

Når etikken blir juss

*Om det brokete forholdet mellom retten til krig og retten i krig
i folkeretten*

AV CECILIE HELLESTVEIT

Et av de mest krevende og kontra-intuitive skillene i folkeretten går mellom retten til krig, i sin latinske form omtalt som *ius ad bellum*, og rettigheter og plikter i krig, *ius in bello* eller *durante bello*. Skillet innebærer at spørsmål om retten til militær maktbruk på fremmed jord eller mot fremmed stat holdes adskilt fra spørsmål om krigførende parters rettigheter og plikter under maktbruken. Det er en balansegang som krever at man dissekerer maktbruken og holder ulike spørsmål rundt maktbruken adskilt. Folkerettsjurister anser todelingen for å være en helt grunnleggende forutsetning for at folkeretten overhode skal kunne operere med rettigheter og plikter i krig, samtidig som folkeretten begrenser adgangen til maktbruk i internasjonale relasjoner.¹

Jussens formalisme og systematiske metode, kombinert med sakens tema, som jo er *intendert* ødeleggelse av fiendens liv og eiendom i massiv skala, gjør imidlertid at todelingen gir noen resultater som ikke passer godt inn med gjengse juridiske reflekser – og langt mindre med alminnelige oppfatninger av rettferdighet. I det følgende gis et overblikk over *ad bellum* og *in bello*-skillet i folkerettslig forstand, bakgrunn og betydning, samt hvilke ulike tendenser som har brakt skillet under betydelig press de siste 30 år.

Det folkerettslige skillet mellom ad bellum og in bello

I folkerettslig forstand er retten *ad bellum* og retten *in bello* to ulike rettsregimer. Reglene kommer fra hvert sitt opphav, har forskjellig hjemmelsgrunnlag, be-

¹ *Oppenheim International Law: A Treatise*, Hersch Lauterpacht (red), London, Longman, Greens and Co (1952) Vol II s. 202; Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force*, Oxford University Press (1963) ss.406-408; Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, (2004) pp.4-5; Christopher Greenwood, *Historical Development and Legal Basis*, in Dieter Fleck *Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford University Press (2008)§101.

skytter ulike interesser og har ulike formål. I tillegg er rettsfølgene av å bryte *ad bellum* og *in bello* ikke de samme.²

Det folkerettslige skilletts opphav

Selv om den folkerettslige klassifiseringen av *ad bellum* og *in bello* er inspirert av det moralfilosofiske skillet, er folkerettens moderne skille i stor grad en selvstendig tradisjon. Når våre dagers folkerett opererer med den latinske terminologien kan dette snarere sies å «fingere gammelt opphav».³ For eksempel ble terminologien overhode ikke benyttet under de banebrytende Fredskonferansene i Haag i 1899-1907. Skillet ble gjeninnført av jurister på 1930-tallet. Blant annet tok Joachim von Elbe og Josef Kunz begrepene «*ad bellum*» og «*in bello*» i bruk under påvirkning fra den neo-positivistiske skolen i Wien.⁴ Paul Guggenheim benyttet paret i sin folkerettslære bok fra 1949,⁵ men det var først i doktoravhandlingen til Lothar Kotsch fra 1956 at begrepene fikk sin moderne folkerettslige konsolidering.⁶

Det folkerettslige skillet er imidlertid *inspirert* av den gamle moralfilosofiske doktrinen som går tilbake til Augustin, men som ble formulert av Aquinas.⁷ Denne doktrinen fikk en folkerettslig versjon allerede med folkerettens far Hugo Grotius. Christian Wolff skilte rettigheter og plikter under krigføringer fra krigens underliggende årsak.⁸ Hans disippel, «den praktiske folkerettens far» Emmerich de Vattel, videreutviklet doktrinen.⁹ Den ble benyttet av folkerettsjurister med jevne mellomrom på 1700-tallet.¹⁰

² Christopher Greenwood, *The relationship between jus ad bellum and jus in bello*, Review of International Studies, Vol. 9 (1983), ss. 221-234:227.

³ Marco Sassoli, *Ius ad bellum and Ius in bello: the separation between the legality of the use of force and humanitarian rules to be respected in warfare: crucial or outdated?* i Schmitt & Pejic (red) *International law and armed conflict: exploring the faultlines: essays in honour of Yoram Dinstein* (2007) Leiden (M. Nijhoff) ss. 241-264:243.

⁴ Joachim von Elbe, *The evolution of the Concept of the Just War in International Law* 33 *American Journal of International Law* (1939). Joseph Kunz, *Bellum Justum and Bellum Legale* 45 *European Journal of International Law* 528 (1951).

⁵ Paul Guggenheim, *Lehrbuch des Völkerrechts*, (1949) vol II Basel, Verlag für Recht und Gesellschaft.

⁶ Lothar Kotsch, *The Concept of War in Contemporary History and International Law* Geneva (1956), Geneva: Librairie E.Droz. Se Robert Kolb, *Sur l'origine du couple terminologique ius ad bellum/ius in bello*, *International Review of the Red Cross*, vol. 827 (1997), ss. 593-602:599.

⁷ Michael Walzer, *Just and Unjust Wars* New York Basic Books (1977); Immanuel Kant, *The Philosophy of Law, An Exposition of the Fundamental Principles of Jurisprudence as the Science of Right* (1887)§§53, 57.

⁸ Christian Wolff, *Jus gentium methodo scientific pertractatum* (1749) liv III chap VIII, se Peter Haggemacher *Grotius et la doctrine de la guerre juste* (1983) Paris: Presses Universitaires de France, ss. 607-608.

⁹ Emmerich de Vattel, *Le Droit des Gens; ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite & aux affaires des Nations & des Souverains*, (1758) Neuchâtel, III- VI§67, VIII§136.

¹⁰ For en oversikt over folkeretten og *ad bellum in bello* i tidligere tider, se Robert Sloane *The Cost of Conflation: Preserving the Dualism of Ius ad Bellum and Jus in Bello in the Contemporary Law of War*, *Yale Journal of International Law*, vol. 34 (2009) ss. 49-112:56-69.

Med Napoleons-krigene kom den implisitte rettferdig krig tradisjonen basert på *raison d'état*, og skillett desintegreert. Dette førte til at *ius in bello* tradisjonen ble underminert på det europeiske fastland.¹¹ Utover på 1800-tallet førte imidlertid introduksjon av statens sikkerhet og politiske interesser til at den rettslige betydningen av «krig» også ble redusert.¹² Når krigens årsaker ikke lenger var avgjørende, ble fokus rettet mot krigens prosedyrer og krigens form.¹³ Det rettslige fokuset beveget seg over på doktrinen om «krig som faktum» og dermed styrking og kodifisering av rettigheter og plikter *durante bello*.¹⁴ Da regler for krigføringen *in bello* ble (gjen)introdusert i moderne form gjennom traktatfestede begrensninger på sjøkrig i 1856, i den amerikanske militærmanualen «Lieber-koden» fra 1863, og den første Genève Konvensjonen av 1864, ble det forutsatt et skille mellom krigens formål (*ad bellum*) og plikter og rettigheter under krigen (*in bello*).¹⁵ Lieber-kodens skille mellom krigens formål og de krigførende parters plikter og rettigheter er blant annet uttrykt i artikkel 67:

The law of nations [...] admits of no rules different from those of regular warfare, regarding the treatment of prisoners of war, although they may belong to the army of a government which the captor may consider as a wanton and unjust assailant.

De neste 50 år ble *in bello*-regler både fremforhandlet og kodifisert i traktater. Det var imidlertid først på 1900-tallet at den folkerettslige doktrinen om skillet mellom *ad bellum* og *in bello* ble utviklet, i takt med at folkeretten la begrensninger på krigføringen også *ad bellum*.

Den 3. Haag konvensjon av 1907 om innledning av stridigheter var et tidlig forsøk på å begrense staters muligheter til å gå til krig. Konvensjonen satte opp et krav om krigserklæring.¹⁶ Forestillingen om at dette skulle være kodifisering av sedvane medfører neppe riktighet. Krigserklæringer var også på 1800-tallet unntaket snarere enn hovedregelen. En gjennomgang fra 1881 av 117 kriger mellom år 1700 og 1870 viste at under 10 % av krigene etterfulgte krigserklæring.¹⁷ Haag-konvensjonen var snarere et tidlig forsøk på å begrense staters mu-

¹¹ Frits Kalshoven og Lisbeth Zegveld, *Constraints on the Waging of War* 3rd utgave (2001) ICRC. Kolb (1997:599). Lieber koden artikkel 30.

¹² Lesaffer Randall *Paix et guerre dans les grands traités du dix-huitième siècle*. 7 *Journal of the History of International Law* 2005 ss. 25-41.

¹³ Haggemacher (1983:599).

¹⁴ Christopher Greenwood, *The Concept of War in Modern International Law*, 36 *International and Comparative Law Quarterly* (1987) ss.283-306.

¹⁵ Paris deklarasjonen om kaperi, kontrabande og blokkade (1856).; General Orders 100, Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field, «Lieber-koden» (1863), Genève konvensjonen om forbedring av forholdene for skadde i felt armeer, «Røde kors konvensjonen», 22. august (1864).

¹⁶ Haag konvensjonen III om åpninger av stridigheter 18. oktober, 1907, artikkel 1.

¹⁷ Greenwood (1983:35).

ligheter til å gå til krig: en krigserklæring måtte til, og den måtte også inneholde begrunnelse for krigen eller et ultimatum. Det var særlig europeiske parlaments ønske om å kontrollere utøvende myndigheters (bruk av skatteinntekter til) krigføring i fjerne land som foranlediget dette kravet.¹⁸ Formålet med konvensjonen var å «opprettholde fredelige relasjoner».¹⁹ Det var altså en tidlig *ad bellum* bestemmelse. Noe helt annet er at konvensjonen ble flittig benyttet av europeiske stater i mellomkrigstiden som argument for å unndra seg forpliktelsene *durante bello*, særlig hva gjaldt ekspedisjonskriger i koloniene.²⁰

I mellomkrigstiden begynte tanken om et generelt maktforbud i folkeretten å materialisere seg for alvor. Folkeforbundspakten fra 1919 forsøkte å *regulere* når stater kunne gå til krig.²¹ Kellog-Briand pakten av 1928 *fordømte* bruk av krig som virkemiddel.²² Men det var først med FN-Pakten av 1945 at forholdene som kunne føre til krig ble folkerettslig begrenset.²³ Maktforbudet var ment å hindre *initiering* av maktbruk mellom stater.²⁴ Et annet formål var å hindre statenes unndragelser fra sine forpliktelser *in bello*, en tilnærming som var blitt vanlig i mellomkrigstiden under henvisning til at en gitt bruk av militærmakt «ikke var krig».²⁵ Kriteriet for *in bello*-reglene ble knesatt utenfor FN-Pakten, i de reforhandlede Genève-konvensjonene i 1949. Fellesartikkel 2 slo fast at i motsetning til «krig» var det nå særlig eksistensen av «væpnet konflikt» som var kriteriet. Dette var et objektivt vilkår som stater selv ikke kunne definere bort. *In bello*-reglene kom til anvendelse så snart faktiske stridigheter nådde terskelen for «væpnet konflikt».²⁶

Skillet mellom *in bello* og *ad bellum* i folkeretten ble altså for alvor konsolidert med de fire Genèvekonvensjonene i 1949 (GK). «Krig» ble irrelevant som folkerettslig kategori, og ble henvist til nasjonale rettssystemer, hvor «krig» naturligvis har en rekke internrettslige følger, men hvor definisjonen av «krig»

¹⁸ Frits Kalshoven (red) *The Centennial of the First International Peace Conference: Reports & Conclusions*, (2000) Kluwer Law International.

¹⁹ Hersch Lauterpacht *The Legal Irrelevance of the 'State of War'*, Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting, vol. 62 (1968) ss. 58-68.

²⁰ Lauterpacht (1968:61); Ian Brownlie *International Law and the Use of Force by States* (1963) Clarendon Press s.38, Greenwood (1987:35-37).

²¹ Folkeforbundets Pakt av 1919, artiklene X- XVI.

²² Paris Pakten av 1928 artikkel 1.

²³ FN-Pakten artikkel 2(4).

²⁴ Stephen Neff, *War and the Law of Nations: A General History* (2005) Cambridge University Press ss.315-356.

²⁵ Lauterpacht (1968:62), Brownlie (1963:66-111), Greenwood (1983).

²⁶ ICRC Kommentarutgave til 1. Genève konvensjon (1952), oppdatert 2016. Francois Bugnion, *Jus ad bellum, Jus in bello and Non-International Armed Conflicts*, 4 Yearbook of International Humanitarian Law (2003) ss.167-198.

altså er opp til hver stat å avgjøre. Den definisjonen har ingen folkerettslig betydning for *ius in bello*.²⁷ For eksempel var norske soldater involvert i en væpnet konflikt i Afghanistan under GK fellesartikkel 3 og underlagt *in bello*-regler, selv om norske myndigheter insisterte på at Norge «ikke var i krig». Tilsvarende er amerikanske myndigheters klassifisering av kampen mot al-Qaeda og tilknyttede styrker som «global krig mot terrorisme» eller «oversjøiske beredskapsoperasjoner»,²⁸ eller mangel på tilsvarende AUMF for «den islamske staten», ikke relevant for hvorvidt forholdet mellom amerikanske styrker og al-Qaeda eller IS i en gitt situasjon reguleres av folkerettens regler *in bello*. Det avgjørende er hvorvidt vilkårene under GK fellesartikkel 2 eller 3 objektivt sett er tilfredsstillt.

Fokuset på forbud mot maktbruk mellom stater etter 1945 medførte en stadig større utfordring med krigens folkerett *durante bello*. Hvordan kunne forbudet mot krig og maktbruk forenes med detaljerte regler for hvordan krigens ødeleggelser og massedrap skulle foregå? For mange representerte skillet et knefall for de som ikke trodde på (eller ikke ønsket?) et fullstendig forbud mot krig. FNs generalforsamling og den internasjonale folkerettskommisjonen vedtok at folkerettens *in bello*-regler ikke skulle være en del av det FN og ILC skulle befatte seg med. Det ville være «injudicious of international law to be submerged in *ius in bello*».²⁹ Reglene ble assosiert med det å ha blod på hendene, og fokus på slike regler kunne svekke maktforbudet. ILC konsentrerte seg om *ad bellum* regler de neste par tiårene, mens FN systemet forøvrig foresto forhandlinger av traktater og traktatorganer for menneskerettigheter – altså det som da ble ansett som fredens folkerett.

Selv om det folkerettslige skillet innført etter 2. Verdenskrig var inspirert av den moralfilosofiske tradisjonen, har altså folkerettsskillet mellom *ad bellum* og *in bello* sin egen begrunnelse, en selvstendig historie og sine egne parametere.

Hjemmelsgrunnlag

Ad bellum i folkerettslig forstand består av de traktatfestede og sedvanerettslige reglene for rettferdig krig som ble kodifisert gjennom FN-Pakten av 1945. Hovedregelen heretter skulle være at trussel eller bruk av makt i internasjonale relasjoner var forbudt, slik det fremgår av FN-Paktens artikkel 2(4). Visse unntak fantes imidlertid som likefullt kunne rettferdiggjøre maktbruk. *Grunnene* til lovlig maktbruk ble uttrykt som selvforsvar (artikkel 51), og sikkerhetsrådsmandat

²⁷ Lauterpacht (1968).

²⁸ Authorization for Use of Military Force (2001) AUMF, *Public Law No. 107-40*, § 2(a), USA.

²⁹ Rapport av den internasjonale folkerettskommisjonen (ILC): 4 U.N GAOR supp(No10), 1 U.N Doc a/925(1949), *gjengitt* i 1949 Yearbook of the ILC 281§18.

under kapittel VII med det formål å gjenopprette internasjonal fred og sikkerhet (artikkel 39). Å starte kriger i strid med folkeretten *ad bellum* eller sågar å svare på militær maktbruk som er i tråd med *ad bellum*, er brudd på folkerettens maktforbud. Reglene i FN-pakten regulerer primært forholdet mellom stater. Disse reglene regulerer ikke suverene staters maktutøvelse på eget territorium. Altså finnes det ikke et forbud i folkerettens regler *ad bellum* mot borgerkriger.

In bello i folkerettslig forstand består hovedsakelig av de traktatfestede og sedvanerettslige reglene som gjelder mellom to stridende parter når de er i en væpnet konflikt mot hverandre. I hovedsak fem typer regler faller inn under folkeretten *in bello*. Det gjelder regler om *beskyttelse av krigens ofre* (GK), regler om *stridighetene* (særlig Haag-reglementet av 1907 og GKs første tilleggsprotokoll), regler om *våpen* (GKs første tilleggsprotokoll og i spredte våpenkonvensjoner som ofte gjelder i alle situasjoner, men hvor noen regler kun gjelder våpenbruk i væpnet konflikt), regler om *nøytralitet* (sedvane), og regler om *okkupasjon* (GK4, GKs første tilleggsprotokoll og Haag-reglementet).

In bello-reglene gjelder både i internasjonale konflikter og i borgerkriger. I henhold til GKs fellesartikkel 2 og 3. er kriteriet for *in bello*-reglenes anvendelse automatisk og objektivt. Reglene gjelder i forholdet mellom stater fra det første skuddet i en væpnet konflikt mellom soldater under fellesartikkel 2.³⁰ For konflikter mellom stater og ikke-statlige aktører under fellesartikkel 3 vil et innforstått vilkår om *intensitet* i stridighetene og et kriterium for en viss *organisasjon* hos den ikke-statlige aktøren gjøre at terskelen i praksis er betydelig høyere for slike konflikter. Det finnes dermed flere typer væpnede konflikter (felles artikkel 2- konflikter, fellesartikkel 3-konflikter, tilleggsprotokoll 2-konflikter, eller okkupasjon), og *in bello*-reglene som gjelder i de ulike partsforholdene er delvis felles og overlappende, men på visse områder er reglene ulike. Forholdet mellom en norsk soldat og en syrisk soldat i fiendtligheter er ikke regulert av helt samme regler *in bello* som forholdet mellom en norsk soldat og en irakisk opprører (som en IS-kriger) i tilsvarende fiendtligheter. På toppen kommer det faktisk at samspeillet mellom nasjonale regler og folkerettens regler for de ulike konflikt-typene varierer betydelig. Det gjør at den rettslige konsekvensen av hvorvidt en konflikt er mellomstatlig eller ikke-mellomstatlig i praksis kan være betydelig for både soldater og sivile.³¹

³⁰ GK fellesartikkel 2. Se også oppdaterte kommentarutgave til ICRC til den første Genève-konvensjonen (2016), tilgjengelig på <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/365?OpenDocument>.

³¹ Cecilie Hellestveit, *Conduct of Hostilities under International Humanitarian Law of Non-International Armed Conflict*, PhD avhandling, Akademika (2014) ss. 141-157.

Formål

Folkerettens regler som regulerer maktforbudet *ius ad bellum* har som hovedformål å begrense statenes militære maktbruk utenfor eget territorium. Den er ment å forhindre unødig maktbruk i utlandet, fjerne incitament til å bruke militærmakt for å fremme nasjonale interesser, hindre krig på grunn av misforståelser eller uvesentligheter, samt begrense militæroperasjoner til det som er strengt tatt *nødvendig* og *proporsjonalt* med hjemmelsgrunnlagets lovlige formål. I en situasjon med maktbruk ligger det i sakens natur at kun én av partene som bruker militærmakt mot hverandre vil ha folkeretten *ad bellum* på sin side, selv om begge parter normalt *hevder* å ha slik rett.

Folkerettens regler for krigføringen, *ius in bello*, er derimot regler som gjelder begge krigførende parter på like fot, og har som formål å kanalisere maktbruken på måter som gjør at voldsbruken ikke innebærer total ødeleggelse, ikke skaper sykluser av hevn og ikke setter krigens protagonister i en situasjon hvor valget i hovedsak står mellom å drepe eller å dø. Lovlig krig er *kontrollert* krig, hvor maktbruken skal kanaliseres inn mot visse mål (militære mål) i bytte mot at andre personer og objekter får immunitet mot direkte angrep og skal beskyttes mot maktbruken eller effekter av den (sivile). Jussen forøvrig har et anstrengt forhold til disse reglene, som implisitt består i å gi en kappe av juridisk legitimitet til det som i andre sammenhenger vil være overlagt drap (på mennesker som utgjør lovlige mål), forsettlig drap (på de som kommer i veien for viktige militære mål), og uaktsomt drap (på et ubegrenset antall mennesker avhengig av kontekst). Dette gjør at forholdet mellom humanitærretten, som er den vanlige betegnelsen på *ius in bello* i våre dager, og menneskerettighetene er særlig konfliktfylt.

Interesser

Både *ad bellum* og *in bello*-reglene ivaretar fredens interesser, og søker å begrense krig og militær maktbruk. *Ad bellum* regler setter en kvantitativ begrensning, mens både *ad bellum* og *in bello*-regler setter kvalitative begrensninger på krigføringen. *Ad bellum*-reglene skal ivareta statenes interesser i å opprettholde *status quo* i verden. De tillater kontrollert maktbruk som kan tjene til å forsvare bestående statsdannelser og hindre at militær maktbruk brer om seg som alternativ til diplomatiske og ikke-voldelige virkemidler.

In bello-regler skal beskytte samfunnene som er involvert i krig mot totale ødeleggelser. Reglene gir et minstemål av beskyttelse til enkeltmenneskene som er berørt av krigen – soldater og sivile – når maktbruken først forekommer. De skal beskytte soldater som er sendt i krigen eller sivile mot represalier som de selv ikke kan påvirke – altså hindre at forsvarsløse mennesker blir benyttet som

pressmidler i krig. *In bello*-reglene har som hovedformål å hindre at krigens brutalitet får fritt spillerom. I den store sammenhengen vil ubegrenset brutalitet ha en destabiliserende virkning på den internasjonale orden.

På et overordnet plan kan man likevel si at *ad bellum*-reglene beskytter (svakere) staters interesser, mens *in bello*-reglene beskytter (utsatte) enkeltmennesker som deltar i eller er berørt av krigen.

Rettsfølger

Håndhevelse av regler i folkeretten skiller seg fra nasjonale rettssystemer på en rekke områder. Det er også markante ulikheter mellom rettsfølgene for brudd på *ad bellum*-regler og *in bello*-regler.

Brudd på *ad bellum*-regler får visse *umiddelbare konsekvenser* for stater som bryter reglene. Staten som utsettes for folkerettsbruddet vil kunne svare på maktbruken under henvisning til selvforsvar under FN-Paktens artikkel 51 dersom den folkerettsstridige maktbruken når terskelen for «angrep». I tillegg vil andre stater kunne påberope seg nøytralitet ovenfor konflikten, eller kan komme til den angrepne statens unnsetning under reglene om kollektivt selvforsvar. Den angrepne staten kan også be Sikkerhetsrådet om å gripe inn med sanksjoner, eller autorisering av maktbruk mot staten (eller den ikke-statlige aktøren) som står bak den folkerettsstridige maktbruken under artikkel 39.

I tillegg vil brudd på *ad bellum*-regler kunne sette staten i *erstatningsmessig ansvar* for utgiftene til hele krigen. Dette ble for eksempel håndhevet mot Irak etter den folkerettsstridige invasjonen i Kuwait i 1990.³²

Det finnes også muligheter for *straffeforfølgning* for aggresjon for statsledere eller de øverste militære lederne. Dette er imidlertid svært sjelden. Det ble gjort etter 2. Verdenskrig i henholdsvis Nuremberg og Tokyo tribunalene. Det amerikanske militærtribunalet i Nuremberg opererte med et skille mellom «krig som forbrytelse» og «krigsforbrytelser». Poenget ble understreket i *US v. Wilhelm List et. Al* (the Hostage case):

*Whatever may be the cause of a war that has broken out, and whether or not the cause be a so-called just cause, the same rules of International Law are valid as to what must not be done, and must be done by the belligerents themselves in making war against each other; and as between the belligerents and neutral States.*³³

Militære ledere i Tokyo-tribunalet ble imidlertid *ikke* gjenstand for et tilsvarende skille. Påtalemyndigheten i Tokyo tribunalet fastholdt at fordi japanerne hadde startet en ulovlig krig, hadde japanske soldater begått ulovlig mord istedenfor

³² FNs Kompensasjonskommisjon 1991.

³³ FNs krigsforbryterkommisjon 31 (1949) VIII Law Reports of the Trials of War Criminals, 60.

lovlig drap på andre soldater.³⁴ Sjefsanklager ved Tokyo-tribunalet Joseph Keenan kommenterte senere at

*the injustice of a war removed the insulation, from culpability and legal guilt, which otherwise would protect those engaged in making war.*³⁵

I 2010 fremforhandlet verdens stater definisjonen på forbrytelsen «aggresjon» under den internasjonale straffedomstolen i Haag. Bestemmelsen har ikke trådt i kraft, og det skal mye til for at den skal bli en operativ strafferettslig hjemmel for ansvarsgjennombrudd for statsledere. Aggresjon (*ad bellum*) og alvorlige brudd på humanitærretten (*in bello*) er helt separate forbrytelser under ICC. Mens brorparten av sakene for ICC så langt er krigsforbrytelser under artikkel 8(2), er altså individuell straffeforfølgning for aggresjon fortsatt først og fremst en teoretisk øvelse. Dermed vil slike rettsaker normalt være opp til nasjonale rettsinstanser. Da Saddam Hussein ble fjernet i 2003, ble det opprettet et irakisk straffetribunal for internasjonale forbrytelser i Irak. Her forelå partiell jurisdiksjon for aggresjon, men ingen ble siktet verken for krigen mot Iran eller krigen mot Kuwait, som begge var eklatante brudd på maktforbudet. Hussein ble dømt til døden for krigsforbrytelser begått i byen Dujail i 1981.³⁶

In bello-reglene er underlagt andre typer rettsfølger. Krigsforbrytelser begått under GK-fellesartikkel 2-konflikter (stridigheter mellom stater) er de handlinger som folkeretten i har innført de klareste og sterkeste strafferettslige håndhevelsesmekanismer for. Statene har selv det primære ansvar for å straffeforfølge egne krigsforbrytere. Dersom de ikke gjør det, må krigsforbrytere utleveres til andre stater som har jurisdiksjon til å straffeforfølge dem. Folkerettslig har alle stater anledning til å straffeforfølge slike forbrytelser, ettersom samtlige stater i verden har ratifisert GK1-4. Alle stater er underlagt prinsippet om «å straffeforfølge eller utlevere» (*aut dedere aut judicare*).³⁷ Krigsforbrytelser begått i GK-felles-artikkel 3 konflikter derimot, hvor ikke-statlige aktører utgjør en eller begge av konfliktens parter, har ikke et like strengt folkerettslig håndhevelsesregime. Dette er krigsforbrytelser under ICC, og dermed vil mange stater være underlagt plikt om å straffeforfølge eller å utlevere til ICC dersom sak blir opprettet. Men det er sedvanerett som regulerer pålegg om utlevering i saker hvor ICC

³⁴ Alison Marston Danner, *Beyond the Geneva Conventions: Lessons from the Tokyo tribunal in Prosecuting War and Terrorism*, 46 Virginia Journal of International Law (2005), s.86.

³⁵ Joseph Keenan and Brencan Brown, *Crimes against International Law I* (1950), s.135.

³⁶ *The Public Prosecutor in the High Iraqi Court et al. v. Saddam Hussein Al Majeed et al.* (“al-Dujail”) 26 des (2006), Iraqi High Tribunal, Appeals Commission, Irak.

³⁷ GK1 artikkel 49(2), GK2 artikkel 50(2), GK3 artikkel129(2), GK4 artikkel 146 (2); Den internasjonale folkerettskommisjonen (ICL) *The obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare)*, Final Report of the ILC (2014).

ikke er implisert. Her er pålegg om straffeforfølgning eller utlevering ikke like klokkeklart.³⁸

På et overordnet plan kan man si at per i dag vil brudd på *ad bellum*-regler primært ha rettsfølger for stater, mens brudd på *in bello* i større grad har rettsfølger for enkeltmennesker.

Strukturelle utfordringer og utviklingstrekk

Det folkerettslige skillet mellom *ad bellum* og *in bello* som er skissert ovenfor kan virke relativt enkelt og uproblematisk. Likefullt er skillet krevende å opprettholde og fastholde. I det følgende pekes det på tre utviklingstrekk som særlig har medført at skillet har kommet under økt press.

Ad bellum-reglene anvendes sjeldnere som begrensning på militære operasjoner

Ad bellum-reglene i folkeretten regulerer ikke statsmaktens bruk av makt innenfor egen stat. En lang rekke situasjoner hvor militærmakt anvendes vil dermed ikke begrenses av *ad bellum*-reglene. I våre dager gjelder det for eksempel Assad-regimets maktbruk ovenfor syriske opprørere, colombianske styresmakters militære operasjoner mot FARC, russiske styrkers to kriger i Tsjetsjenia, eller operasjonene som brakte Tamil-tigrene på Sri Lanka i kne i 2009. Her kommer FN-paktens regler som begrenser maktbruken *ad bellum* ikke til anvendelse.

Maktforbudet i FN-paktens artikkel 2(4) er videre ikke til hinder for at en stats myndigheter kan invitere andre staters militære styrker, eller sågar ikke-statlige aktører, til å assistere statlige myndigheter i maktutøvelse på sitt suverene territorium. En stat kan også samtykke til maktbruk på eget territorium. Dette er altså ikke brudd med maktforbudet og omfattes dermed ikke av *ad bellum* reglene. Bruken av invitasjon er tilsynelatende i ferd med å bre om seg. Norges og andre vestlige nasjoners militære nærvær i Bagdad fra 2015 var basert på invitasjon fra irakiske myndigheter, og dermed ikke underlagt *ad bellum* regler.³⁹ Tilsvarende gjelder for franske militære operasjoner i og rundt Mali, hvor store deler av de franske operasjonene baserer seg på invitasjon eller samtykke fra statlige myndigheter i ulike land.

Dertil vil formaliteter trumfe realiteter i folkeretten. FN-paktens maktforbud gjelder primært initiering av en situasjon hvor makt brukes. Langvarige konflikter bringer *ad bellum* i bakgrunnen. Israel – Palestina konflikten et eksempel på en konflikt hvor blir det ikke er tale om *ad bellum* spørsmål. Gaza og Vestbred-

³⁸ Eve la Haye, *War Crimes in Internal Armed Conflicts* (2008), Cambridge: Cambridge University Press.

³⁹ Cecilie Hellestveit, *Stomperud i Bagdad*, Internasjonal Politikk, 3 (2016), ss 1-21.

den er folkerettslig sett fortsatt okkupert territorium. Her er det okkupasjonsretten (*in bello*) som gjelder mellom partene. Når Israel setter i gang militæroperasjoner på Gaza, eller når palestinere angriper israelere, er dette et forhold som reguleres av folkeretten *in bello*. Til forveksling var Israels militære operasjoner i Libanon i 2006, som svar på et angrep fra Hizbollah, en operasjon over en internasjonalt anerkjent grense, og dermed omfattet av FN-Pakten. Selv Israels innledende angrep ble ansett som lovlig selvforsvar, ble omfanget etterhvert ansett å gå utenfor *ad bellum* reglens begrensninger om at operasjonene måtte være nødvendige og proporsjonale med selvforsvarsoperasjonens formål. Ingen tilsvarende vurdering av *nødvendighet* og *proporsjonalitet ad bellum* forekommer på Israels operasjoner på Gaza så lenge området anses å være okkupert.

De folkerettslige *ad bellum*-reglens forstått som FN-Pakten er altså fortsatt begrenset til å ha som hovedformål å hindre krig *mellom* stater. Etter 1990 har imidlertid rundt 95 % av verdens væpnede konflikter vært klassifisert som andre typer konflikter enn tradisjonelle mellomstatlige konflikter. Sammenholdt med utviklingen beskrevet ovenfor, gjør dette at *ad bellum* i noen sammenhenger fremstår som *mindre brukt* enn *in bello*. Imidlertid er det verdt å huske på at *ad bellum*-reglene likefullt utøver sin hovedfunksjon i dagens konflikter. I Syria har *ad bellum*-reglene gjort at verken Tyrkia eller Saudi Arabia har kunnet bevege seg inn på syrisk jord med egne militære styrker uten å koordinere med Damaskus (eller Moskva). *Ad bellum*-reglene har gitt Iran og Russland (og nylig Kina) tilgang til syrisk territorium, mens Tyrkia, USA og vestlige land har vært forhindret fra selv å etablere sikre soner på syrisk jord. Fra et humanitært ståsted har dette vært et stort nederlag. Fra et litt annet perspektiv har *ad bellum*-reglene derimot redusert farene for at Syria-krigen har utviklet seg til å gå fra en borgerkrig og *de facto* stedfortrederkrig for regionens stormakter, til en åpen, mellomstatlig krig som ville implisere iranske, saudiarabiske, egyptiske og tyrkiske soldater på ulike sider av frontlinjen. I denne forstand har *ad bellum*-reglene fungert begrensende, og nettopp minsket farene for krig mellom stater i Midtøsten. Dersom man benytter dette perspektivet til å tolke statistikken som tilsier at kun 5 % av verdens væpnede konflikter etter 1990 har vært mellom stater, kan tallenes tale nettopp tyde på at *ad bellum* reglene sålangt har fungert som intendert.

Brudd på in bello benyttes som begrunnelse for unntak fra maktforbudet in bello
Ius in bello-traktater inneholder normalt bestemmelser om at brudd på reglene ikke kan benyttes som argument for maktbruk. Imidlertid har denne tendensen vært stigende de senere årene. I Kosovo-operasjonen i 1999 var deler av NATO-argumentet at faren for internasjonale forbrytelser i Kosovo gjorde at man måtte ty til maktbruk *ad bellum* for å håndheve folkeretten *in bello*. Utfordringen var at

maktbruken ikke var i tråd med FN-Pakten. Senere har prosessen rundt det såkalte «responsibility to protect» plassert ballen for beskyttelse av sivile uomtvistelig på Sikkerhetsrådets bord, noe som ble konsolidert med definisjonen av forbrytelsen «aggresjon» under ICC statuttene i 2010. Dermed er det Sikkerhetsrådets oppgave å autorisere maktbruk *ad bellum* for å hindre brudd på internasjonale forbrytelser.

I Libya autoriserte FNs Sikkerhetsråd maktbruk i resolusjon 1973 for å «beskytte sivile», under henvisning til de systematiske menneskerettighetsbruddene som Libyas myndigheter angivelig var ansvarlige for (eller kunne komme til å begå). Gjentatte internasjonale forbrytelser *in bello* i Syria har imidlertid ikke foranlediget tilsvarende virkemiddelbruk fra Sikkerhetsrådet. Like fullt er tendensen at massive krigsforbrytelser av folkerettens regler *in bello* eller fare for slikt nå kan foranledige FNs Sikkerhetsråds autorisasjon av maktbruk under artikkel 39 og kapittel VII. «Beskyttelse av sivile» blir dermed en del av maktbrukens formål *ad bellum*, og legger føringer på hvilken type maktbruk som vil være *nødvendig* og *proporsjonal*. Beskyttelse av sivile er imidlertid et *in bello*-konsept. Et spørsmål blir dermed om brudd på krigens regler *in bello* skal kunne gi et mandat *ad bellum*. Dette vil i praksis medføre ytterligere internasjonal innblanding i en væpnet konflikt, og ofte en eskalering både i fiendtligheter og kompleksitet. I såfall vil *in bello*-interessen å beskytte enkeltmennesker i konflikt settes over *ad bellum*-interessen til (svakere) stater i å hindre økt utbredelse av militær maktbruk. Et annet spørsmål er om det er *in bello*-begreper (for eksempel definisjonen av sivile) som skal gi retningslinjer for tolkningen av *ad bellum* mandat til maktbruk. En slik rettsutvikling vil i praksis gjøre *ius ad bellum* til en håndhevelsesmekanisme for *ius in bello*, mens *in bello* i større grad vil definere grensene for maktbruken *ad bellum*.

Ius in bello har ekspandert, og blitt stadig mer inkorporert i folkerettens øvrige rettsregimer.

En helt annen type utfordring ligger i rettsliggjøringen av internasjonale relasjoner. Da den Kalde Krigen var over på 1990-tallet ble det full fart i forhandlinger mellom stater, og traktatreguleringer for *ius in bello*-regler skjøt fart. Man fikk Kjemivåpen-konvensjonen, Anti-personellmine konvensjonen, *Ad hoc*-tribunalene for Jugoslavia og Rwanda, og Statuttene for ICC. ICRCs enorme sedvanerettsstudie fra 2005 var også ment å klargjøre at GKs tilleggsprotokoll 1 (om GK-artikkel 2 konflikter mellom stater) og GKs tilleggsprotokoll 2 (om kvalifiserte GK-artikkel 3 konflikter mellom statlige og ikke statlige aktører) nå var sedvane, og dermed bindende for alle parter involvert i væpnet konflikter uavhengig av ratifikasjon av tilleggsprotokollene. På 1990-tallet ble *ius in bello*

kodifisert i traktater, sedvaneretten klargjort og reglene ble håndhevet i rettsprosesser. *Ius in bello* ble også utvidet til å gjelde i stadig større grad for fellesartikkel 3-konflikter (ikke mellom stater), samtidig som terskelens for *ius in bello* ble presset nedover.⁴⁰

Ius in bello-reglenes ekspansjon på 1990-tallet gjorde den til en naturlig del av den bredere debatten om folkerettslig fragmentering eller integrering. Folkeretten er gjenstand for to samtidige og parallelle fenomener – fragmentering og konstitusjonalisering.⁴¹ Under konstitusjonaliseringstilnærmingen ser man folkerett nærmest som et speil av nasjonal rett. I et slikt perspektiv blir todelingen mellom *ad bellum* og *in bello* svært krevende, og man kan sidestille utfordringen med en nasjonal lov som straffebelegger bankran, men som samtidig gir hjemmel for forskrift om hvordan bankran skal foregå. *In bello* passer simpelthen ikke inn. Dette har gjort at ulike institusjoner og folkerettsjurister velger å tone ned eller overse *ius in bello*, eller å tolke *ius in bello* på måter som gjør at regimet «passer inn» i folkerettens øvrige system. Et eksempel er den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD).

Under menneskerettighetsregimet er retten til liv absolutt, og ingen skal holdes i fengsel over tid uten rettferdig rettergang.⁴² Under humanitærretten er retten til liv derimot betinget av (presumert) funksjon i forhold til konflikten eller stridighetene, og det å holdes i fangenskap er en forføyelse som altså er et *bedre* alternativ enn å bli drept på slagmarken. Under humanitærretten er det å holdes i fengsel *uten* rettergang for visse kategorier av mennesker dermed en rettighet, ettersom en rettsprosessen normalt vil ende med henrettelse, eller svært langvarige fengselsstraffer for det som ofte er høyst situasjonsbetinget oppførsel. I forholdet mellom humanitærretten og menneskerettighetene vil altså tidvis den samme handlingen klassifiseres som et *overgrep* under det ene regimet og en *rettighet* under det andre regimet. I al-Jedda saken (2011) gav EMD tilsynelatende den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) forrang foran Genève-konvensjonene, og indikerte at fengsling uten alminnelig rettergang ville være i strid med EMK også i væpnet konflikt.⁴³ EMD opprettholdt menneskerettighetskonvensjonens pålegg om rettergang for langvarig fengsling også i et Irak i væpnet konflikt (delvis med argumentet at Storbritannia ikke kunne gå

⁴⁰ Krigstribunalet for tidligere Jugoslavia: *Prosecutor v. Tadic*, No IT-94-1-AR72, 2. oktober 1995; Den interamerikanske menneskerettighetskommissjonen: *Caso Juan Carlos Abella et al v. Argentina* (Tablada) Report No 55/97, Case No 11.137, 18. november 1997.

⁴¹ Den internasjonale folkerettskommissjonen (ICL) *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Final Report of the ILC (2006).

⁴² Se for eksempel den europeiske menneskerettighetskonvensjonen artikkel 5 og 6, FN-konvensjonen for politiske og sivile rettigheter artikkel 9 og 14.

⁴³ EMD, *Al-Jedda v. United Kingdom*, A.No27021/08, Storkammer, dom 7. juli 2011.

til krig for å beskytte menneskerettigheter, og deretter ikke respektere dem selv). Men her er det grunn til å minne om at irakere som blir stilt for retten for slik virksomhet ofte vil dømmes til døden og faktisk henrettes, fordi landet altså befinner seg i en væpnet konflikt. Fra et humanitærrettslig perspektiv er innfallsvinkelen til EMK dermed ensbetydende med å tilsidesette *rettigheten in bello* å bli forskånet fra rettergang i regi av fienden i en væpnet konflikt.⁴⁴

Men hvorfor er dette et tema i forholdet mellom *ad bellum* og *in bello*? Det har sammenheng med at statenes traktatmessige forpliktelser til å respektere menneskerettighetene («fredens folkerett») etterhvert ble ansett også å gjelde i væpnet konflikt. Denne trenden startet i Teheran i 1976, og ble med tiden den regjerende folkerettslige doktrinen. Den internasjonale domstolen i Haag (ICJ) har bekreftet doktrinen i flere dommer og rådgivende uttalelser.⁴⁵

Menneskerettigheter skal dermed anvendes også i væpnet konflikt, og i stor grad på de samme handlingene som folkeretten *ad bellum* (maktforbudet) og *in bello* (humanitærretten) regulerer. Menneskerettighetene er imidlertid en del av folkeretten som ikke operer med noe tilsvarende skille *ad bellum* – *in bello*. Dermed er sammenstilling av humanitærretten og menneskerettighetene et eksempel på utvisking av folkerettens skille mellom *ad bellum* og *in bello*.

Menneskerettighetene er begrensninger som folkeretten primært legger på stater, og forholder seg til staten som den som har voldsmonopol. På dette planet ligner menneskerettighetene på *ad bellum*-reglene. Imidlertid handler menneskerettighetene om plikter og rettigheter ovenfor enkeltmennesker. På dette planet ligner menneskerettighetene på *in bello*-reglene. Særlig er dette problematisk i borgerkriger, hvor altså FN-charteret ikke knesetter et maktforbud for statens myndigheter. Her blir det dermed folkerettslige menneskerettighetsforpliktelser som «tar *ad-bellum* reglenes plass».⁴⁶ Menneskerettighetene opererer med en beslektet *ad bellum*-begrensning om at inngrep ovenfor statens innbyggere må være *nødvendig og proporsjonal* med formålet (med andre ord et alminnelig proporsjonalitetsprinsipp som er identisk med den som styrer maktforbudet *ad bellum*). Humanitærrettens proporsjonalitetsregel *in bello* er imidlertid helt annerledes. Den tar kun stilling til om et gitt angrep mot et lovlig militært mål må antas å ha påregnelige effekter for sivile (mennesker eller gjenstander) som vil være uproporsjonal med angrepets direkte og konkrete militære fordeler.⁴⁷

⁴⁴ EMD gikk delvis tilbake på denne tolkningen i *Hassan-dommen* fra 2015.

⁴⁵ ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, rådgivende uttalelse, 8. juli 1996 §25; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, rådgivende uttalelse, 9. juli 2004 § 106; *Armed Activities on the Territory of the Congo*, dom 19 desember 2005.

⁴⁶ Hellestveit (2014:199).

⁴⁷ Kodifisert i GK tilleggsprotokoll 1, artikkel 51(5) b.

Et gitt angrep kan dermed være uproporsjonalt etter menneskerettighetsregimet og proporsjonalt under humanitærretten, eller omvendt, på en og samme tid. Spørsmålet blir hvilket rettsregime som eventuelt trumfer det andre. Jussen vil åpenbart være ukomfortabel med et system hvor et angrep kan være «i tråd med menneskerettighetene men likefullt være en krigsforbrytelse». Tolkningsregelen som ICJ har anlagt er at et angrep som er i tråd med humanitærretten (*in bello*) antas å være i tråd med menneskerettighetene, ettersom det er *in bello* som er såkalt «*lex specialis*» og definerer hva som er retten til liv i en væpnet konflikt.⁴⁸ Imidlertid er dette en tolkning som mange jurister er ukomfortable med, ettersom det implisitt tilsier at overlagt, forsettlig og uaktsomt drap kan være i overenstemmelse med menneskerettighetsregimet.

Her oppstår altså problemer på det folkerettslige nivå som den nasjonale jussen har slitt med siden tidenes morgen. Hvordan kan jussen benyttes til å rettferdiggjøre handlinger som i sin natur bryter både med jussens formål og med jussens tillatte virkemidler. Dette evige dilemmaet er uttrykt gjennom en annen latinsk klassiker – *ubi ius, ibi pax* – ofte oversatt «der jussens virkemidler slutter, starter krigen». Folkerettens utvikling og integrasjon har brakt *ius in bello* inn i den alminnelige jussens favn, og presser dermed *in bello* og *ad bellum* regler sammen både på nasjonalt og internasjonalt nivå. Det er et samliv som er basert på «uoverkommelige motsetninger», og er dømt til å være betydelig mer turbulent enn jussen er vant til og komfortabel med.

Cecilie Hellestveit har en PhD fra juridisk fakultet ved Universitetet i Oslo fra 2014 med en avhandling om krigens folkerett. Hun er samfunnsviter og jurist, med lang fartstid som forsker på Midtøsten, væpnede konflikter og folkerett. Hellestveit har vært tilknyttet Institutt for fredsforskning (PRIO), og UiO ved Senter for menneskerettigheter (SMR) og Institutt for kulturelle og orientalske studier (IKOS). For tiden er Hellestveit tilknyttet International Law and Policy Institute (ILPI) i Oslo og tenketanken Atlantic Council i Washington DC. Hun er også medlem av Oljefondets Etikkråd.

⁴⁸ ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (1996) § 25.

