

Kommandoansvar og foresattes befaling

AV ARNE WILLY DAHL

Keiser Napoleon Bonaparte skal engang ha innkalt en av sine generaler og stilt ham til ansvar for et tapt slag. Generalen mente at nederlaget skyltes tilfeldigheter som lå utenfor hans kontroll og derfor skyltes uflaks og det kunne ikke generalen lastes for. Keiseren skal ha svart at han ikke hadde rom for generaler som hadde uflaks og fratok ham kommandoen.

Napoleons håndtering av generalen er kan hende ikke et eksempel på godt juridisk skjønn, men illustrerer at det forventes av militære ledere at de kan vise til resultater, og at unnskyldninger for å mislykkes ikke uten videre aksepteres.

Dersom en militær sjef forteller sine overordnede at oppdraget ikke ble løst på grunn av manglende trening, vil innvendingen fort være hvorfor han ikke sørget for at avdelingen var tilfredsstillende trent. Dersom grunnen var mangel på ammunisjon eller andre viktige forsyninger, vil han måtte svare for hva han gjorde for at forsyningene skulle nå fram til avdelingen.

Og om han sier at soldatene ikke var forberedt på et angrep, fordi de hadde drukket øl og hygget seg med de lokale landsbyjentene i stedet for å bygge forsvarsstillinger og overvåke fiendens bevegelser, vil han måtte svare for hvorfor han tillot slik oppførsel. Og dersom han forsvarer seg med at han ikke var klar over hva soldatene drev med, vil han måtte svare for hvorfor han ikke inispiserte dem.

Med andre ord, en militær sjef må være forberedt på å bli holdt ansvarlig for sine underordnedes handlinger, i hvert fall om han ved å gripe inn kunne ha påvirket utfallet.

Straffeansvar

Slikt ansvar kan også medføre straffeansvar. Vi har her i landet opplevd ulykker i avdelinger ledet av ungt befall, der den militære sjefen har måttet svare for sin passivitet i retten.

De har blitt spurt om befalet har hatt tilstrekkelig kompetanse for de oppdragene de ble pålagt. De har blitt spurt om operasjonen var tilfredsstillende forberedt og organisert, om alle som var involvert kjente til sine oppgaver.

Var kontrollen med hva de underordnede drev med tilstrekkelig god? Inspirerte sjefen sine underordnede ved å være tilstede og viste at han var opptatt av hva som foregikk? Hvordan responderte han på informasjon som kunne eller burde bety at det kunne oppstå problemer?

Jeg mener at ethvert forsvar må kunne kreve av sine offiserer at de holder seg oppdatert på hva som foregår i avdelingen, er aktive og i forkant av hendelser, og griper inn dersom noe ser ut til å utvikle seg i uønsket retning. En passiv militær sjef kan risikere og bli fratatt kommando, eller i mer alvorlige sammenhenger, bli stilt for retten.

Ansvar for underordnedes kriminelle handlinger

Dersom en militær sjef kan bli stilt ansvarlig for å tape et slag fordi han ikke har kontroll på sine undergitte, er det opplagt at han også vil bli holdt ansvarlig av samme grunn for hendelser som undergraver Forsvarets, eller nasjonens rykte. Er det i tillegg snakk om alvorlige forbrytelser mot uskyldige mennesker, er det ikke lenger bare snakk om omdømme, men et viktig anliggende for alle av god vilje.

Kommandoansvar er ikke av ny dato. Det kjennetegner en militær organisasjon. At en militær sjef er ansvarlig for sine underordnede er et av de grunnleggende prinsippene for en militær organisasjon (Haag IV art 1; Protokoll I art 43).

Prinsippet om militært ansvar, sammen med myndigheten til å utstede ordre og straffe ulydighet eller udisiplinert oppførsel, er den avgjørende forskjellen på en avdeling lovlig stridende og en gruppe individuelle franc-tireurs. Uten å bli for detaljert, er det dette prinsippet som frikjenner soldaten fra kriminelt straffeansvar når han bruker dødelig makt mot andre mennesker, så fremt soldaten handler etter ordre og innenfor rammen av krigens folkerett.

Kommandoansvar er gjort gjeldende i flere kjente rettsprosesser etter andre verdenskrig. Prosessen mot den japanske generalen Yamashita, er et eksempel. Han ble holdt ansvarlig for sine styrkers oppførsel mot den sivile befolkningen på Filipinene. Han ble anklaget for å:

Between October 9, 1944 and September 2, 1945, in the Philippine Islands, while commander of armed forces of Japan at war with the United States of America and its allies, unlawfully disregarded and failed to discharge his duty as commander to control the operations of the members of his command, permitting them to commit brutal atrocities and other high crimes against people of the United States and its dependencies, particularly the Philippines, and he [...] thereby violated the laws of war.

Antall ofre regnes i flere titusen. Ytterligere et eksempel er Hirota, tidligere statsminister i Japan, som ble dømt for overgrep, blant annet massevoldtekt *under the rape of Nanking*. Han var tiltalt for å ha *recklessly disregarded their legal duty by virtue of their officers to take adequate steps to secure the observance and prevent breaches of the law and customs of war*. Tokyotribunalet mente at:

Hirota was derelict in his duty in not insisting before the Cabinet that immediate action be taken to put an end to the atrocities, failing any other action open to him to bring about the same result. He was content to rely on assurances which he knew were not being implemented while hundreds of murders, violations of women, and other atrocities were being committed daily. His inaction amounted to criminal negligence.

Kodifisering

Kodifiseringen av kommandoansvaret i internasjonale traktater er imidlertid av nyere dato. Genevekonvensjonenes Tilleggsprotokoll 1 av 1977 fastslår i artikkel 86 at det faktisk er et brudd på konvensjonene eller protokollen er blitt begått av en underordnet, fritar ikke vedkommendes overordnede for henholdsvis straff- eller disiplinæransvar, dersom de visste eller hadde informasjon som under daværende forhold burde ha satt dem i stand til å slutte, at vedkommende var i ferd med å begå eller kom til å begå et slikt brudd, og dersom de ikke traff alle praktiske tiltak innen rammen av det som var mulig for dem, for å forhindre eller bekjempe bruddet.

Videre i Tilleggsprotokoll 1 Artikkel 87: De høye kontraherende parter og partene i konflikten skal pålegge militære sjef, hva angår medlemmer av de væpnede styrker under deres kommando og andre personer under deres kontroll, å hindre og om nødvendig å bekjempe og melde fra til kompetente myndigheter om brudd på konvensjonene og denne protokoll.

Hverken Genevekonvensjonene eller Tilleggsprotokollene er imidlertid skrevet eller forhandlet fram som strafferettslige tekster. De gir grunnleggende veiledning, men den endelige vurderingen av skyld bør være basert på en gjeldende nasjonal eller internasjonal strafferettslig tekst. I mangel på slikt juridisk grunnlag kan skyldspørsmålet avgjøres av den retten eller det tribunalet som har jurisdiksjon i spørsmålet – for eksempel Jugoslavia eller Rwandatribunalet –

med støtte i internasjonal sedvanerett. Jugoslaviatribunalet omtaler kommandoansvar Artikkel 7 i statuttene:

3. The fact that any of the acts referred to in Article 2 to 5 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his or her superior of criminal responsibility if he or she knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof.

En lignende bestemmelse er tatt inn i statuttene for Rwandatribunalet. Under forhandlingene av Den internasjonale strafferettsdomstolens statutter i 1998 ble bestemmelsen gjort mer detaljert. Artikkel 28 skiller mellom militære sjefer og politiske ledere, men likestiller personer som faktisk og praktisk opptrer som militær sjef med militære sjefer. Begrunnelsen for presiseringer er at enkelte i noen tilfeller kan ha de samme funksjonene og den samme myndighet som militære sjefer selv om vedkommende ikke formelt sett hverken har militær grad eller status som militær sjef. Slike personer bør derfor ha det samme ansvar som tilkommer en militær sjef.

Statuttene forventer at militære sjefer og sivile som opptrer som militære sjefer, holder seg orientert om hva som faktisk foregår på slagmarken. En militær sjef vil normalt ha ressurser som vil holde ham informert, og vil i tillegg ha gode militære grunner for å skaffe seg informasjon. Han vil derfor ikke kunne påberope seg at han ikke visste. Av overordnede som ikke er beskrevet under første ledd – i praksis er det sivile ledere – forventer statuttene at de handler ut fra den kunnskapen de faktisk har om situasjonen.

Internasjonal rett forventer at både militære sjefer og sivile ledere treffer alle de nødvendige og rimelige tiltak som lå innenfor vedkommendes myndighet, for å hindre eller bekjempe at disse forbrytelsene ble begått eller for å forelegge saken for de kompetente myndigheter med henblikk på etterforskning og påtale.

Hvordan kan eventuelle tiltak som treffes etter at en kriminell handling faktisk har funnet sted, fritta en militær sjef for skyld? Et svar kan være at kriminelle handlinger der kommandoansvar gjøres gjeldende strekker seg ofte over tid og at tidlig inngripen kan være den beste måten å stoppe pågående og eventuelle fremtidige overgrep.

Om den kriminelle handlingen allerede har funnet sted, kan det eneste reelle alternativet til passivitet være å straffe forholdet eller å melde det til de rette myndighetene. Passivitet kan lett bli oppfattet som aksept, noe som vil medføre at den militære sjefen må svare for seg på samme måte som en stat kan bli holdt ansvarlig for private borgeres handlinger, hvis, og i den grad staten anerkjenner disse handlingene.¹

¹ 2001 ILC Draft Articles Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 11.

Et tredje alternativ er å anse at kommando ansvar handler om unnlåtelses-synder. Det sjefen i realiteten holdes ansvarlig for, er hans eller hennes mangel på inngripen når vedkommende sjefs underordnede begår kriminelle handlinger.

Noen tolkningsspørsmål

Grad av forsømmelse

Jean Pictet skriver i sin kommentar til Tilleggsprotokoll 1 til Genevekonvensjonene:

[...] the negligence must be so serious that it is tantamount to malicious intent, apart from any link between the conduct in question and the damage that took place. This element in criminal law is far from being clarified, but it is essential, since it is precisely on the question of intent that the system of penal sanctions in the Conventions is based.

Rwandatribunalet diskuterer kommandoansvar i rettskjennelsen mot Akayesu. I paragraf 488 henviser dommen til at det finnes flere synspunkt på hvilken rolle *mens rea* spiller i forbindelse med saker der det spørres etter kommandoansvar.

Et synspunkt framholder at det er forankret i en streng forståelse av straffeansvaret, som et objektivt ansvar. Den foresatte er strafferettslig ansvarlig for sine undergittes handlinger uavhengig om en kan føre bevis for sjefens kriminelle forsett eller ikke.

Andre hevder at hvorvidt forsømmelsen er så alvorlig at den grenser godkjennelse eller kriminelle motiv, er et lavere krav. Rwandatribunalet siterer Pictets kommentar i paragrafene 489:

The Chamber holds that it is necessary to recall that criminal intent is the moral element required for any crime and that, where the objective is to ascertain the individual criminal responsibility of a person Accused of crimes falling within the jurisdiction of the Chamber, such as genocide, crimes against humanity and violations of Article 3 Common to the Geneva Conventions and of Additional Protocol II thereto, it is certainly proper to ensure that there has been malicious intent, or, at least, ensure that negligence was so serious as to be tantamount to acquiescence or even malicious intent.

I den påfølgende paragrafen siterer dommen Tokyotribunalet:

As to whether the form of individual criminal responsibility referred to Article 6 (3) of the Statute applies to persons in positions of both military and civilian authority, it should be noted that during the Tokyo trials, certain civilian authorities were convicted of war crimes under this principle. Hirota, former Foreign Minister of Japan, was convicted of atrocities - including mass rape - committed in the "rape of Nanking", under a count which charged that he had "recklessly disregarded their legal duty by virtue of their offices to take adequate steps to secure the observance and prevent breaches of the law and customs of war".

Deretter fortsetter dommen:

It should, however, be noted that Judge Röling (in the Tokyo Tribunal) strongly dissented from this finding, and held that Hirota should have been acquitted. Concerning the principle of command responsibility as applied to a civilian leader, Judge Röling stated that: "Generally speaking, a Tribunal should be very careful in holding civil government officials responsible for the behavior of the army in the field. Moreover, the Tribunal is here to apply the general principles of law as they exist with relation to the responsibility for omissions". Considerations of both law and policy, of both justice and expediency, indicate that this responsibility should only be recognized in a very restricted sense".

Rwandatribunalet sammenfatter så sin argumentasjon i paragraf 491:

*The Chamber therefore finds that in the case of **civilians**, the application of the principle of individual criminal responsibility, enshrined in Article 6 (3), to civilians remains **contentious**. Against this background, the Chamber holds that it is appropriate to assess on a case by case basis the power of authority actually devolved upon the Accused in order to determine whether or not he had the power to take all necessary and reasonable measures to prevent the commission of the alleged crimes or to punish the perpetrators thereof.*

For meg synes det som om Rwandatribunalet i denne dommen er noe mer konservativ enn Den internasjonale straffedomstolens statutter. Siviles ansvar er i dag ikke lenger omstridt, men har sine begrensninger.

Når det kommer til militære sjefers ansvar, er jeg ikke sikker på om Rwandatribunalet får siste ord i saken: «[it is] proper to ensure that there has been *malicious intent*, or, at least, ensure that negligence was so serious as to be tantamount to acquiescence or even malicious intent.» Det er vesentlig å ha i mente hva som egentlig står på spill: Liv og helse for store antall mennesker. Selv om risikoen for omfattende og systematiske overgrep kan synes fjern, så bør det tiltak som sørger for at slikt ikke skjer ha høy prioritet, særlig for de som har makt og myndighet til å avverge dem. På den andre siden, selv om en militær sjef skulle bli frikjent for forbrytelse mot menneskeheten, kan han fortsatt kjennes skyldig i mindre alvorlige forbrytelser, for eksempel forsømmelse av å utføre sine militære plikter. I den sammenhengen kan det framstå som en svakhet ved systemet om man har en særskilt domstol med ansvar og jurisdiksjon for bare de mest alvorlige forbrytelsene. Det er min mening.

Noen spørsmål vedrørende militære sjefer

Hvem er militær sjef

En militær organisasjon er tradisjonelt hierarkisk bygget opp – en pyramide av sjefer på ulikt nivå. Hver sjef har et gitt antall underordnede. Hver underordnet har en spesifikk nærmeste foresatte, som igjen har en sjef over seg og så videre opp til øverstkommanderende.

En underordnet kan ha et større antall overordnede som innehar en høyere militær grad, men som ikke er vedkommende underordnetes sjef. Det er den militære sjefen i en gitt kommandokjede som innehar kommandoansvar, ikke enhver overordnet som kan ha kjennskap til forbrytelser og som muligens kunne ha truffet tiltak for å forhindre slike hendelser, men lot det være.²

Hvor i kommandokjeden finner vi kommandoansvar?

I prinsippet innehar enhver militær sjef kommandoansvar og kan måtte stå til rette for det. Hvor langt opp i rekkene ansvaret kan gjøres gjeldende, vil avhenge forbrytelsenes omfang og vedkommende sjefs avstand til hendelsene. Testspørsmålet vil være om vedkommende sjef på grunn av omstendighetene på det aktuelle tidspunkt, skulle ha visst at styrkene begikk eller skulle til å begå slike forbrytelser.

Er nestkommanderende å anse som militær sjef?

Det dominerende synspunktet synes å være at nestkommanderende i utgangspunktet ikke kan anses å være militær sjef og derfor heller ikke har kommandoansvar. NK-rollen kan imidlertid variere innenfor ulike militære organisasjoner. Det kan for eksempel handle om forskjeller i militær kultur eller være avhengig av avdelingssjefens lederstil. Nestkommanderende kan være tettere på det som rører seg nede i organisasjonen, og om han ikke varsler avdelingssjefen om uønsket eller kriminell adferd, hvorfor skal han i tilfelle ikke holdes ansvarlig?

Hva er stabsoffiserenes ansvar?

Fra bataljonsnivå og oppover vil den militære sjefen være omgitt offiserer med ansvar for personell, etterretning, operative spørsmål, forsyning og flere andre oppgaver. Han kan ha en stabssjef som koordinerer virksomheten, og muligens også innehar NK-funksjonen i avdelingen. Disse offiserene vil bemanne operasjonsrommet, legge planer for forestående operasjoner og sette i verk sjefens ordre. Offiserer på lavere nivå vil i praksis i større grad samhandle med medlemmene av den høyere staben enn med den høyere sjefen selv. De fleste vil derfor hevde at stabsoffiser ikke innehar kommandoansvar.

Hvem har kommandoansvar i internasjonale operasjoner?

I multinasjonale operasjoner settes nasjonale kontingenter under operativ kommando eller operativ kontroll av en *Supreme Force Commander* utpekt for ek-

² Forskjellen mellom foresatte og overordnede (commanders and superiors) er ikke synbar i den franske tekst, fordi man bare har ett ord i det franske språk, som dekker begge.

sempel av NATO eller FN. Hvilken myndighet Force Commander har over de ulike avdelingene, vil avhenge av hvilke begrensninger de ulike nasjonene legger på bruken av sine styrker. Disse vil framkomme enten i dokumenter som regulerer *Transfer of Authority*, begrensninger i forhold til *Rules of Engagement* eller på annet vis. Det er verdt å merke seg at disiplinærmyndighet alltid vil bli ivarettatt nasjonalt. Den enkelte nasjon vil være representert i operasjonsområdet av en *National Contingent Commander*. Hans rolle er å ivareta nasjonale funksjoner og følge opp nasjonale interesser og anliggender. Han har imidlertid ikke operativ kommando over nasjonens styrkebidrag.

Relasjonen mellom *Supreme Force Commander* og *National contingent commanders* er komplisert og det har, så vidt jeg vet, aldri blitt prøvd ut rettslig hvor kommandoansvaret ligger dersom en avdeling innenfor en multinasjonal styrke skulle begå kriminelle handlinger.

En kan imidlertid forestille seg to alternative vinklinger. Force Commander får gehør i retten for at hans myndighet over de ulike nasjonale kontingentene var så begrenset at han ikke kunne sies å *effectively [be] acting as a military commander*. Det behøver ikke i seg selv å være tilstrekkelig, men kan medføre begrensninger med hensyn til hvilke *reasonable measures within his power* han hadde til rådighet for å påvirke situasjonen. Dette vil trolig undergrave fremtidige internasjonale sjefers autoritet og i neste omgang ha konsekvenser for underordnedes muligheten til å forsvare seg med henvisning til militær lydighet og at en handlet i samsvar med overordnedes ordre. Vi skal se nærmere på det nedenfor. På den annen side, om retten finner at en supreme commander har kommandoansvar, vil det være et sterkt argument for framtidige internasjonale sjefers å kreve full myndighet over de ulike nasjonale styrkebidragene.

En kan også forestille seg et bottom-up scenario der en underordnet henviser til ordre utstedt av en supreme force commander. Han argumenterer dermed at han var *under legal obligation to obey orders of the [Government or the] superior in question*. Det vil trolig medvirke til å styrke framtidige internasjonale force commanders stilling.

Henvisning til ordre fra overordnede

Hva handler egentlig dette om? I en militær organisasjon forventes det at soldater følger ordre. Dersom soldaten beordres til å utføre ulovlige handlinger, står han overfor et dilemma: Om han nekter, kan han risikere straff eller disiplinære forføyninger, og om han adlyder kan han stilles for retten for kriminelle handlinger. Hva skal han så gjøre?

Historisk er ikke henvisningen til militær lydighet akseptert som tilstrekkelig forsvar, men kan veie i formildende retning.

Nürnbergstatuttens Artikkel 8 fastslår: «The fact that the Defendant acted pursuant to order of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires.»

Nürnbergstatuttene står imidlertid ikke uimotsagt:

Tradisjonelt har en ment at en underordnet, fordi de manglet relevant innsikt i situasjonen, ikke selv kunne avgjøre om en ordre var lovlig eller ulovlig. Å nekte å utføre ordre var derfor ikke en opsjon. Motargumentet her vil være at ordre i seg selv ikke kan frita en fra ansvar dersom ordren er åpenbart ulovlig.

Andre har hevdet at straffeansvaret er absolutt. En er bare forpliktet til å adlyde lovlige ordre. En innvending mot dette synspunktet kan være at det ser helt vekk fra det mentale aspektet – subjektiv skyld – selv der soldaten, på feil grunnlag, tror at ordren er lovlig

Et tredje synspunkt vurderer lydighetsspørsmålet som irrelevant, men åpner for at det kan være formildende.

Jugoslaviatribunalets statutter viderefører anliggendet fra Nürnbergstatuttene blant annet fordi en ønsket å basere statuttene på allment aksepterte normer innenfor internasjonal strafferett, og diskusjonen om militær lydighet etter Nürnberg var ennå ikke avklart. Andre tribunaler – Sierra Leone i 2002, Irak i 2003 – har fulgt samme praksis, men andre som *Indonesia Act on Human Rights Court* i 2000 og *Agreement on the Khmer Rouge Trials* i 2003 ikke behandler spørsmålet.

I nasjonal lovgivning er det i stor grad gitt åpning for å henviser til overordnede ordre dersom anklagede ikke visste at ordren var lovstridig, og den ikke var åpenbart ulovlig, slik det også er i Den internasjonale strafferettsdomstolens statutter:

Artikkel 33

Ordre fra foresatt og bortfall av straffansvar

1. Det forhold at en forbrytelse som faller inn under Domstolens jurisdiksjon er begått av en person etter ordre fra en regjering eller en foresatt, enten militær eller sivil, skal ikke frita personen fra straffansvar, med mindre:

- a. vedkommende var rettslig forpliktet til å adlyde ordre fra regjeringen eller den aktuelle foresatte,*
- b. vedkommende ikke visste at ordren var rettsstridig, og*
- c. ordren ikke var åpenbart rettsstridig.*

2. I forbindelse med denne artikkel er ordre om å begå folkemord eller forbrytelser mot menneskeheten åpenbart rettsstridig.

Antonio Cassese synes å mene at Artikkel 33 er i strid med internasjonal sedvanerett og derfor bør tolkes restriktivt. Andre deler dette synspunktet. Forskjel-

len mellom nasjonal lovgivning og internasjonal sedvanerett kan ifølge Cassese forklares med at nasjonal lovgivning må dekke ethvert brudd på militær lovgivning, uavhengig av om de er brudd på internasjonal lov eller ikke. Internasjonale regler derimot, gjelder «bare» for internasjonale forbrytelser.

Det finnes imidlertid andre mulige forklaring på denne uoverensstemmelsen. En er ganske iøynefallende for den som er kjent med norsk rett. Lov om straff for utlendske krigsbrottsmenn fra 1946 aksepterte ikke henvisning til ordre selv om den militære straffeloven fra 1902 gjør det. Ved nærmere ettersyn fører alle internasjonale tribunaler sak mot «de andre», mens det i nasjonale lovgivning handler om saker mot «våre egne». Det samme gjelder for både Indonesia og Khmer Rouge-prosessene.

Den internasjonale straffedomstolens statutter gjenspeiler på den ene siden hvor langt stater er villig til å strekke seg med hensyn til saker der deres egne statsborgere kan bli tiltalt. På den andre siden har ICC-statuttene innflytelse på nasjonal lovgivning. Dersom diskrepansen mellom det nasjonale og internasjonale rett blir for stor, kan de respektive statene risikere at ICC reiser sak mot statens egne statsborgere fordi staten, som har primær jurisdiksjon, ikke er i stand til å tiltale dem. Med andre ord: Dersom statene hadde blitt enige om strengere bestemmelser i ICC-statuttene enn det de faktisk gjorde, kunne de fort vært under press til å endre sine nasjonale lovgivninger.

Min tolkning er derfor at når stater står overfor risikoen for at deres egne soldater befinner seg på tiltalebenken, blir de mer tilbakeholdende. Imidlertid, i nasjoner med engelsk-amerikansk (common law) rettstradisjon, kan rettspraksis være strengere. Det kan synes som henvisning til prinsippet om militær lydighet er akseptert i land som USA og Canada, men ikke i Storbritannia og Australia. Det kaster tvil over både Casseses anliggende og min egen fortolkning.

Så, er ICC-statuttene feil? Som internasjonal traktat går den foran sedvanerett. Så i forhold til statenes relasjon til hverandre er den pr definisjon rett. Spørsmålet er hvorvidt den vil bli tolket restriktivt, slik Cassese har foreslått, om sedvaneretten vil tilpasse seg statuttene, eller om vi vil ha to parallelle sett med regler som eksisterer ved siden av hverandre i overskuelig framtid: Et sett for de som har ratifisert statuttene, og et for de som ikke har gjort det.

Etter mitt syn har ICC-statuttene rett i hvert fall i en forstand: Du skal dømme andre etter samme mål som du dømmer dine egne. Synspunktet støttes av Tredje Genevekonvensjons Artikkel 82, tredje ledd:

Hvis lover, forskrifter eller alminnelige instruksjoner til den makt som har fangene i sin varetekt, erklærer handlinger begått av en krigsfange for straffbare, mens de samme handlinger ikke er straffbare når de begås av et medlem av de væpnede styrker til den makt som har fangene i sin varetekt, kan de bare medføre disiplinærsanksjoner.

Etter denne bestemmelsen vil det, i det minste, være svært kontroversielt å nekte en tiltalt med krigsfangestatus retten til å hevde til sitt forsvar at de handlet under ordre, når en gir sine egne statsborgere den retten.

Jeg mener også at historien vil gi statuttene rett. Det er lite sannsynlig at en vil se mange nye ad hoc tribunaler i framtiden. Den foretrukne løsningen vil trolig heller være å henvise saker til Den internasjonale strafferettsdomstolen. ICC-statuttene vil gjøres gjeldende og domstolens forståelse av militær lydighet og overordnede ordre vil bli normen.

Noen spørsmål vedrørende ordre

Hva er en ordre?

Basert på Artikkel 33 er en ordre alle muntlige, skrevne eller på annen måte uttrykte befalinger. Ordre kan framsettes til enkeltindivider eller til grupper. De kan være generelle eller være knyttet til en bestemt aktiv handling eller en unnlatelse. En ordre medfører plikt til å adlyde.

Hvem kan utstede ordre?

Ordre kan utstedes av regjeringen, et departement, et regjeringsmedlem med ansvar for bestemte funksjoner som gjør at de har myndighet til å handle på vegne av regjeringen. Ordre kan utstedes av militære så vel som sivile. Det vesentlige er at vedkommende har den formelle myndigheten som er nødvendig for å utstede den aktuelle ordren. Mangler den myndigheten foreligger det ingen juridisk plikt til å følge ordren.

Forholdet mellom ordre og handling

En eventuell straffbar handling må ha skjedd i henhold til en gitt ordre. Det betyr at en underordnet må ha ment å handle – eller unnlate å handle – for å adlyde en gitt ordre. Om ikke, kommer ikke Artikkel 33 til anvendelse.

Rettsvillfarelse

Generelt er det slik at manglende kunnskap om loven – siktede skjønnte ikke at handlingen faktisk var rettsstridig – ikke fritar den siktede for ansvar (Artikkel 32) Denne bestemmelsen finnes også i de fleste nasjonale lovgivninger.

Artikkel 33 er en unntaksbestemmelse. Dersom siktede handlet i henhold til ordre, men ikke visste at ordren var ulovlig, fritas fra straffeansvar såfremt ikke ordren var åpenbart ulovlig. Hvorfor denne forskjellen? Som vi har sett,

innebærer en ordre plikt til å handle. Der det ikke foreligger en ordre, kan vedkommende velge å forholde seg passiv dersom han ikke er sikker på om det aktuelle lovverket sier. Den muligheten er ikke tilstede for en soldat som er gitt en ordre.

Åpenbart ulovlig

Hva menes med *åpenbart ulovlig*? *The Israeli District Military Court* definerer det slik i Kafr Kassem-saken:

The distinguishing mark of a “manifestly unlawful” order should be displayed like a black flag over the order given, as a warning reading “Prohibited!”

Cassese mener at ordre som medfører at en begår krigsforbrytelser er like åpenbart ulovlige som ordre som innebærer at en begår folkemord eller forbrytelser mot menneskeheten, særlig fordi krigsforbrytelser er listet i ICC-statuttene og definert i *Elements of Crimes*. Det er i lys av dette at Cassese mener at ICC-statuttene står i motsetningsforhold til internasjonal sedvanerett, og ber om at Artikkel 33 tolkes restriktivt slik at den i størst mulig grad samsvarer med internasjonal sedvanerett.

Så er spørsmålet om Cassese har rett når han hevder at ordre om å begå krigsforbrytelser alltid vil være åpenbart ulovlige?

I mange, kanskje de fleste, saker vil slike ordre være åpenbart ulovlige. Generelt kan en si at krigsforbrytelser slik de er definert i ICC-statuttene, handler om grove og åpenbare brudd på internasjonal rett, brudd som ville sjokkere de aller fleste som var vitne til dem. Men det finnes også mer komplekse forbrytelser som i seg selv er alvorlige, men som er omgitt av en kompleks rekke omstendigheter, fakta, beslutninger som leder fram til slutningen om at en bestemt handling faktisk er en forbrytelse.

La oss, som eksempel, ta *uproporsjonale angrep*. Den internasjonale straffedomstolens statutter definerer i Artikkel 8,2,b,iv *uproporsjonale angrep* som:

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

Den eller de som utfører et angrep, har muligens eller muligens ikke en forestilling om hva angrepet kan medføre av tilfeldige sivile tap, også kjent som *collateral damage*, men hva med den militære nytten?

Den militære nytten av å bombe en bro kan i stor grad avhenge hvilke intensjoner den militære sjefen har – hva er hans neste trekk? Disse intensjonene er ikke nødvendigvis kjent for pilotene i bombeflyene. Rent objektivt kan den militære nytten være av stor verdi, forutsatt at sjefen holder seg til sine planer. Men fienden kan i mellomtiden gjort manøvrer som tvinger sjefen til å endre

planene sine og bombingene har ikke lenger noen militær verdi. Vil det i tilfelle gjøre pilotene og eventuelle andre som er involvert i operasjonen – de som er involvert i målutvelgelsen eller som utsteder ordrene – til krigsforbrytere?

I tillegg, angrepet må ses i sammenheng med forhold som ikke uten videre er åpenbare for de underordnede. Problemet er ikke hypotetisk. Det var høyst reelt i 1944 da mål i området ved Pas de Calais ble bombet for å få Hitler til å anta at invasjonen ville finne sted der og ikke i Normandie.

Svaret på spørsmålet ovenfor er derfor opplagt «nei». Pilotene må følge ordre uten å måtte stå strafferettslig ansvarlig så lenge ordrene ikke er åpenbart ulovlige. I de fleste tilfellene vil det være umulig for dem å vurdere de militære gevinstene ved et angrep og de vil derfor måtte utføre de ordrene de får uavhengig av hva han måtte mene om den militære verdien av angrepet. Det er ingen grunn til å tolke Artikkel 33 restriktivt i dette tilfellet.

Et nytt eksempel: ICC-statuttenes Artikkel 8,2,b,xxv omhandler utsulting: forsettlig å bruke utsulting av sivilpersoner som krigføringsmetode ved å unndra dem gjenstander som er uunnværlige for at de skal overleve, inkludert ved forsettlig å hindre at hjelpeforsyningene i henhold til Genève-konvensjonene kommer frem.

Et infanterilag bemanner et checkpoint. To mann bemanner porten, to bemanner maskingeværstillingen som dekker checkpointet, en sersjant leder avdelingen og de resterende 4 soldatene hviler. De har fått ordre om å nekte en bestemt konvoi av kjøretøy å passere. Kjøretøyene frakter nødhjelp i henhold til bestemmelsene i 4 Genevekonvensjonen Artikkel 23:

[...] Hver av de høye kontraherende parter skal gi fritt leide for enhver sending av legemidler og sanitetsmateriell og for gjenstander nødvendige for religionsutøvelsen, som utelukkende er bestemt for sivilbefolkningen til en annen kontraherende part, selv om denne er fiendtlig. Den skal videre gi fritt leide for enhver sending med nødvendige matvarer, klær og styrkemidler bestemt for barn under femten år og kvinner som er gravide eller i barselseng.

Anta at sersjanten vet at sivilbefolkningen på den andre siden av checkpointet sulter, at kjøretøykolonnen frakter nødvendige matvarer for barn og at han er kjent med med bestemmelsene i Genevekonvensjonen. Skal han ta saken i egne hender og tillate at kolonnen slipper gjennom checkpointet? Kan vi forvente at han setter sine egne vurderinger høyere enn øverstkommanderendes? Om ordren var ulovlig, vil det være opplagt for sersjanten i checkpointet? Det kan ligge en rekke faktorer bak ordren. Hva om noen forutsetninger for å la kolonnen passere ennå ikke var på plass fra fiendens side? Hva om det forelå planer for en militær offensiv som gjorde det nødvendig å reservere veien for militære kjøretøy for en periode? Hva om det bare handlet om administrative forsinkelser og kolonnen ville bli sluppet gjennom neste dag?

Eksemplet viser at i noen saker der situasjonen i seg selv eller normstrukturen er uoversiktlig og komplisert, vil det ikke være rimelig å gå etter individuelle soldater langt nede i det militære hierarkiet som har effektuert ulovlige ordre. Det betyr imidlertid ikke at soldater som har fulgt åpenbart ulovlige ordre ikke skal holdes ansvarlig. Men det er kan hende å gå et skritt for langt å hevde at alle ordre som kan ende i krigsforbrytelser, per definisjon er åpenbart ulovlige. Det er et steg ICC-statuttene ikke har tatt.

La oss se på enda et aspekt ved Artikkel 33. Tidlig i diskusjonen rundt artikkelen var et element at det måtte være et moralsk aspekt. Om det finnes en juridisk likt til å følge ordre, så er det også en risiko for å bli straffet om en ikke adlyder. I ekstreme tilfeller kan det handle om dødsstraff. En slik risiko kunne også oppleves relevant uavhengig av om vedkommende er juridisk forpliktet til å følge ordre. Dette fører oss til ICC-statuttens artikkel 31:

Grounds for excluding criminal responsibility

1. I tillegg til andre straffrihetsgrunner fastsatt i disse vedtekter, skal en person ikke være strafferettslig ansvarlig dersom på handlingstidspunktet: [...]

d. den atferd som påstås å være en forbrytelse som faller inn under Domstolens jurisdiksjon, er forårsaket av en tvangssituasjon som følge av en trussel om nært forestående fare for død eller kontinuerlig eller overhengende fare for alvorlige skade på legeme mot denne personen eller en annen person, og personen opptrer ut fra nødvendighet og på en rimelig måte for å avverge denne faren, forutsatt at vedkommende person ikke har til forsett å forårsake en større skade enn den som blir søkt avverget. Slik trussel kan enten være:

i. fremsatt av andre personer, eller

ii. fremskaffet av andre omstendigheter som ligger utenfor denne personens kontroll.

Bestemmelsen antyder at du kan ofre en uskyldig for å redde deg selv. Dette er langt fra en ukontroversiell bestemmelse og er nok et eksempel på at Den internasjonale strafferettsdomstolen skiller seg fra internasjonal sedvanerett.

Tvang som straffrihetsgrunn er et kapittel for seg og skal ikke utbroderes her. For vårt formål er det tilstrekkelig å merke seg at tvang er et selvstendig forsvar som en kan henviser til selv om henvisning til militær lydighetsplikt avvises og vice versa.

Arne Willy Dahl (f. 1949). Cand jur 1974. Dahl har undervist ved Krigsskolen, vært krigsadvokat for Østlandet, statsadvokat hos Riksadvokaten med spesialfelt krigsforbrytelser og Generaladvokat for Forsvaret 1988-2014. Dahl har innehatt vervet som president i International Society for Military Law and the Law of War og ble ved sin avgang 2012 samtidig utnevnt til ærespresident. Dahl har blant annet utgitt «Håndbok i militær folkerett» (2008) og vært medforfatter av «Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare» (2009). Han har skrevet flere hørespill for radio.