av krigsforbrytelser har nettopp inneholdt en henvisning til sedvaneretten. Krigsforbrytelser er omtalt nærmere i avsnittet nedenfor. I dette avsnittet skal jeg se på det generelle knyttet til definisjon av forbrytelser i forhold til det spesielle vilkåret om åpenbart rettsstridig ordre. En umiddelbar sammenheng virker rimelig: desto klarere utformet lovtekst, desto større krav til gjerningspersonens forutsatte forståelse. For eksempel vil det normalt være lettere å definere hva som er kjøring av motorvogn i alkoholpåvirket tilstand, enn å definere hva som er ødeleggelse av fiendens eiendom eller materiell uten at dette er militært nødvendig.¹⁴⁹ Å bestemme militær nødvendighet kan være et vagere skjønnsstema å ta stilling til, enn å måle alkoholkonsentrasjon i blodet hos en bilfører. Kravet om klarhet i lov gjelder generelt og det gjelder i litt forskjellige varianter både i ulike nasjoners interne rett og i folkeretten. Jeg skal ta for meg et par eksempler på diskusjon knyttet til lovprinsippet ved ulike forbrytelser.

LOVPRINSIPPET OG ANVENDELSE AV FORBUDTE STRIDSMETODER

Det finnes eksempler på at lovprinsippet er brukt som argument mot straffansvar, fordi den angitte gjerning er for vagt utformet i regelverket. Et slikt eksempel når det gjelder stridsmetoder er *Galic*-saken for straffedomstolen for det tidligere Jugoslavia (ICTY). *Galic* var blant annet tiltalt for angrep på sivile. Fra forsvarers side ble det vist til at forbrytelsen å angripe sivile var et uttrykk av en generell natur som anga ulovlige handlinger med det siktemål å beskytte sivile som gruppe i alle typer av konflikter (“expression of general nature designating unlawful action aimed at civilians as protected category in all conflicts”). Det ble videre hevdet at den anførte forbrytelse manglet konstituerende elementer og derfor ikke var en distinkt forbrytelse. Dette ble avvist av domstolen under henvisning til at forbrytelsen å angripe sivile tvert i mot var ganske spesifikk.¹⁵⁰

149 Når det gjelder promillekjøring, se Lov av 18.juni 1965 nr. 4 (Vegtrafikkloven) § 22 jf. § 31. Ødeleggelse av eiendom og materiell vil kunne være krigsforbrytelse etter lov om straff av 2005 § 104 eller § 106. En handling som nevnt vil også kunne tenkes å falle innunder militær straffelov § 103, men både denne og bestemmelsene i straffeloven av 2005 forutsetter at det er en væpnet konflikt eller – for militær straffelovs tilfelle – at Kongen har bestemt at bestemmelsen kommer til anvendelse, for eksempel i en internasjonal operasjon. Utenom tilfeller som er regulert av bestemmelser for væpnet konflikt, så kommer alminnelig straffelovs bestemmelser om skadeverk til anvendelse.

150 Se ICTY (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia): *Galic* (IT-98-29-A), Appeals Chamber Judgement, 30. november 2006, avsnitt 125 med videre henvisninger.

Avgjørelsen i Galic-saken er et tilfeldig eksempel, valgt på grunn av forbrytelsestypen (angrep rettet mot sivile). Nedenfor i kapittel seks kommer jeg tilbake til nettopp angrep på sivile som krigsforbrytelse og hvilke grensetilfelle som kan være vanskelige å vurdere lovligheten av – særlig for en underordnet.

LOVPRINSIPPET OG ANVENDELSE AV FORBUDTE STRIDSMIDLER

Et annet eksempel, når det gjelder stridsmidler, kan hentes fra norsk rett og ny norsk straffelov § 107 bokstav d) som lyder: “For krigsforbrytelse straffes den som i forbindelse med en væpnet konflikt [...] bruker et annet stridsmiddel som er i strid med folkeretten.”¹⁵¹ Det er presisert i lovens forarbeider at bestemmelsen både omfatter stridsmidler som er forbudt etter folkerettslig sedvane og etter konvensjoner eller avtaler som gjerningspersonens hjemstat er bundet av.¹⁵² Straff for brudd på sedvanerett er i strid med Grunnlovens § 96. Bestemmelsen i § 107 bokstav d er en sekkebestemmelse, og spørsmålet vil være hvorvidt den kriminaliserer nye gjerninger uten at disse i tilstrekkelig grad fremkommer klart av lovteksten. Ytterligere en variant av en sekkebestemmelse var vurdert; nemlig forbud mot stridsmidler som etter sin art forårsaker overflødig skade, unødig lidelse eller som rammer vilkårlig, uten at våpenet i seg selv er forbudt etter folkeretten. Dette forslaget mente departementet ville være problematisk i forhold til nettopp lovprinsippet (legalitetsprinsippet).¹⁵³ Spørsmålet er om nåværende bestemmelse er vesentlig klarere enn det forkastede forslaget. Stridsmidler som er forbudt etter konvensjon kan være håndterbart, men stridsmidler som er forbudt etter sedvane kan by på utfordringer i praksis. Særlig når det kommer til spørsmålet som er relevant i denne sammenheng; nemlig hva som kan forventes å være klart for en underordnet i en bestemt situasjon. Hvilke stridsmidler som er forbudt etter sedvaneretten og som ikke allerede er listet opp i straffelovens § 107 bokstav a-c, må forventes at “enhver” tjenestegjørende i uniform kjenner til? Det er nemlig i disse tilfellene bokstav d vil ha selvstendig betydning. Og det er i disse tilfellene at legalitetsprinsippet antagelig vil kunne bli satt på spissen.

Eksempler på stridsmidler som i dag ikke er forbudt i henhold til konvensjon er atomvåpen og ulike typer kniver. Klasevåpen har lenge hørt til denne kategorien, men er nå regulert i konvensjon av 30. mai 2008. Konvensjonen har ennå ikke trådt i kraft.¹⁵⁴ En annen våpentype der bruken har vært gjen-

151 Bestemmelsen er ikke ulik militære straffelovs § 107. Sistnevnte bestemmelse har imidlertid en begrensning til at stridsmiddelet eller våpenet må være forbudt ved en traktat som Norge er tilsluttet. Militær straffelov § 107 oppheves når ny straffelov tretr i kraft og jeg konsentrer meg derfor om ny straffelov.

152 JD, Ot.prp. nr. 8 (2007-2008), s. 298.

153 Ibid.

154 *Convention on Cluster Munitions*, 30. mai 2008.

stand for diskusjon, er såkalt *multipurpose*-ammunisjon, altså ammunisjon som inneholder både eksplosjons- og brannstiftende elementer. Det er ammunisjon som primært er panserbrytende. Ammunisjonstypen er diskutert i tilknytning til St. Petersburgdeklarasjonen av 1868 som forbyr bruk av eksploderende eller brannstiftende prosjektiler med en egenvekt på under 400 gram. Innholdet i denne deklarasjonen er i det vesentligste ansett som folkerettslig sedvanerett. For Norges vedkommende er det særlig 12,7 millimeter *multipurpose*-ammunisjon som er diskutert opp mot sedvanerettsregelen etter St. Petersburgdeklarasjonen. Etter norsk syn vil ikke denne ammunisjonstypen deflagrere i menneskekroppen og bruken er derfor ansett å være i tråd med folkeretten. I praksis benytter det norske forsvaret ammunisjonstypen kun mot materiell. Bruken av ammunisjonstypen *direkte mot personell*, for eksempel i snikskytterrifle, er imidlertid diskutert. Det kan ikke forventes at enhver underordnet er oppdatert på den rettslige debatt dersom våpentypen er omdiskutert. Det kan imidlertid forventes at enhver underordnet er kjent med egen nasjons rettsoppfatning og veiledning knyttet til våpenbruk.

Lovprinsippets krav om forutsigbarhet innebærer at de forbudte gjerninger skal være kjent for folk flest, eller kan forutsettes kjent for folk flest, og at like tilfeller behandles likt i henhold til loven. Et lovprinsipp skal motvirke vilkårlighet. Blant de sentrale regler i krigens folkerett som forutsettes kjent for alt militært personell, er det vanlig å vise til fire grunnleggende prinsipper. Jeg skal i det neste avsnittet se nærmere på forholdet mellom de fire grunnleggende prinsipper og vilkåret om åpenbar rettsstrid. Et overordnet spørsmål er om *grunnleggende prinsipper* er ensbetydende med at brudd på disse må fremstå som åpenbart rettsstridig. Og i forlengelsen av diskusjonen om legalitetsprinsippet; er det slik at grunnleggende prinsipper alltid er *klare* forbud?

Grunnleggende humanitærrettslige prinsipper og kravet

om klarhet

De grunnleggende prinsipper i den internasjonale humanitærrett er det vanlig å vise til som; prinsippene om humanitet, militær nødvendighet, distinksjon og proporsjonalitet. Prinsippene er grunnleggende og kan formuleres som tilsynelatende enkle plikt- eller forbudsregler. Allikevel gir de anvisning på vurderingstemaer som i praksis kan være vanskelige.

Kort sagt kan en si at alt er en avveining mellom humanitet og militær nødvendighet. Humanitetsprinsippet er et grunnleggende hensyn som skal iakttas slik at unødig lidelse unngås. Allerede ved henvisningen til *unødig lidelse* ser vi at det er umulig å snakke om humanitet uten et begrep om hva som er *nød-*

vendig.¹⁵⁵ I krigens folkerett finnes det et paradoks: Humanitærretten forutsetter at en form for lidelse er tillatt.¹⁵⁶ Krigen som faktum er akseptert i praktisk forstand når krigens regler trer i kraft. I dette ligger det også at krigens regler *in bello* ikke tar stilling til om krigen som sådan er lovlig *ad bellum*. Det er begrensningen av krigens virkninger reglene *in bello* befatter seg med. Hvis vi aksepterer at krig er maktanvendelse for å få noen til å følge ens vilje, skal det heller ikke være nødvendig å bruke mer makt enn det som er nødvendig for å nå målet (få sin vilje innfridd). Prinsippet om nødvendighet er nettopp relatert til målsettinger. Eller for å si det på en annen måte: det er inhumant å gjøre mer enn det som er nødvendig for å nå et politisk-militært eller et militært lovlig mål. Historisk er dette kommet til uttrykk blant annet i St. Petersburgdeklarasjonen fra 1868, hvor det ble slått fast at det eneste legitime formål stater skulle søke å oppnå, var å svekke fiendens militære styrker. Dette formål ville bli overskredet dersom det ble benyttet våpen som skapte unødig lidelse for de stridende. Anvendelse av slike våpen ville være stridende mot humanitære prinsipper og den offentlige samvittighets krav.¹⁵⁷ Denne henvisningen til humanitære prinsipper lover finner vi igjen i den mye omtalte Martens-klausulen som forekom i traktatsform første gang i 1899. Klausulen er gjentatt både i Genèvekonvensjonene av 1949 og i første tilleggsprotokoll og lyder slik:

Until a more complete code of the laws of war has been issued, the High contracting Parties deem it expedient to declare that, in cases not included in the Regulations adopted by them, the inhabitants and the belligerents remain under the protection and the rule of the *principles of the law of nations*, as they result from the *usages established among civilized peoples, from the laws of humanity, the dictates of the public conscience*. (min utheving)¹⁵⁸

155 Humanitetsprinsippet og nødvendighetsprinsippet er i dag kodifisert i en generell form i TP 1 artikkel 35 henholdsvis nr. 1 og 2.

156 Noen stater bruker blant annet dette som begrunnelse for at begrepene “law of armed conflict” og “international humanitarian law” bør holdes fra hverandre. Fordi førstnevnte behandler det som tradisjonelt har vært benevnt Haagrett, regler om krigføringsmetoder og midler og sistnevnte har inneholdt regler om beskyttelse av krigens ofre, Genèverett.

157 Declaration renouncing the Use, in time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight. Saint Petersburg, 29 November/11 December 1868. Den engelske teksten bruker uttrykket “laws of humanity”.

158 Sitatet er hentet fra *Convention with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: “Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land”*, The Hague, 29 July 1899 [Landkrigsreglementet]. Se også for eksempel TP 1 artikkel 1 (2).

Det er diskutert i den juridiske teori hvor stor selvstendig vekt som kan legges på en slik generell klausul ved løsningen av konkrete rettsspørsmål. En nøktern måte å betrakte klausulen på, er å se den som en retningslinje ved tolkningen av andre bestemmelser og som inspirasjon til videre utvikling av retten. En mer radikal måte å betrakte klausulen på er å betrakte den som en selvstendig rettskilde; altså som et eget hjemmelsgrunnlag.¹⁵⁹ Jeg betrakter Martens-klausulen primært i tråd med førstnevnte. Å betrakte den som et selvstendig hjemmelsgrunnlag, særlig dersom det er snakk om brudd på reglene som kan medføre straffansvar, vil kunne være problematisk i forhold til lovprinsippet i strafferetten. I forhold til denne studien vil problemet være særlig fremtredende: dersom kriminalisering skal skje (alene) gjennom en generell klausul som Martens-klausulen vil det være vanskelig å si at forbrytelsen måtte fremstå som *åpenbart rettsstridig*.

Humanitets- og nødvendighetsprinsippet spiller en rolle både i forhold til begrensning av lidelse hos stridende og i forhold til begrensning av sivile følger.¹⁶⁰ Både proporsjonalitetsprinsippet og distinksjonsprinsippet viser til en avveining *i forhold til noe*. Proporsjonalitetsprinsippet oppstiller en norm om at et angrep ikke må føre til overdreven sivil følgeskade *i forhold til* den konkrete militære fordel som er forventet.¹⁶¹ Distinksjonsprinsippet etablerer et skille mellom stridende og sivile og mellom militære og sivile objekter. Det er ikke ansett *nødvendig* å rette angrep mot annet enn stridende og militære objekter. Dette prinsippet er ansett som internasjonal sedvanerett både i internasjonale og ikke-internasjonale væpnede konflikter.¹⁶² Å *rette* militære angrep mot objekter eller personer som ikke er skilt ut som militære objekter eller stridende personer, er ansett som vilkårlige angrep, og er både forbudt og en krigsforbrytelse.¹⁶³ Men er det alltid klart hvem som er stridende og hva som er militære objekter? Dette er temaet for neste kapittel; nemlig når brudd på distinksjonsprinsippet utgjør en krigsforbrytelse og når denne i så fall er *åpenbart rettsstridig*.

159 For en nærmere presentasjon av debatten se for eksempel Cassese, Antonio, "The Martens Clause; half a loaf or simply a pie in the sky?", *European Journal of International Law*, årg. 11, nr. 1 (2000).

160 Dette skillet er basert på den historiske inndelingen i "Haag-rett og Genève-rett", der henholdsvis Haag-retten regulerer krigføringsmidler og metoder og Genève-retten tar sikte på å beskytte ofrene. Gjennom vedtaket TP 1 til Genèvekonvensjonene er skillet i praksis nesten opphevet.

161 TP 1, artikkel 51 nr. 5, bokstav b.

162 Se blant annet Jean-Marie Henckaerts og Louise Doswald-Beck: *Customary International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), regel 7 flg.

163 TP 1, artikkel 51 nr. 4 og 5 og artikkel 52. Se også straffeloven av 2005 § 106, a.

KRIGSFORBRYTELSE – NÅR ER DE ÅPENBART RETTSTRIDIGE?

I dette kapittelet skal jeg se på én type krigsforbrytelse for å illustrere problemstillinger knyttet til ordre og vilkåret om åpenbar rettsstrid. Nemlig *angrep mot sivile personer eller sivilbefolkning*. Alle de fire prinsippene beskytter i sin generelle form sivile mot unødig tap av liv og helse. Jeg viste ovenfor til at alt egentlig kan sies å være en avveining mellom humanitet og nødvendighet. Der nest at denne avveiningen kan konkretiseres i forhold til et *skille* mellom sivile og stridende og mellom *forholdsmessig* og *uforholdsmessig* følgetap når det først siktes på et lovlig mål. Jeg skal i det følgende se nærmere på når brudd på prinsippene utgjør en krigsforbrytelse og om straffansvaret er forskjellig henholdsvis i norsk og internasjonal rett. Men først nærmere om definisjonen av krigsforbrytelser fra et internasjonalt og et norsk perspektiv.

Krigsforbrytelser – internasjonal rett

I første kapittel ble krigsforbrytelser definert som “brudd på krigens regler”,¹⁶⁴ eller “brudd på krigens lover og sedvaner”,¹⁶⁵ herunder brudd på sedvaneretten, de uskrevne regler. Jeg viste også til at krigsforbrytelser er alvorlige brudd på den internasjonale humanitærretten, forbrytelser *begått i forbindelse med en væpnet konflikt*.¹⁶⁶ Det er blant annet en krigsforbrytelse å drepe personer som er beskyttet i væpnet konflikt. Det humanitærrettslige regelverk hvor overtredelser kan utgjøre krigsforbrytelser finnes i Genèvekonvensjonene med tilleggsprotokoller, Haagkonvensjonens landkrigsreglement og ulike våpenkonvensjoner, i tillegg til sedvanerett. Hva som er krigsforbrytelser i folkeretten er i dag definert i internasjonal sedvanerett og i vedtektene for ulike internasjonale domstoler. Det er først og fremst Roma-vedtektene som er relevante å se hen til, fordi denne domstolen siden 2002 har vært permanent og globalt virkende. Det foreligger imidlertid en anelig mengde rettspraksis fra de to ad hoc-domstolene for det tidligere Jugoslavia og Rwanda. I vedtektene for sistnevnte domstoler er også krigsforbrytelser regulert, selv om det i vedtektene selv ikke benyttes uttrykket

164 Cassese, *International Law*, s. 437 med videre henvisninger.

165 Dahl, *Håndbok i militær folkerett*, s. 372.

166 Se JD, Ot.prp. nr. 8 (2007-2008), s. 87 og 285. Krigsforbrytelser må være begått i forbindelse med en væpnet konflikt er også slått fast i rettspraksis fra Domstolen for det tidligere Jugoslavia, ICTY.

“krigsforbrytelse”, men vises til henholdsvis “grove brudd på Genèvekonvensjonene” og “brudd på krigens lover og sedvaner”.¹⁶⁷ I Roma-vedtektene er krigsforbrytelser definert i artikkel 8. Bestemmelsen har en omfattende utforming. Jeg skal her fremheve eksempler knyttet til brudd på distinksjonsprinsippet.

Angrep mot sivile eller sivilbefolkning er regulert i artikkel 8 nr. 2 b, i, som i norsk oversettelse slår fast at det er en krigsforbrytelse “forsettlig å rette angrep mot sivilbefolkningen som sådan eller mot enkelte sivilpersoner som ikke tar direkte del i fiendtlighetene.”¹⁶⁸ I vedtektene til Jugoslavia- og Rwanda-domstolen er ikke angrep mot sivile bokstvert ut, men det er like fullt lagt til grunn at dette er en krigsforbrytelse som er omfattet av vedtektenes artikkel 3. Jeg viser i denne forbindelse til Galic-saken som er omtalt ovenfor. Et annet eksempel fra Jugoslavia-domstolen der angrepet ble *ansett som rettet mot sivilbefolkningen*, er saken mot Milan Martić. Martić stod tiltalt for en rekke krigsforbrytelser, deriblant tilfeller av bombing av tettbebygde områder i Zagreb. Blant annet hadde det vært benyttet et rakettutskytningsapparat, M-87 Orkan, som kunne avfyre raketter fra opptil 50 kilometers avstand. De hadde da en forventet feilmargin på én kilometer i forhold til treffpunktet. Raketten inneholdt klaseammunisjon med 288 bomblets og ble avfyrt fra maks avstand mot tettbebygd strøk. Retten la da til grunn at våpenet ikke var i stand til å treffe spesifikke militære mål og derfor var et vilkårlig (indiscriminate) våpen. Retten hadde samtidig lagt til grunn at et angrep *kunne anses som rettet direkte mot sivile* dersom våpenet som ble benyttet var vilkårlig.¹⁶⁹ Dette er i tråd med tidligere praksis fra domstolen, hvor det er slått fast at både vilkårlige og uproporsjonale angrep kan – etter en konkret vurdering – anses som rettet direkte mot sivile.¹⁷⁰

Denne type (vilkårlige) angrep er eksplisitt regulert i Roma-vedtektene artikkel 8 nr. 2 b, iv, som i norsk oversettelse lyder:

[...] forsettlig å iverksette et angrep med kunnskap om at et slikt angrep vil forårsake tilfeldig tap av sivilpersoners liv, skade på sivilpersoner, skade på si-

167 Se Forente nasjoner, *Resolution 827, S/RES/827 (1993)* [online 26 Nov 2008] Statuttene for den internasjonale domstol vedrørende krigsforbrytelser begått i det tidligere Jugoslavia, artiklene 2 og 3.

168 De norske oversettelsene fra Roma-vedtektene er hentet fra JD (Justis- og politidepartementet), Ot.prp. nr. 95 (2000-2001), *Om lov om gjennomføring i norsk rett av Den internasjonale straffedomstols vedtekter 17. juli 1998* (Roma-vedtektene). Oversettelsene er ikke autoritative, men benyttes av praktiske hensyn der det ikke er vurdert som avgjørende for fremstillingen å benytte autoritativ tekst.

169 ICTY (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia): *Martić* (IT-95-11-T) RSK, 12. juni 2007, avsnittene 69 og 462-463. Denne vurderingen ble opprettholdt av appeldomstolen i (IT-95-11-A), 8. oktober 2008, avsnitt 252 og 261-262.

170 ICTY (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia): *Galic* (IT-98-29-A), Appeals Chamber Judgement, 30. november 2006, avsnitt 133.

vile gjenstander eller omfattende, langvarige og alvorlige skader på naturmiljøet, som klart ville være for omfattende i forhold til den forventede konkrete og umiddelbare samlede militære fordel.

Jeg kommer nærmere tilbake til anvendelsen av de nevnte bestemmelser sett i sammenheng med norsk rett. I det følgende skal jeg kort se på reguleringen av krigsforbrytelser i norsk rett.

Nærmere om krigsforbrytelser – norsk rett

I norsk rett har brudd på Genèvekonvensjonene vært straffesanksjonert i militær straffelov § 108. Denne straffebestemmelsen har en strafferamme på fire år og rammer tilfeller som ikke fanges opp av et strengere straffebud. Handlinger som faller innunder militær straffelov § 108 er derfor *ikke nødvendigvis krigsforbrytelser*. Militær straffelov har også bestemmelser om bruk av ulovlige stridsmidler og metoder i §§ 100–107. Etter at Norge tiltrådte Roma vedtektene og i forbindelse med revisjon av straffeloven av 1902 har det nå blitt vedtatt et nytt kapittel 16 om folkemord, forbrytelser mot menneskeheten og krigsforbrytelser i straffeloven av 2005. Kapitlet trådte i kraft 7. mars 2008.¹⁷¹ Samtidig ble militære straffelov § 107, om forbudte stridsmidler, opphevet.¹⁷² Bestemmelsene knyttet til krigsforbrytelser gjelder *i forbindelse med en væpnet konflikt*.

Det sondres ikke mellom internasjonale og ikke-internasjonale væpnede konflikter slik som i Roma-vedtektene. Loven kommer til anvendelse både overfor norske borgere og andre innenfor lovens jurisdiksjon. Å ta ut tiltale for krigsforbrytelser overfor egne borgere og i ikke-internasjonale væpnede konflikter er en utvikling som kom primært gjennom praksis fra Domstolen for det tidligere Jugoslavia. I norsk rettspraksis fra etterkrigstiden har for eksempel forbrytelser begått av egne borgere overfor andre egne borgere ikke i praksis blitt karakterisert som krigsforbrytelser. Dette er kommet til uttrykk blant annet i forholdet mellom Rt.1947 s. 368, Rt.1946 s. 228 og Rt.1945 s. 109 (Quislingdommen). Førstnevnte avgjørelse gjaldt drap på serbisk fange begått av en norsk borger i tysk krigsfangeleir. Handlingen ble beskrevet som “i virkeligheten også en krigsforbrytelse”. Den andre dommen gjaldt norsk borger dømt etter landssvikanordninger og for en rekke tilfeller av torturhandlinger overfor norske borgere uten at dette ble karakterisert som krigsforbrytelser. Den sistnevnte dommen gjaldt en norsk borger (Quisling) som ble dømt for en rekke grove forbrytelser

171 Resten av loven er ennå ikke trådt i kraft, men lovens alminnelige del gjelder for de i kapittel 16 nevnte forbrytelser, jf. lovens § 401.

172 Når hele straffeloven av 2005 trer i kraft oppheves også militære straffelovs §§ 80–86 og 90–94, som er krigsartikler, herunder blant annet krigsforræderi.

mot norske borgere, herunder drap og uaktsomt drap. Handlingene ble beskrevet som “krigsforbryterske”, uten at de ble omtalt som krigsforbrytelser.

I den nye straffeloven er krigsforbrytelser nærmere definert i §§ 103–107. Krigsforbrytelse gjennom anvendelse av forbudte stridsmetoder er regulert i ny straffelov § 106, og i henhold til første ledd er det ansett som en krigsforbrytelse dersom man i forbindelse med en væpnet konflikt “retter et angrep mot sivilbefolkningen som sådan eller sivile enkeltpersoner som ikke deltar i fiendtlighetene”. Det er dernest en krigsforbrytelse dersom man

iverksetter et angrep med kunnskap om at et slikt angrep vil forårsake tap av sivile personers liv, skade på sivile personer, skade på sivile gjenstander eller skade på naturmiljøet, som vil være for omfattende i forhold til den forventede konkrete og umiddelbare militære fordel.

Bestemmelsen skal – når det gjelder beskyttelsen av sivile personer – dekke samme innhold som den ovenfor refererte bestemmelsen i Roma-vedtektene artikkel 8 nr. 2 b, iv, selv om “forsettlig” er utelatt innledningsvis og “klart” er utelatt i siste leddsetning.¹⁷³ Førstnevnte, bestemmelsen i § 106 bokstav a, gjenspeiler distinksjonsprinsippet, mens bestemmelsen i bokstav c gjenspeiler proporsjonalitetsprinsippet. Et angrep – enten defensivt etter offensivt – som iverksettes med viten om at det vil påføre uforholdsmessig stor skade på sivile, er en krigsforbrytelse. Det er kanskje nettopp sistnevnte som kan føre til vanskelige avgjørelser i praksis – og særlig i tilknytning til ordre. Jeg kommer tilbake til denne vurderingen nedenfor, men først kort om forholdet mellom militær straffelov og alminnelig straffelov.

MILITÆR OG ALMINNELIG STRAFFELOV NÅR DET GJELDER KRIGSFORBRYTELSER

I henhold til militær straffelov § 24 vil ordren som hovedregel være straffbefriende, med mindre den undergitte klart måtte ha innsett at handlingen var rettsstridig. I henhold til straffelovens § 26 vil vedkommende frifinnes med mindre uvitenheten vurderes som uaktsom. Om denne vurderingen viser jeg til drøftelsene over i avsnittet om rettsuvitenhet, hvor jeg har lagt til grunn at militær straffelov kan sees som *lex specialis* i forhold til den alminnelige straffeloven.¹⁷⁴

173 Se JD, Ot.prp. nr. 8 (2007-2008), s. 293. Vilkåret om at skade på naturmiljøet må være “omfattende, langvarig og alvorlig” er også utelatt slik at enhver skade på miljøet må veies opp mot den militære fordel. I fremstillingen her er det imidlertid skade på personer som er valgt som eksempel og jeg går derfor ikke nærmere inn på naturmiljøet.

174 Se avsnittet om forholdet mellom militær straffelov og alminnelig straffelov.

Her skal jeg kommentere dette ytterligere. I forbindelse med vedtak av nytt kapittel 16 til straffeloven av 2005 ble det drøftet hvorvidt det skulle opprettes en særregulering av situasjoner der en underordnet handlet på ordre fra overordnede. Departementet kom til at dette var unødvendig, men kommenterer likevel ikke forholdet mellom militær straffelov § 24 – som i og for seg er en særregel – og straffelovens § 26. Når krigsforbrytelser, forbrytelser mot menneskeheten og folkemord omtales i Ot.prp. nr. 8 (2007–2008) er ikke forholdet til militær straffelov kommentert når det gjelder ansvarsregler, kun når det gjelder forbrytelser.¹⁷⁵ Jeg mener like fullt at militær straffelov må anses som *lex specialis* i de militære subordinasjonsforhold – også hva gjelder krigsforbrytelser – og som en retningslinje ved den konkrete skjønnsutøvelse av aktsomhetskravet i straffelovens § 26 for øvrig. Det er lagt til grunn fra lovgivers side at aktsomhetskravet i § 26 fremdeles er relativt og må bedømmes konkret.¹⁷⁶

I de militære forhold er fremdeles utgangspunktet at det skal være straffbefriende å følge ordre, men dette gjelder *generelt*. Krigsforbrytelser er i denne sammenheng noe *spesielt*. Allikevel vil det for krigsforbrytelser, som for andre forbrytelser, være relevant ved vurderingen å se hen til kommandokjeden når kravene til aktsomhet skal stilles. Er kravene til aktsomhet og kunnskap om ordrens rettmessighet relative i forhold til kommandonivå også når det gjelder krigsforbrytelser, og på hvilket nivå er aktsomhetskravene i så fall strengest? Eller for å si det på en annen måte; hvor mye kan en ordre virke straffbefriende på de lavere nivåer i kommandokjeden når det er snakk om angrep mot sivile som krigsforbrytelse? Her kan vi som utgangspunkt skille mellom brudd på distinksjonsprinsippet, å rette angrep mot sivilbefolkningen eller sivile enkeltpersoner (straffelovens § 106 a) og brudd på proporsjonalitetsprinsippet, iverksetting av angrep med kunnskap om at det vil føre til uforholdsmessig sivil følgeskade i forhold til den militære fordel (straffelovens § 106 c).

Brudd på distinksjons- og proporsjonalitetsprinsippet

Det må antageligvis stilles større krav til aktøren helt ned på laveste nivå, dersom det er snakk om en forbrytelse etter bestemmelsen i § 106 a (distinksjonsprinsippet) enn etter § 106 c (proporsjonalitetsprinsippet). Et angrep som *rettes mot* sivilbefolkning eller sivile personer vil normalt være lettere å identifisere som ulovlig enn et angrep som er rettet mot et militært objekt og medfører sivile

175 Se JD, Ot.prp. nr.8 (2007-2008), s. 74–75.

176 Se Justis- og politidepartementet, *Om lov om straff*, s. 429 og side 108 hvor det konkret ikke foreslås noen alminnelig regel om at den som handler etter ordre fra overordnet er straffri.

følgetap. La oss si at dette er et utgangspunkt. I det følgende skal jeg kommentere unntak knyttet til dette utgangspunktet, først når det gjelder distinksjonsprinsippet, deretter proporsjonalitetsprinsippet.

Det er eksempler på unntak fra utgangspunktet om at et angrep rettet mot sivilbefolkningen bør gjenkjennes av undergitt på laveste på nivå: et slikt eksempel er angrep mot sivilpersoner som midlertidig har mistet sin immunitet mot angrep fordi de tar direkte del i strid. Et annet eksempel kan være bruk av våpen som etter en konkret vurdering anses som vilkårlige og derfor rettet mot sivilbefolkningen, slik som var tilfellet i Martić-saken for ICTY. Når det gjelder bruk av våpen og forventede krav til undergittes kunnskap i en bredere kontekst (utover distinksjonsprinsippet) må dette sees i sammenheng med fremstillingen ovenfor om lovprinsippet og anvendelse av forbudte stridsmidler. I det følgende her skal jeg konsentrere fremstillingen om det første eksemplet, sivile som tar direkte del i stridigheter.

DISTINKSJONSPRINSIPPET OG SIVILE SOM TAR DIREKTE DEL I FIENDTLIGHETER

Sivile er i utgangspunktet beskyttet mot virkningene av fiendtligheter og mot direkte angrep.¹⁷⁷ Sivile nyter godt av beskyttelsen de er gitt, *med mindre, og så lenge, deltar direkte i fiendtligheter*. De sivile mister da sin immunitet mot angrep og er lovlige mål for en avgrenset periode. Denne midlertidige begrensningen i beskyttelse gjelder både i internasjonale og i ikke-internasjonale væpnede konflikter.¹⁷⁸ I praksis vil det kunne være vanskelige avgrensningsspørsmål knyttet til å bestemme hvilke typer av handlinger som konkret utgjør *direkte deltagelse* og *hvor lenge* deltagelsen varer. Når det gjelder undergittes mulige straffansvar for brudd på distinksjonsprinsippet i ny lov om straff § 106 a, kan det igjen tenkes (i hvert fall) to problemstillinger knyttet til å bestemme hvorvidt en sivil person var uten beskyttelse og derfor et lovlig mål.

For det første rettsuvidenhet. En undergitt får for eksempel beskjed om at en nærmere angitt person er å anse som lovlig mål fordi han/hun tar direkte del i fiendtligheter ved å utøve en sambandsfunksjon. Dersom sambandsfunksjonen ikke i rettslig forstand kvalifiserer til *direkte deltagelse i fiendtligheter* – men det fremstår slik i ordren – vil det for den undergitt være et spørsmål om rettsuvidenhet som bedømmes etter den militære straffelovs § 24 (eller straffelovens

177 Med angrep menes her voldshandlinger rettet mot motstanderen, enten offensivt eller defensivt, jf. TP 1 artikkel 49, 1.

178 Jf. TP I artikkel 51, 1. Den norske formuleringen er hentet fra Norges Røde kors, *Genèvekonvensjonene av 1949 med tilleggsprotokoller, Sentrale menneskerettighetskonvensjoner* (Oslo: Norges Røde kors, 2007). Bestemmelsen er tilsvarende både i felles artikkel 3 til Genèvekonvensjonene og i TP II, artikkel 13, 3.

§ 26, hvis forholdet ikke er foresatt/undergitt i henhold til militær straffelov). Hvilke former for aktivitet som rettslig sett anses som direkte deltagelse i strid er et omdiskutert og uavklart rettslig område. Dette gjelder både i forhold til om man kan si at personer tar direkte del i fiendtligheter gjennom medlemskap i en væpnet gruppe – som er en praktisk tilnærming – og om man bedømmer hver person utfra enkelthandlinger. Dersom den undergitte tar feil av en slik rettslig vurdering, kan vedkommende, så langt jeg kan se, vanskelig bli straffansvarlig. Med andre ord: ordren må virke frifinnende, enten bedømmelsen skjer etter militære straffelovs § 24 eller straffelovs § 26. Men her er det igjen en forutsetning: at det *oppgis en form for aktivitet* som grunnlag for bortfall av sivil immunitet mot angrep. Etter mitt syn vil det for eksempel falle utenfor hva som vil være straffbefriende rettslig uvitenhet, dersom det fra foresatts hold kun anføres at den sivile personen *sympatiserer* med en væpnet motpart. Kravet for å miste sivil immunitet er *direkte deltagelse*, og det må derfor forutsettes at enhver undergitt reagerer på en ordre som innebærer å rette angrep mot noen som ikke angivelig *deltar*, men kun *sympatiserer* med en motstander. Kravet om deltagelse er også inntatt – i negativ form – i ny straffelovs § 106 a.

En slik tilnærming har praktisk betydning. I ikke-internasjonale væpnede konflikter er det ofte tilfellet at motstanderen ikke tilhører regulære væpnede styrker med uniform, men snarere mer eller mindre organiserte væpnede grupper. Det er samtidig slik at regelverket for en ikke-internasjonal væpnet konflikt ikke inneholder definisjoner av hvem som er stridende, på samme måte som i regelverket for internasjonale væpnede konflikter.¹⁷⁹ Den rettslige vurderingen av hvem som er motstandere, og dermed lovlige mål, vil i stor grad måtte bestemmes nettopp ved å definere grupper eller enkeltindivider som direkte deltagende i fiendtligheter. Å bestemme hvem som tar direkte del i fiendtligheter er krevende, særlig når militære operasjoner skal planlegges, og forutsetter tilgjengelige etterretninger – faktisk informasjon.

For det andre er det derfor en problemstilling knyttet til *faktisk uvitenhet*, hvor en undergitt feilaktig tror, gjerne på bakgrunn av informasjon gitt av foresatte, at en sivil person driver med en aktivitet som rettslig sett er å anse som direkte deltagelse i fiendtligheter. For eksempel at man tror – og ikke kan bebreides feiltagelsen – at en sivil person faktisk legger ut miner og forbereder bilbombeangrep. Faktisk uvitenhet bedømmes etter straffelovs § 25 og er straffri med mindre gjerningspersonen er uaktsom. For en undergitt som ikke har direkte

179 For de internasjonale væpnede konflikter følger dette av sammenhengen mellom artiklene 50 og 43 i TP I og artikkel 4 i GK III.

tilgang til etterretningsinformasjon vil det være naturlig å legge til grunn i en rekke tilfeller at en faktisk uvitenhet er aktsom og dermed straffri.

Både rettslig og faktisk uvitenhet hos den undergitte henger nøye sammen med hva den undergitte faktisk trenger å vite og faktisk får vite for å utføre sine ordre. Muligheten til å ha helhetsoversikt henger ofte sammen med ulike kommandonivå. Desto høyere opp i den militære kommandokjede, desto bedre betingelser for helhetsoversikt. Det er naturlig at den som har helhetsoversikt og fatter beslutninger basert på et større bilde, også har ansvar som korresponderer med helhetsoversikten. Jeg vil forsøke å komme med noen fellesmerknader knyttet til kommandonivå og forutsetningene for å kunne påberope seg rettslig og faktisk uvitenhet når sivil status skal bestemmes.

DISTINKSJONSPRINSIPPET – KOMMANDONIVÅ OG ANSVAR FOR Å BESTEMME (SIVIL) STATUS VED ANGREP

Jeg har tidligere reist spørsmål om kommandonivåets betydning for vurdering av aktsomhet hos den undergitte. Spørsmålet er reist i tråd med hensynet bak regelen i militær straffelovs § 24, nemlig at lydighetsplikt forutsetter at den undergitte normalt også må kunne stole på at de ordre som gis er lovlige. Spørsmål om hvem som bærer ansvaret for en ordres rettmessighet er ingen ny problemstilling. Det er argumenter i tråd med diskusjonene knyttet til de ulike teorier om ordre som mulig frifinnelsesgrunn.¹⁸⁰ Nemlig på den ene siden teorien om “respondeat superior”, altså at den foresatte alene er ansvarlig, og på den andre siden, “absolute liability” (ubetinget ansvar), hvor den undergitte aldri kan frifinnes ved å vise til ordre, samt mellomposisjonen, “conditional liability” (betinget ansvar), hvor den undergitte under nærmere bestemte betingelser kan frifinnes. I dette avsnittet er diskusjonen relevant i forhold til å bestemme individers status som lovlige mål. Det vil si å bestemme om individene er å anse som stridende eller som direkte deltagende i fiendtligheter. Jeg har lyst til å referere et eksempel fra norsk (strafferettslig) etterkrigslitteratur i denne forbindelse: “Den som utfører ordren er ansvarlig for selve utførelsen, men heller ikke for mer. Han må kunne gå ut fra at den beslutning som er truffet av de kompetente organer innenfor organisasjonen er i orden.”

Sitatet er ikke oppsiktsvekkende så langt. Det er skrevet av Johs. Andenæs i 1948. Grunnen til at sitatet er interessant, er den sammenheng det fremkommer i; nemlig: “Okkupasjonstidens ‘likvidasjoner’ i rettslig belysning”.¹⁸¹ Sitatet fortsetter: “Selv om det skulle vise seg at likvidasjonen hviler på uriktige opplys-

180 Teoriene er referert innledningsvis i første kapittel i denne studien.

181 Tidsskrift for rettsvitenskap 1948, s. 1 flg.

ninger eller at ordren mangler rettslig grunnlag, må den som har utført ordren være ansvarsfri hvis han ikke selv har hatt kjennskap til manglene.”

Det er i sitatet vist til to ulike grunnlag for ansvarsfrihet: Det første alternativet for ansvarsfrihet er faktisk uriktige opplysninger, altså faktisk uvitenhet. Dette er i tråd med alminnelig strafferett, som er omtalt ovenfor i kapittel fire. Hovedregelen er ansvarsfrihet. Det andre alternativet er at “ordren mangler rettslig grunnlag”. Dette henspiller på en rettslig uvitenhet.

Det kan, slik jeg leser sitatet, være to former for rettslig uvitenhet det vises til. Sitatet er skrevet i lys av straffeloven av 1902 hvor det sondres mellom egentlig og uegentlig rettsvillfarelse, som er omtalt nærmere ovenfor. Henvisning til rettslig grunnlag kan omfatte også uegentlig rettsvillfarelse som behandles som faktisk villfarelse etter straffeloven av 1902 § 42, hvor hovedregelen fremdeles er frifinnelse. I den forstand er sitatet *ikke oppsiktsvekkende*. Det er i forhold til den egentlige rettsvillfarelse i henhold til straffeloven av 1902 (og som omfattes av regelen i ny straffelov § 26), at sitatet er verdt å merke seg. Det forutsettes nemlig mer som en hovedregel enn et unntak at den undergitte blir straffri ved å befinne seg i rettslig uvitenhet, uten at det aktsomhetskrav som normalt har ligget til grunn ved forståelsen av straffelovens § 57 er kommentert. Sitatet kan muligens tolkes så langt som til at kommandoforholdet *konstituerer aktsomhet*. Sitatet må samtidig leses med varsomhet. Det fremkommer i tilknytning til norske motstandsfolks handlinger, ikke fienders. Det er også skrevet i tid nært til handlingene. En kan ikke se bort fra at dette preger det rettslige syn. Allikevel mener jeg uttalelsene er relevante. Dette er særlig fordi vurderingene nettopp er knyttet til bruk av dødelig makt rettet mot individer, hvis status er vanskelig å definere.

NÆRMERE OM PROPORSJONALITETSPRINSIPPET – MINDRE KRAV TIL UNDERGITTE?

Dersom en person utfører et angrep i henhold til ordre i strid med proporsjonalitetsprinsippet, vil vedkommende kunne være straffri dersom: han/hun ikke visste at angrepet ville være i strid med prinsippet og det ikke var åpenbart at angrepet var i strid med prinsippet. Brudd på proporsjonalitetsprinsippet er gjort til en krigsforbrytelse i straffeloven av 2005 § 106 c, som lyder:

For krigsforbrytelse straffes den som i forbindelse med en væpnet konflikt [...] iverksetter et angrep med kunnskap om at et slikt angrep vil forårsake tap av sivile personers liv, skade på sivile personer, skade på sivile gjenstander eller skade på naturmiljøet, som vil være for omfattende i forhold til den forventede konkrete og umiddelbare samlede militære fordel [...]

Hvor går grensen for når man har kunnskap om en slik skadefølge i praksis? Det er forutsatt i de norske forarbeidene til straffeloven av 2005 at kunnskapskravet i § 106 c er oppfylt når gjerningspersonen har utvist forsett som definert i lovens § 22 bokstav b. Forsettet må omfatte hele gjerningsbeskrivelsen. Det betyr at forsettet må omfatte alle de faktiske forhold som gjør angrepet uforholdsmessig. Dersom gjerningspersonen uriktig tror at det *ikke* er et uforholdsmessig angrep, og samtidig *er* kjent med de faktiske forhold, er det relevant å reise spørsmål om ordrens betydning. Det kan for eksempel tenkes at en undergitt har mottatt ordre om å ta ut (bombe) en bygning som er opplyst å være et sentralt sted for motpartens kommando og kontrollvirksomhet. Det kan videre tenkes at motstanderen skal ha et møte som varer over to dager inne i bygningen, som igjen er omgitt av sivil bebyggelse. Dette vil være en unik mulighet til å finne motpartens ledelse samlet. I dette tilfellet vil vurderingen være knyttet til om den forventede, konkrete og umiddelbare militære fordel ved å ta ut sentrale deler av motpartens kommando- og kontrollapparat oppveier de sivile følgetap i nabolaget. La oss si at angrepet er det (uforholdsmessig). For eksempel er den sivile bebyggelse tett ved det militære målet et tettbebygd strøk med mange familier. Videre var det slik at den militære nytteverdi av å bombe huset ikke kunne oppveie de tap som ble påført. Denne vurderingen er rettslig. Det betyr at dersom den undergitte er uvitende om at angrepet er rettsstridig, vil han/hun kunne påberope seg ordre til sitt forsvar i tråd med militær straffelov § 24. Spørsmålet er da om man mener den undergitte *klart måtte ha innsett* at angrepet var rettsstridig. I tilknytning til dette eksemplet forutsetter den rettslige bedømmelse en vurdering av forventet konkret og umiddelbar *samlet* militær fordel. Samtidig er det slik at *samlet* militær fordel ikke kan ses i lys av et angrep alene, men i den samlede kontekst av angrepets helhet.¹⁸² For å vurdere denne *samlede* fordel, forutsettes altså en viss faktisk helhetsoversikt. For en undergitt vil det ofte være vanskelig å vurdere *hvor stor* militær fordel som oppnås ved å ta liv av motpartens sentrale ledelse. Det kan godt tenkes at de(n) undergitte får beskjed om at personene *er* viktige og at høyere sivile følgetap skal aksepteres. I praksis blir spørsmålet: kan en underordnet stole på den skjønnsmessige avveining av militær fordel sett opp mot sivile tap som er foretatt i tilknytning til proporsjonalitetsprinsippet når et militært angrep iverksettes? Utgangspunktet må være klart: det er ordregiver som skal vurdere og eventuelt klarere oppdrag som medfører fare for tap av sivile liv av et visst omfang. Det må også være tilfellet for eksemplet over. Det

182 Se for eksempel, UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (Oxford: Oxford University Press, 2004), s. 86, og JD, Ot.prp. nr. 8 (2007-2008), s. 293.

er praktisk at økt risiko for følgetap medfører en proporsjonal økning i krav til *autorisasjonsnivå* for å iverksette angrep. Økt risiko for følgetap vil rimeligvis oppstå som følge av nærhet mellom militære mål og siviles oppholdssted. Satt på spissen er spørsmålet for den underordnede derfor om krav til autorisasjonsnivå gjør at eget ansvar blir mindre. Ansvar for egen handling blir strengt tatt ikke mindre, men forutsetningene for å bli ansvarliggjort blir annerledes. Dette må så langt jeg kan se ha innvirkning på vurdering av eventuell straffskyld. Konkret kan vi si at forutsetningene for å vurdere rettmessigheten ligger bedre til rette på et høyere nivå i kommandokjeden og at en eventuell rettsstrid kan være mindre åpenbar for den underordnede.

Angrep mot gjenstander som brukes til “dobbel formål”

Hittil har jeg snakket om krigsforbrytelser mot distinksjons- og proporsjonalitetsprinsippet knyttet til angrep mot personer. Tilsvarende problemstillinger kan reises i tilknytning til angrep rettet mot gjenstander. Angrep rettet mot sivile gjenstander i sin alminnelighet utgjør en straffbar krigsforbrytelse som utgangspunkt i tre sammenhenger: for det første der angrepet skaper *uforholdsmessig skade* på sivile gjenstander. Dette er nedfelt i straffeloven av 2005 § 106 c, som er inntatt ovenfor. For det andre der angrep i henhold til straffeloven av 2005 § 106 e, rettes mot: “byer, steder, bosettinger eller bygninger som ikke forsvarer og som ikke utgjør militære mål, eller mot demilitariserte soner.” For det tredje der angrep i henhold til straffeloven av 2005 § 106 f, rettes mot “[...] annen sivil gjenstand som ikke utgjør militære mål.”¹⁸³ Jeg kommenterer i det følgende primært det første og det tredje eksemplet på forbrytelser. Det andre eksemplet vil – etter mitt syn når det gjelder ordre – i stor grad omfattes av de to øvrige eksempler. La oss så begynne med det siste først, nemlig brudd på distinksjonsprinsippet. Å ta stilling til hva som er et straffbart angrep rettet mot sivil gjenstand forutsetter at vi kan definere militære mål fra sivile gjenstander. I enkelte tilfeller kan dette være vanskelig. Hvor vanskelig vurderingen arter seg i praksis vil naturlig nok kunne ha innvirkning på ansvaret som påhviler en undergitt.

En praktisk problemstilling er gjenstander som i utgangspunktet er sivile og som også benyttes til militært formål. Altså bruk til “dobbel formål” (engelsk: “dual use”). Et eksempel som ikke er helt ukjent fra praksis, er som følger: dersom taket på en (bebodd) boligblokk benyttes til utskytning av raketter, er

183 Bestemmelsen omfatter også bygninger viet til religion, utdanning, kulturminner osv. Jeg går imidlertid ikke nærmere inn på spesiell beskyttelse viet enkelte sivile objekter, men holder meg til de utgangspunkter som gjelder alle sivile objekter.

den et sivilt eller militært objekt? Militære objekter er i TP 1 artikkel 52 begrenset til de som av natur, plassering eller bruk utgjør et *effektivt bidrag* til militære operasjoner (action) og hvis totale eller delvise ødeleggelse, tilfangetakelse eller nøytralisering utgjør en *klar militær fordel*. Dette betyr altså at i bedømmelsen av om noe er en sivil gjenstand, ligger det en skjønsmessig vurdering av gjenstandens bruk og forventet militær fordel. La oss si at det er sikker informasjon (jeg bruker sikker i betydningen at det kun er en teoretisk tvil om det motsatte) om hvor raketten er skutt ut fra og at bygningen benyttes av alminnelige familier. To spørsmål oppstår: for det første om bygningen da er et militært objekt i henhold til definisjonen ovenfor og for det andre – dersom bygningen er et militært objekt – om de forventede sivile følgetap er overdrevne sett i forhold til den konkrete og direkte militære fordel som er forventet? Førstnevnte er en vurdering i henhold til distinksjonsprinsippet, mens sistnevnte er en vurdering i henhold til proporsjonalitetsprinsippet som er nedfelt i TP 1 artikkel 51 nr. 5 og kriminalisert i straffeloven av 2005 § 106 c, jf. ovenfor. Begge vurderinger – både den forutgående vurdering av om det er et militært objekt *fordi* det utgjør et *effektivt bidrag* og er en klar fordel å ødelegge, og den etterfølgende vurderingen av om selve ødeleggelsen medfører *uforholdsmessig* sivil følgeskade – forutsetter en viss helhetsoversikt. Så langt jeg kan se må utgangspunktet være det samme her som når det gjelder personer: den undergitte bør kunne stole på den skjønsmessige avveining knyttet til militær fordel som foretas av ordregiver, og ordregiver har ansvar for å vurdere og eventuelt klarere angrep som vil kunne skape sivil skade. Det er naturligvis slik at et overordnet ansvar for angrepet ikke fritar undergitte, men den skjønsmessige vurdering av *militært bidrag*, *militær fordel* og *samlet militær fordel*, forutsetter en viss oversikt i tid og rom. I forarbeidene til kapittel 16 i straffeloven av 2005 er det lagt til grunn at samlet militær fordel: “kan, men behøver ikke være tidsmessig eller geografisk forbundet med målet for angrepet”.¹⁸⁴ Dette betyr at det kan ligge vurderinger bak en beslutning om angrep som begrunner militær nødvendighet *utover hva som ville være iøynefallende på bakken*. I dette ligger det, som når det gjelder angrep rettet mot personer, to rettslige forhold knyttet til den undergittes subjektive skyld. For det første sannsynlighet for faktisk uvitenhet om de forhold som betinger straffbarheten, nemlig hvilke militære fordeler som faktisk var forventet. For det andre rettslig uvitenhet om *vurderingen av om den faktiske begrunnelsen utgjorde en tilstrekkelig militær fordel*. Sistnevnte særpreger (særlig de militære) ordrettilfellene. Som når det gjelder personer, mener jeg det også i disse tilfellene vil være nærliggende for en undergitt å kunne påberope seg ordre til sitt forsvar

184 JD, Ot.prp. nr. 8 (2007-2008), s. 293.

– også for krigsforbrytelser. Hvorvidt en gjenstand har endret status fra beskyttet sivilt objekt til et militært mål – noe som kan være en praktisk problemstilling for en rekke gjenstander: broer, kraftforsyning, informasjonskanaler osv – vil i mange tilfeller verken fremstå som *klart rettmessig* eller *åpenbart rettsstridig*, slik ansvarsnormen i militær straffelov § 24 er utformet.

Krigsforbrytelser, forbrytelser mot menneskeheten og folkemord

I Roma-vedtektene artikkel 33 nr. 2 er det slått fast at forbrytelser mot menneskeheten og folkemord alltid er åpenbart rettsstridige. Disse forbrytelseskategorier er altså *rettslig definert som åpenbart rettsstridige*. En slik legaldefinisjon er ikke inntatt i norsk lov, men som tidligere vist til, er det lagt til grunn fra norsk lovgiverhold at det i praksis aldri vil kunne være tale om frifinnelser for å utføre folkemord og forbrytelser mot menneskeheten etter ordre. Altså at norsk rett er overensstemmende med Roma-vedtektene. Jeg har ovenfor vist til diskusjonen mellom tradisjonene med *absolutt ansvar* versus *betinget ansvar* for forbrytelser begått i henhold til ordre.¹⁸⁵ Det springende punkt i debatten om Roma-vedtektene er i tråd med sedvaneretten er, så langt jeg kan se, om krigsforbrytelser alltid er åpenbart rettsstridige. Jeg har forutsatt i hele denne studien at de ikke er det, og mener det er riktig. Utfordringen som imidlertid da kan oppstå er forholdet til enkelte handlinger som både vil kunne utgjøre en forbrytelse mot menneskeheten og en krigsforbrytelse, for eksempel slaveri, deportasjon, drap og frihetsberøvelse.¹⁸⁶ Teknisk sett vil forbrytelsene når de er begått i forbindelse med væpnet konflikt kunne medføre frifinnelse på grunn av ordre, mens de (uavhengig av om det er væpnet konflikt eller fred) ikke vil kunne medføre frifinnelse dersom de er utført *som ledd i et utbredt eller systematisk angrep rettet mot en sivilbefolkning*. I sistnevnte ligger den avgjørende forskjell, nemlig at forbrytelse mot menneskeheten forutsetter utbredelse og systematikk. For at en person i utgangspunktet skal kunne straffes for forsettlig overtredelse av straffeloven av 2005 § 102, forutsettes det at vedkommende forstod at handlingen (eller forstod at den mest sannsynlig) inngikk i en større plan om angrep mot sivilbefolkningen.¹⁸⁷ Dersom den undergitte har slik faktisk kunnskap vil det være utenkelig å si at rettsstriden ikke fremstod som åpenbar.

185 Se ovenfor avsnittet om grensen for åpenbar rettsstrid i norsk og internasjonal rett og første kapittel.

186 Se forholdet mellom straffeloven av 2005 §§ 102 og 103.

187 Se JD, Ot.prp. nr. 8 (2007-2008), s. 281.

KONKLUSJON

Ordre og lydighet står fremdeles sentralt i norsk militærrett. Ordre er en vid rettslig betegnelse. Samtidig legger jeg til grunn at praksis med oppdragsbasert ledelse vil kunne gi undergitte mindre grunn til å påberope seg ordre til sitt forsvar, nettopp på grunn av den vurderingsfrihet som ligger i oppdraget. Hvilket nivå i den militære kommandokjede som vil ha mest nytte av å kunne påberope seg ordre til sitt forsvar, vil derfor avhenge av om ordren har preg av å være et oppdrag som forutsetter en større grad av vurdering, eller en mer spesifikt avgrenset form. Ordre er i norsk militærrett knyttet til den undergittes gode tro, nemlig rettslig uvitenhet. Et beslektet forhold er ordre kombinert med fysisk tvang, altså norsk nødrett. I norsk praksis er det lagt til grunn en streng praksis som ikke aksepterer å ta uskyldige liv for å spare sitt eget liv. Jeg kan vanskelig se at det er en holdbar begrunnelse for å plikte å ofre sitt eget liv forgiveves.

Hovedregelen i norsk rett når det gjelder militære forhold er fremdeles at ordre medfører frifinnelse – på visse betingelser. Den undergitte må ikke ha vært *kvalifisert* uaktsom i feiltagelsen av ordrens rettmessighet. I sivile forhold er det den alminnelige regel om rettslig uvitenhet som gjelder. Den forutsetter at ordremottaker ikke er *simpelt* uaktsom i sin rettslige uvitenhet. Terskelen er altså lavere for at straffansvaret består i de sivile forhold. Et praktisk eksempel er rettslig uvitenhet knyttet til prosessuelle bestemmelser for fangebehandling. I norsk militærrett er det altså slik at militær straffelov kan foranledige flere frifinnelser enn etter alminnelig straffelov. Dette er i tråd med hensynet fra vedtaket av bestemmelsen militær straffelov, og jeg legger til grunn at dette utgangspunktet ikke er annerledes etter vedtaket av nytt kapittel 16 til straffeloven av 2005. Den nasjonale regulering av ordre og lydighet står også fremdeles sentralt som grunnlag for den internasjonale strafferett. Den internasjonale strafferett har utviklet seg primært fra etter andre verdenskrig og frem til i dag. Reguleringen av ordre som frifinnelsesgrunn har lenge fulgt de såkalte *Nürnbergprinsippene*, hvor ordre aldri kunne være en frifinnende omstendighet.

Frem til i dag har det vært en diskusjon i den internasjonale debatt om prinsippet fra Nürnberg om absolutt ansvar representerer internasjonal sedvanerett og om Roma-vedtektene er i strid med denne sedvaneretten. Jeg legger til grunn at det egentlige spørsmål i denne diskusjonen er om krigsforbrytelser alltid er åpenbart rettsstridige. Det vil si at undergitte alltid vil være kvalifisert uaktsomme dersom de feilaktig tror en ordre som medfører en krigsforbrytelse er rettmessig. Jeg legger til grunn at spørsmålet om åpenbar rettsstrid er parallelt til spørsmålet om kvalifisert uaktsomhet. Det er vanskelig å skille mellom et objektivt og et subjektivt vilkår for frifinnelse. Jeg legger videre til grunn at det

finnes eksempler i dagens regulering av krigsforbrytelser i ny straffelov fra 2005, kapittel 16, hvor det *ikke* er kvalifisert uaktsomt å ta feil av rettmessigheten. Med andre ord at en undergitt vil kunne befinne seg i straffbefriende rettslig uvitenhet.

Åpningen for at ordre fremdeles kan medføre frifinnelse i tilfeller som gjelder krigsforbrytelser henger tett sammen med lovprinsippet i strafferetten og kriteriet om *åpenbar rettsstrid*. Den store grad av vurdering som forutsettes for å skille rettmessige handlinger fra urettmessige handlinger i væpnet konflikt skaper utfordringer for kravet om klarhet i lov. Slike eksempler er ordre om angrep som i enkelte tilfeller vil kunne bryte med både distinksjons- og proporsjonalitetsprinsippet. Som hovedregel legger jeg til grunn at det må kreves en større grad av forståelse hos undergitte knyttet til brudd på distinksjonsprinsippet enn for brudd på proporsjonalitetsprinsippet, men at det i enkelte tilfeller, for eksempel når det gjelder angrep mot sivile som tar direkte del i fiendtligheter, vil være rimelig å anta at undergitte vil kunne påberope seg ordre som holdbart grunnlag for frifinnelse. Dette er praktisk for norske styrker som deltar i internasjonale operasjoner, hvor motstanderen kan være skjult blant sivile og ikke tilhører regulære væpnede styrker.

LITTERATUR

AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION:

FBI e-post av 22. mai 2004 [online 11. des. 2008], URL: http://www.aclu.org/torturefoia/released/FBI.121504.4940_4941.pdf.

ANDENÆS, JOHS.:

Det vanskelige oppgjøret. Rettsoppgjøret etter okkupasjonen (Oslo: Tanum-Norli, 1979).

—: “Okkupasjonstidens ‘likvidasjoner’ i rettslig belysning”, *Tidsskrift for rettsvitenskap*, nr. 1 (1948): 1.

JOHS. ANDENÆS ET AL.:

Alminnelig strafferett (Oslo: Universitetsforlaget, 2004).

ANDORSEN, KJELL V.:

Rettsvillfarelse i strafferetten (Bergen: Fagbokforlaget, 2005).

BRECHER, JEREMY OG BRENDAN SMITH:

“Lieutenant Watada’s War Against the War”, *Nation*, 26. juni 2006 [31. okt. 2008], URL: www.thenation.com/doc/20060626/brecherwebvideo.

BROWNLIE, IAN:

Principles of Public International Law (Oxford: Oxford University Press, 2003).

CARTER, PHILLIP:

“The ‘I followed orders’ defense”, *CNN.com*, 13. august 2004 (CNN [online 31. okt. 2008]), URL: <http://www.cnn.com/2004/LAW/08/12/carter.England.defense/index.html>.

CASSESE, ANTONIO:

International Criminal Law (Oxford: Oxford University Press, 2008).

—: *International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2005).

—: “The Martens Clause; half a loaf or simply a pie in the sky?” *European Journal of International Law*, årg. 11, nr. 1 (2000).

CASSESE, ANTONIO, PAOLA GAETA OG JOHN R.W.D. JONES (RED.):

The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary (Oxford, Oxford University Press, 2002).

DAHL, ARNE WILLY:

Håndbok i militær folkerett (Oslo: Cappelen akademisk forl., 2008).

DINSTEIN, YORAM:

The Defence of “Obedience to Superior Orders” in International Law (Leyden: Sijthoff, 1965).

EPPS, VALERIE:

“The Soldier’s Obligation to Die When Ordered to Shoot Civilians or Face Death Himself”, *New England Law Review*, årg. 37, nr. 4 (2003).

FLEISCHER, C.J.:

Militære straffelov, (Oslo: Johan Grundt Tanum, 1956).

FORENTE NASJONER (DEPARTMENT OF PEACEKEEPING OPERATIONS):

Command and Control of Military Components in United Nations Peacekeeping Operations” (2001).

FORSVARSTABEN:

Forsvarets Fellesoperative doktrine (Oslo: Forsvarsstaben, 2007).

GAETA, PAOLA:

“The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law”, *European Journal of International Law*, årg. 10, nr. 1 (1999).

GARRAWAY, CHARLES:

“Superior Orders and the International Criminal Court: Justice delivered or justice denied”, *International Review of the Red Cross*, nr. 836 (1999): 785–794.

GREEN, L.C.:

Superior orders in national and international law (Leyden : Sijthoff, 1976)

HENCKAERTS, JEAN-MARIE OG LOUISE DOSWALD-BECK:

Customary International Law (Cambridge: Cambridge University Press, 2005).

HERSH, SEYMOR M.:

“The Gray Zone”, *New Yorker*, 24. mai 2004.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION:

Report of the fifty-sixth session (2004), A/59/10 (United Nations [online 25 nov. 2008]), URL: <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2004/2004report.htm>.

JACKSON, ROBERT H.:

“Opening Statement before the International Military Tribunal”, Nürnberg, Tyskland, 21 november 1945, [online 11.des 2008], URL:<http://www.robert-hjackson.org/index.html>.

JD (JUSTIS- OG POLITIDEPARTEMENTET):

Ot.prp. nr. 8 (2007-2008), *Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 mv.*

—: Ot.prp.nr. 90 (2003-2004), *Om lov om straff.*

—: Ot.prp. nr. 95 (2000-2001), *Om lov om gjennomføring i norsk rett av Den internasjonale straffedomstols vedtekter 17. juli 1998* (Roma-vedtektene).

JOHANSEN, SIGRID REDSE:

“Ordre om å begå en internasjonal forbrytelse”, *Tidsskrift for strafferett*, nr. 3 (2005).

MC COUBREY, HILAIRE:

“From Nuremberg to Rome: Restoring the Defence of Superior Orders”, *International and Comparative Law Quarterly*, nr. 2 (2001), s. 386–394.

NATO:

AJP-01(C), “Allied Joint Doctrine” (Ratification draft 2006).

NATO STANDARDIZATION AGENCY (NSA):

AAP-6 (2008), URL: <http://www.nato.int/docu/stanag/aap006/aap-6-2008.pdf>.

NORGES RØDE KORS:

Genèvekonvensjonene av 1949 med tilleggsprotokoller, Sentrale menneskerettighetskonvensjoner (Oslo: Norges Røde kors, 2007)

OSIEL, MARK:

Obedying Orders, Atrocity, Military Discipline and the law of war (New Brunswick, N.J.; London: Transaction Publishers, 1999).

SHAW, MALCOLM N.:

International Law (Cambridge: Cambridge University Press, 1997).

TRIFFTERER, OTTO (RED.):

Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court (Baden-Baden: Nomos, 1999).

ZWANENBURG, MARTEN:

Accountability of Peace Support Operations (Leiden: Martinus Nijhoff, 2005).

UD (UTENRIKSDEPARTEMENTET):

St.prp. nr. 24 (1999-2000), *Om samtykke til ratifikasjon av vedtektene av 17. juli 1998 for Den internasjonale straffedomstol*.

UK MINISTRY OF DEFENCE:

The Manual of the Law of Armed Conflict (Oxford: Oxford University Press, 2004)

USA TODAY:

“Lynndie England convicted in Abu Ghraib trial”, 27. september 2005 [online 31. okt. 2008], URL: http://www.usatoday.com/news/nation/2005-09-26-england_x.htm.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, OFFICE OF LEGAL COUNSEL:

Memorandum for Alberto Gonzales Counsel to the President, August 1st 2002.

RETTSAVGJØRELSER

Rt. (Norsk Retstidende) 1945 s. 109.

Rt.1946 s. 198.

Rt.1946 s. 228.

Rt.1946 s. 769.

Rt.1947 s. 368

Rt.1947 s. 468

Rt.1947 s.742

Rt.1950 s. 377

Rt.1956 s. 738

Rt.1960 s. 1497

Rt.1974 s. 1329

Ram (Riksadvokatens meddelelsesblad)-45-12.

EMD (EUROPEISKE MENNESKERETTIGHETSDOMSTOL):

Ruzhdi Saramati mot Frankrike, Tyskland og Norge, sak nr. 79166/01, URL: <http://www.echr.coe.int/echr>.

ICTY (INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA):

Erdemovic (IT-96-22) “Pilica Farm”, URL: <http://www.icty.org/action/cases/4>.

—: *Galic* (IT-98-29-A), Appeals Chamber Judgement, 30. november 2006.

—: *Martic* (IT-95-11-T) RSK, Trial Chamber Judgement, 12. juni 2007.

LOV- OG TRAKTATREGISTER

Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven), av 22. mai 1902 nr. 10.

Militær straffelov, av 22. mai 1902 nr. 13.

Lov om straff for utlendske krigsbrotsmenn av 13. desember 1946 nr. 14 (opphevet).

Vegtrafikkloven av 18. juni 1965 nr. 4.

Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25.

Lov om militær disiplinærmyndighet av 20. mai 1988 nr. 32.

Lov om politimyndighet i det militære forsvar av 20. mai 1988 nr. 33.

Lov om straff (nye straffeloven) av 20. mai 2005 nr. 28.

Forskrift om ansiennitet og kommandomyndighet for befal i Forsvaret, 18. oktober 1957.

Forskrift om tjenestegjøring i internasjonale operasjoner av 10. desember 2004 nr. 1643.

Forskrift om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen) av 28. juni 1985 nr. 1679.

Forskrift om disiplinærreglement for Forsvaret og militært arrestreglement, av 16. desember 1988 nr. 1033.

Forskrift av 16. desember 1988 nr. 1033, Lov om politimyndighet i det militære forsvar av 20. mai 1988 nr. 33.

Forskrift om utøvelse av politimyndighet i det militære forsvar, av 26. november 1993 nr. 1299.

Alminnelig tjenesteinstruks for politiet (politiinstruksen) av 22. juni 1990 nr. 3963.

Forskrift om tjenestegjøring i internasjonale operasjoner av 10. desember 2004 nr. 1643.

Declaration renouncing the Use, in time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight. Saint Petersburg, 29 November/11 December 1868.

Convention with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: "Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land", The Hague, 29 July 1899 [Landkriksreglementet].

Charter of the United Nations, June 26 1945

Charter of The International Military Tribunal, 8. august 1945

Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, August 12, 1949.

Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of the Armed Forces at Sea, August 12, 1949.

Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, August 12, 1949.

Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, August 12, 1949.

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, 4. november 1950.

Agreement Between the Parties to the North Atlantic Treaty Regarding the Status of Their Forces, 19 June 1951.

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, 16. desember 1966

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, June 8, 1977.

Protocol to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-international Armed Conflicts, June 8, 1977.

Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia, UN S/RES/827 (1993)

Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, UN S/RES/955 (1994).

Statute of the International Criminal Court, July 17, 1998.

Convention on Cluster Munitions, 30.mai 2008.

TIDLIGERE UTGITTE PUBLIKASJONER I SERIEN OSLO FILES ON DEFENCE AND SECURITY

2008

1. BORIS BARTH

The Democratic Peace Controversy. A Critical Survey.

2. KJETIL SKOGRAND (ED.)

Emerging from the Frost. Security in the 21st century Arctic.

3. THOMAS DEVOLD

US Policy toward Russia after 9/11. Between Cooperation and Containment.

4. SAIRA H. BASIT

The Iran-Pakistan-India Pipeline Project. Fuelling cooperation?

5. ROLF HOBSON

RMA og Transformation. En historisk-kritisk analyse av to sentrale begreper i nyere vestlig forsvarspolitik.

6. INGERID M. OPDAHL

Georgia og Russland. Et vanskelig naboskap.

7. HÅKAN EDSTRÖM & MAGNUS PETERSSON

Norsk-svenskt försvarssamarbete i en ny tid.

2007

1. T. SÆVERAAS OG K. HENRIKSEN

Et militært universalmiddel? Amerikansk "Maneuver Warfare" og norsk doktrineutvikling.

2. T. KRISTIANSEN OG J.A. OLSEN (red.)

War Studies. Perspectives from the Baltic and Nordic War Colleges.

3. VIDAR HELGESEN

How Peace Diplomacy Lost Post 9/11. What Implications are there for Norway?

4. JOHN ANDREAS OLSEN (ed.)

On New Wars.

5. OLOF KRONVALL

Finally Eating Soup with a Knife? A Historical Perspective on the US Army's 2006 Counterinsurgency Doctrine.

6. MICHAEL MAYER

Forecasting Crisis. Climate Change and US Security.

TIDLIGERE UTGITTE PUBLIKASJONER I IFS INFO-SERIEN

2006

1. E. SHAHALA

Peace and security in Africa. Basic structural changes in the governance of peace and security on the African continent.

2. S. HOLTAN

Den standhaftige militærmusikken. Forsvarets musikk og den lange debatten om nedleggelse.

3. K. ØSTBERG

Duksenes republikk. Fransk elitisme og dens samfunnsmessige konsekvenser.

4. J. RØ

Hva er rettferdig krig i et asymmetrisk trusselbilde? En normativ diskusjon av USAs forkjøpspolitikk.

5. L. KRISTOFFERSEN

Soldiers or Saints? Norwegian Civil-Military Cooperation in Afghanistan.

6. S. MELBY, J. RØ, O. KRONVALL OG A.G. ROMARHEIM

Supermaktens begrensning. Perspektiver på Bush-doktrinens utvikling.

7. M. EPKENHANS

The Long and Winding Road to *Weserübung*. Naval Theory, Naval Historiography and Aggression.

8. J. BLACK

The RMA Examined.

2005

1. H.M. SYNTSNES

Presse og krig. Amerikansk fjernsyn og opptrappingen til krigen mot Irak 2003.

2. A. COHEN OG T. WALTER

Why do States Want Nuclear Weapons? The Cases of Israel and South Africa.

3. D. WALTER

Symmetry and Asymmetry in Colonial Warfare ca. 1500–2000.

4. T. HEIER

Forsvarsreformene 2000–2004: Gir Forsvaret politisk uttelling?

5. M. HERMAN

Problems for Western Intelligence in the New Century.

6. Y.N. KRISTENSEN

Torsk, “pirater”, og kalde granater. Striden mellom Norge og Island om Fiskevernsonen ved Svalbard 1993.

2004

1. CHR. COKER

Is there a Western Way of Warfare?

2. T. HEIER

The American Effort to Transform Europe's Armed Forces.

3. T.L. HAALAND OG E. GULDHAV

Bruk av norske styrker i kampen mot internasjonal terrorisme.

4. T.J. MELIEN

US Navy i norske farvann under første verdenskrig.

5. B.B. STEINLAND

Flere kvinner ute og hjemme?

2003

1. P.FR.I. PHARO

New Knowledge Structures, or Just Common Ground? Breakthroughs in International Negotiations.

2. D. LYNCH

Post-Imperial Peacekeeping. Russia in the CIS.

3. B. MÆLAND

“At alle behandles likeverdig og med respekt, uansett bakgrunn?” Forsvarets verdigrunnlag og norske offiserer i KFOR.

4. M. BERDAL

The UN Security Council. Ineffective but Indispensable.

5. O. RISTE

War and Peace in Scaninavian Political Culture in the 20th Century.

6. T. KRISTIANSEN

De europeiske småstatene på vei mot storkrigen, 1938–40.

2002

1. E. MÄNNIK

Estonian Defence. Ten Years of Development.

2. B. SCHÄFER

Stasi Files and GDR Espionage against the West.

3. P.K. BAEV

Russia in 2015.

4. K. SKOGRAND

Luftforsvaret og atomalderen 1950–1970.

5. M. PETERSSON

“Break Glass Only in Case of War”.

6. H. FRANTZEN

“Proper War” and “War in Reality”.

2001

1. CHR. COKER

Asymmetrical War.

2. O. BOSCH

The Year 2000 Issue and Information Infrastructure Security.

3. K. KLEVE (RED.)

Kilder til norsk luftmilitær historie.

4. R. TAMNES (RED)

Kommandospørsmålet på nordflanken. Utviklingen i to formative perioder.

2000

1. P. FR. I. PHARO

Necessary, Not Perfect: NATO's War in Kosovo.

2. A. BROOKES

Hard European Lessons from the Kosovo Air Campaign.

3. P. FR. I. PHARO

Norge på Balkan 1990–1999. “Lessons learned”.

4. J. KIDD OG P. MITCHELL

European Defence Challenges.

5. M. PETERSSON

Vapenbröder. Svensk-norska säkerhetspolitiska relationer under det kalla kriget.

6. A. BROOKES

The Prospects for Unmanned Aerial Vehicles.

1999

1. I. JOHNSTONE

The UN's Role in Transitions from War to Peace: Sovereignty, Consent and the Evolving Normative Climate.

2. S.G. HOLTSMARK

Gullet fra Moskva. Sovjetisk pengestøtte til norske kommunister, 1917–1990.

3. T. FARER

Shaping Agendas in Civil Wars. Can International Criminal Law Help?

4. V. HELGESEN

Kosovo og folkeretten.

5. W.P.S. SIDHU

New Challenges for the Non-Proliferation Regime.

6. R. BERG

Den svenske “generalguvernørtiden” i Norge, 1814–1829.

1998

1. L.M. RAMBERG

Luftforsvaret en læringsorganisasjon? Logistiske utfordringer ved NORAIRs deployering til Bosnia 1993.

2. K. SKOGRAND

Cash and Cannons. Norway, Denmark and the US Aid Programmes 1947–1952.

3. T. HUITFELDT

Striden om landminer. Ottawa-konvensjonens muligheter og begrensninger.

4. R. BERG

Nasjon – union – profesjon. Forsvaret på 1800-tallet.

5. K. SKOGRAND, O. NJØLSTAD OG R. TAMNES

Brennpunkt. Kald krig, nordområder og storstrategi.

1997

1. P.V. WIKER

Amerikansk våpenhjelp til Norge 1949–1953.

2. H. KROMBACH

The Meaning of Hiroshima and Nagasaki.

3. T. HUITFELDT

De norske partisanene i Finnmark 1941–44 – i skyggen av den kalde krigen.

4. R. BERG

Nordisk samarbeid 1914–1918.

5. H.O. SANDNES

“Olav Tryggvason-affæren”.

6. R.G. PATMAN

Securing Somalia : A Comparison of US and Australian Peacekeeping during the UNITAF Operation.

1996

1. S.G. HOLTSMARK

Great Power Guarantees or Small State Cooperation? Atlanticism and European Regionalism in Norwegian Foreign Policy, 1940–1945.

2. O. RISTE OG R. BERG

Isolasjonisme, atlantisk samarbeid og nordpolitikk.

3. F. LILAND

Moral og realpolitikk. Norges forhold til Kina etter 1966.

4. K.O. SUNDNES

A Balkan Sideshow. The Medical Support System and United Nations Peacekeeping in the Former Yugoslavia.

5. CHR. COKER

The Future is History.

6. H. MACDONALD

National Separatism and the Disintegration of Yugoslavia.

1995

1. F.O. NILSEN

Sovjetisk ubåtvirksomhet i nord – behov og tradisjoner.

2. J. HAMMERSTAD OG K. JAHR

Telemark bataljon. NATOs nye styrkestruktur og Norges deltakelse i IRF.

3. M.R. BREDAL

The United Nations at Fifty: Its role in Global Security.

4. O.K. GRIMNES, J. RØNNEBERG OG B. GOLDSCHMIDT

The Race for Norwegian Heavy Water, 1940–1945.

5. T. ITO

UN Authorized Use of Force: Recent Changes in UN Practice.

6. R. HOBSON OG T. KRISTIANSEN

Militærmakt, krig og historie. En innføring i militære studier fra Clausewitz til våre dager.

1994

1. S.R. RADER

Strengthening the Management of UN Peacekeeping Operations. An Agenda for Reform.

2. J.M. VAN SPLUNTER

Love at First Sight. Co-operation Between the Netherlands and Norway on the Peaceful Use of Atomic Energy, 1950–60.

3. N.A. RØHNE

Norway between Great Britain and Germany.

4. F. MOLVIG

Norsk forsvarspolitik i 1970- og 80-årene.

5. K.E. HAUG

Den tysk-norske spenningen under første verdenskrig.

6. S.G. HOLTSMARK

Om Den røde hær rykker inn i Norge... Spørsmålet om sovjetisk deltagelse i frigjøringen av Norge 1941–1944.

7. S.G. HOLTSMARK

The Limits to Soviet Influence: Soviet Strategic Interests in Norway and Denmark 1944–47.

8. O. NJØLSTAD

Fissionable Consensus: Scandinavia and the US Quest for International Atomic Energy Control, 1946–1950.

1993

1. F. LILAND

Culture and Foreign Policy. An introduction to Approaches and Theory.

2. R. TAMNES

Penetrasjon og polarisering. Nordområdene i et historisk perspektiv.

3. H. SJURSEN

Gamle problemer i ny klesdrakt? EFs utvidelsesproblemer i 1990-årene.

4. W. WLADYKA

Fortidens skygger i polsk politikk. Reformprosessens utfordringer etter valget.

5. K.E. ERIKSEN OG H. PHARO

Norway and the Early Cold War: Conditional Atlantic Cooperation.

6. E. LØCHEN

Norges møte med Europa, 1950–1964.

7. M. BERDAL

United Nations Peacekeeping at a Crossroads. The Challenges of Management and Institutional Reform.

1992

1. O. RISTE

Postwar Security: Universal or Regional?

2. R. TAMNES

Norges hemmelige tjenester under den kalde krigen. Et sammenlignende i internasjonalt perspektiv.

3. L. SHEVTSOVA

August 1991. The Attempted Coup and its Consequences.

4. T. KRISTIANSEN

Det fjerne og farlige Baltikum. Norge og det baltiske spørsmål 1918–1922.

5. O. RISTE

Eit “minimumsforsvar” for Norge? FK90 og spørsmålet om alliert assistanse.

6. O. WICKEN

Kald krig i norsk forskning.

7. K. HIRSCH

Den norske klagesaken mot Tyrkia i 1982.

PUBLIKASJONER FRA IFS

DEFENCE AND SECURITY STUDIES: Fagfelleverdert, vitenskapelig monografiserie med større forskningsarbeider, utgis fire ganger årlig.

OSLO FILES ON DEFENCE AND SECURITY: Instituttserie med artikler, foredrag – kort og langt format, utgis 6–8 ganger årlig.

Alle abonnenter av *Oslo Files on Defence and Security* får automatisk tilsendt *Defence and Security Studies*. Abonnementet anses løpende til oppsigelse skjer, hvis ikke opphørsdato er uttrykkelig fastsatt i bestillingen. Ved adresseforandring, vennligst husk å oppgi gammel adresse.

ABONNEMENTSPRIS 2008:

Institusjoner: kr 600.

Privatpersoner: kr 300.

Pensjonister og studenter: kr 200.

Enkeltutgaver: kr 100–150, avhengig av omfang.

SALG AV ENKELHEFTER:

Disse kan bare anskaffes i den utstrekning de er på lageret. Priser, som kan endres uten forutgående varsel, oppgis på forlangende. I tillegg til de ordinære publikasjonene utgir også IFS enkelte store forskningsarbeider i bokform.

ABONNEMENT OG ENKELTSTUDIER BESTILLES FRA:

Institutt for forsvarsstudier, postboks 890, 0104 OSLO.

Telefon: 23 09 77 00. Fax: 23 09 77 49. www.ifs.mil.no

PUBLICATIONS FROM IFS

DEFENCE AND SECURITY STUDIES: Peer-reviewed monograph series providing in-depth studies, published four times annually.

OSLO FILES ON DEFENCE AND SECURITY: Institute series aimed towards the general public, published six to eight times annually.

Subscribers to *Oslo Files on Defence and Security* automatically receive *Defence and Security Studies* also.

SUBSCRIPTION 2008:

Institutions: NOK 600.

Individuals: NOK 300.

Retirees and students: NOK 200.

Single issues: NOK 100–150, according to size.

SINGLE ISSUES:

Can only be obtained according to stock in hand. Prices which are subject to change without any notice, are available upon request. In addition to its ordinary publications, IFS publishes occasional studies as books.

TO SUBSCRIBE OR ORDER SINGLE ISSUES, WRITE TO:

Norwegian Institute for Defence Studies, P.O. Box 890, N-0104 OSLO,

Norway. Phone: +47 23 09 77 00. Fax: + 47 23 09 77 49. www.ifs.mil.no