

# **FOLKEMORD – DE SUBJEKTIVE STRAFFBARHETSVILKÅR**

Kandidatnr: 249

Veileder: Gro Nystuen

Leveringsfrist: 25.11.2004

Til sammen 17982 ord

25.11.2004

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b> .....	<b><u>1</u></b>
1.1	TEMA OG PROBLEMSTILLINGER .....	1
1.2	HENSYN BAK DE INTERNASJONALE BESTEMMELSER OM FOLKEMORD.....	2
<b><u>2</u></b>	<b><u>RETTSKILDER</u></b> .....	<b><u>4</u></b>
2.1	FUNDAMENTALE FOLKERETTSLIGE GRUNNLAG .....	4
2.2	SKREVNE KILDER .....	4
2.2.1	FOLKEMORDKONVENSJONEN .....	4
2.2.2	STATUTTENE FOR RWANDA-DOMSTOLEN OG JUGOSLAVIA-DOMSTOLEN .....	5
2.2.3	STATUTTENE FOR DEN INTERNASJONALE STRAFFEDOMSTOLEN .....	6
2.3	RETTSPRAKSIS.....	7
2.3.1	NÜRNBERG-SAKEN .....	7
2.3.2	PRAKSIS FRA RWANDA-DOMSTOLEN OG JUGOSLAVIA-DOMSTOLEN .....	8
<b><u>3</u></b>	<b><u>GENERELT OM FOLKEMORD</u></b> .....	<b><u>9</u></b>
3.1	HISTORIE .....	9
3.2	FOLKEMORD – ET FENOMEN SOM TILHØRER HISTORIEN?.....	9
3.3	DEFINISJONER .....	10
3.3.1	FOLKEMORD .....	10
3.3.2	BEGREPET ”GROUP” .....	11
3.4	AVGRENSNINGER.....	16
3.4.1	FOLKEMORD I FORHOLD TIL KRIGSFORBRYTELSE .....	16
3.4.2	FOLKEMORD I FORHOLD TIL FORBRYTELSE MOT MENNESKEHETEN .....	17
3.5	ER FOLKEMORD STRAFFBART ETTER JUS COGENS? .....	18
<b><u>4</u></b>	<b><u>KORT OM DET OBJEKTIVE STRAFFBARHETSVILKÅR</u></b> .....	<b><u>19</u></b>
4.1	KILLING MEMBERS OF THE GROUP .....	20
4.2	CAUSING SERIOUS BODILY OR MENTAL HARM TO MEMBERS OF THE GROUP .....	21
4.3	DELIBERATELY INFLECTING ON THE GROUP CONDITIONS OF LIFE CALCULATED TO BRING ABOUT ITS PHYSICAL DESTRUCTION IN WHOLE OR IN PART .....	24

4.4	IMPOSING MEASURES INTENDED TO PREVENT BIRTHS WITHIN THE GROUP .....	24
4.5	FORCIBLY TRANSFERRING CHILDREN OF THE GROUP TO ANOTHER GROUP .....	25
<b>5</b>	<b><u>DET SUBJEKTIVE STRAFFBARHETSVILKÅR – KRAVET TIL HENSIKT .....</u></b>	<b>27</b>
5.1	”INTENT” .....	28
5.1.1	DEFINISJON .....	28
5.1.2	FORHØLDET MOTIV/HENSIKT .....	29
5.1.3	MÅ HANDLINGEN VÆRE EN DEL AV EN STØRRE PLAN? .....	32
5.2	”TO DESTROY” .....	33
5.3	“IN WHOLE OR IN PART” .....	34
5.4	NÅR MÅ HENSIKTEN FORELIGGE?.....	37
<b>6</b>	<b><u>FOR HVILKE HANDLINGER GJELDER KRAVET TIL HENSIKT? .....</u></b>	<b>38</b>
6.1	CONSPIRACY TO COMMIT GENOCIDE (ART III(B) I KONVENSJONEN) .....	38
6.2	DIRECT AND PUBLIC INCITEMENT TO COMMIT GENOCIDE. (ART III (C) I KONVENSJONEN.....	39
6.3	ATTEMPT TO COMMIT GENOCIDE (ARTIKKEL III (D) I KONVENSJONEN).....	41
6.4	COMPLICITY IN GENOCIDE (ART III(E) I FOLKEMORDKONVENSJONEN).....	41
6.4.1	GENERELT.....	41
6.4.2	MEDVIRKERS HENSIKT I LYS AV RETTSPRAKSIS .....	44
<b>7</b>	<b><u>HVORDAN BEVISE HENSIKT?.....</u></b>	<b>52</b>
<b>8</b>	<b><u>KONKLUSJON .....</u></b>	<b>54</b>
<b>9</b>	<b><u>LITTERATURLISTE .....</u></b>	<b>57</b>
9.1	BØKER.....	57
9.2	ARTIKLER .....	57
9.3	KONVENSJONER ETC.....	57
9.4	DOMREGISTER.....	58
9.4.1	ICTY .....	58
9.4.2	ICTR .....	58

9.4.3 ANDRE .....59

**10 FORKORTELSER.....60**

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstillinger

Forbrytelsen folkemord er et av de tre straffegrunnlagene i den internasjonale straffedomstolen (ICC).<sup>1</sup> De to andre grunnlagene er forbrytelser mot menneskeheten og krigsforbrytelser.<sup>2</sup> Vi befinner oss på folkerettens område, nærmere bestemt i den internasjonale strafferett. Folkemord er den mest alvorlige forbrytelse mot menneskeheten<sup>3</sup> og blir ofte referert til som *the crime of crimes*. Jeg vil nedenfor i kapittel 3.3.1 definere og redegjøre nærmere for begrepet folkemord, men kort sagt går det ut på å forsettlig begå visse handlinger, for eksempel drap, i den hensikt å helt eller delvis ødelegge en gruppe mennesker.

Straffbarhetsbetingelsene for folkemord kan deles i objektive og subjektive straffbarhetsvilkår.<sup>4</sup> Formålet med denne avhandlingen er å klargjøre innholdet i de subjektive straffbarhetsvilkår.

I kapittel 2 vil jeg gi en oversikt over rettskildebildet. I kapittel 3 vil det bli redegjort generelt for forbrytelsen folkemord. Hva er folkemord? Hvilke hendelser i vår nyere historie kan karakteriseres som folkemord og hva er folkemord i forhold til de andre internasjonale forbrytelser under ICC? Et sentralt spørsmål i dette kapittelet vil være hvilke grupper er beskyttet i henhold til Folkemordkonvensjonen<sup>5</sup>?

---

<sup>1</sup> International Criminal Court

<sup>2</sup> Statuttene for ICC, artikkel 5

<sup>3</sup> Kittishaisare, *International Criminal Law*, s. 68

<sup>4</sup> De objektive straffbarhetsbetingelser stiller krav om at de handlinger som er beskrevet i straffebudet må ha funnet sted. Subjektive straffbarhetsbetingelser er de krav som stilles til gjerningspersonens egne tanker og oppfatninger da han begikk den straffbare handling.

<sup>5</sup> FN-konvensjonen om forhindring og avstraffelse av forbrytelsen folkemord av 1948 (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide) Se kapittel 2.2.1

Folkemord kan karakteriseres ved hjelp av to juridiske elementer. For det første det fysiske eller *actus reus*, som går ut på at gjerningspersonen må ha begått en av de spesifiserte handlingene i Folkemordkonvensjonens artikkel II (a)-(e). Dersom en av disse handlinger er begått, er de objektive straffbarhetsvilkår oppfylt. Disse handlingene vil bli presentert i kapittel 4. Det sentrale spørsmålet i dette kapittelet vil være hvilke spesifikke handlinger som i følge rettspraksis er omfattet av ordlyden i Artikkel II (a)-(e). Hvilke skader kan for eksempel regnes som ”serious” i bokstav (b)?

Det andre elementet er det mentale eller *mens rea*, som går ut på at gjerningspersonen ved utførelsen av en av de nevnte handlinger må ha hatt til *hensikt* å ødelegge, helt eller delvis en, etter Folkemordkonvensjonen<sup>6</sup>, beskyttet gruppe som sådan. Dette hensiktskravet hører inn under de subjektive straffbarhetsvilkår. Dette er avhandlingens hovedtema og vil bli behandlet i kapittel 5, 6 og 7. Det sentrale spørsmål vil være hva som skal til for at hensiktskravet er oppfylt. Jeg vil redegjøre for begrepet hensikt og de elementene i forbrytelsen hensikten må dekke. Hva menes det for eksempel med å *ødelegge*? Hva menes med *helt eller delvis*?

Det må også spørres om på hvilket tidspunkt hensikten må foreligge og hvordan man kan bevise hensikt. Og til slutt, hvem må ha hensikt – de som faktisk har utført de forbryterske handlinger, eller de som for eksempel planla, oppfordret eller ga ordre? Et særlig spørsmål som har vært gjenstand for usikkerhet og tolkningsproblemer for domstolene, er hvilke krav det skal stilles til medvirkers hensikt. I min drøftelse av hensiktskravet vil jeg legge hovedvekten på dette spørsmålet i kapittel 6.4.

## 1.2 Hensyn bak de internasjonale bestemmelser om folkemord

I fortalet til Folkemordkonvensjonen heter det;

”*Recognizing* that in all periods of history genocide has inflicted great losses on humanity; and *Being convinced* that , in order to liberate mankind from such an odious scourge, international co-operation is required;”<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Artikkel II

Hvorfor bør forebygging og avstraffelse av folkemord være et internasjonalt ansvar? Raphael Lemkin<sup>8</sup> mente at ødeleggelse av menneskegrupper er av internasjonal betydning og angår det internasjonale samfunn. Derfor bør "every state (...) be able to take jurisdiction over such acts irrespective of the nationality of the offender and of the place where the crime was committed".<sup>9</sup> Folkemord er en forbrytelse som typisk blir begått i regi av eller stilltiende samtykke fra et lands ledelse mot sin egen befolkning. Dersom dette skjer i et ikke-demokratisk og korrumpert land uten noen som helst rettsikkerhet for borgerne, hjelper det lite at enkelte nasjonale rettssystemer har regler om folkemord.

Et annet viktig hensyn bak reglene om folkemord er viktigheten av å kunne straffe enkeltindivider for en forbrytelse hvis skyld som regel er kollektiv. Det er viktig å sende ut signaler om at enkeltpersoner må stå ansvarlige for sine handlinger selv om de ikke utførte disse på egenhånd.

Et sentralt spørsmål for denne avhandlingen er hvilke hensyn som ligger bak det spesielle hensiktskravet. Folkemord er, hvis man kan sette opp et hierarki for forbrytelser, den mest alvorlige og vidtrekkende av alle forbrytelser. Appeals Chamber i ICTY<sup>10</sup> har uttalt at; "[g]enocide is one of the worst crimes known to humankind, and its gravity is reflected in the stringent requirement of specific intent".<sup>11</sup> Det må derfor stilles strenge kriterier for å kunne dømme enkeltindivider. Det er viktig å skille mellom drap, massedrap og beslektede forbrytelser på den ene siden, og folkemord på den andre siden. Det spesielle hensiktskravet er med på å skille folkemord fra disse andre beslektede forbrytelsene.

---

<sup>7</sup> Fra forordet i Folkemordkonvensjonen av 1948

<sup>8</sup> Raphael Lemkin var jurist, aktivist og forsker. Han spilte en sentral rolle i arbeidet med Folkemordkonvensjonen. Se også kapittel 3.3.1

<sup>9</sup> Raphael Lemkin, "Genocide as a Crime under International Law", *American Journal of International Law* (1947) Volume 41(1):145-151

<sup>10</sup> International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia

<sup>11</sup> Prosecutor v. Krstic, Appeals Chamber, ICTY, para. 134

## 2 Rettskilder

### 2.1 Fundamentale folkerettslige grunnlag

Den folkeretten som ligger til grunn for bestemmelsene om folkemord er FN-pakten av 1945, Statuttene for den Internasjonale Domstolen i Haag (ICJ), spesielt artikkel 38 som ramser opp de relevante rettskilder, og Wien konvensjonen om traktater (VCLT) artikkel 31 og 32 som inneholder tolkningsregler for traktater.

### 2.2 Skrevne kilder

#### 2.2.1 Folkemordkonvensjonen

Under FNs generalforsamling 22. november 1946, innså man at det var et feilgrep å ikke ha fulgt Raphael Lemkins forslag som ble fremsatt under ”the International Conference for Unification of Criminal Law” i Madrid 1933. Forslaget gikk ut på å erklære ødeleggelse av rasemessige, religiøse eller sosiale samfunn som en forbrytelse under *the law of nations*. Det var behov for internasjonale regler som skulle forsikre at slike grusomme handlinger som de utført under andre verdenskrig i fremtiden aldri skulle gå ustraffet hen. Klar over dette startet FN forhandlingene om en konvensjon for forhindring og avstraffelse av forbrytelsen folkemord.<sup>12</sup>

I 1946 vedtok FNs generalforsamling enstemmig resolusjon 96(I). Resolusjonen erklærer at;

” Genocide is a denial of the right of existence of an entire human group, as homicide is the denial of the right to life of individual human beings; such denial of the right of existence shocks the conscience of mankind, results in great losses to humanity in the form of cultural and other contribution represented by these human groups, and is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations. Many instances of such crimes of genocide have occurred when racial, religious, political and other groups have been destroyed, entirely or in part. The punishment of the crime of genocide is a matter of international concern”.

---

<sup>12</sup> Raphael Lemkin, *Genocide as a Crime under International Law*, American Journal of International Law, (1947) Vol. 41(1): 141-151



Det var ECOSOC (the Economic and Social Council) som i henhold til resolusjon 96(1) fikk oppdraget om å lage det første utkastet til konvensjonen. ECOSOC valgte imidlertid å sende saken tilbake til Generalsekretæren.<sup>13</sup> Generalsekretæren henvendte seg så til sekretariatets menneskerettighets-divisjon som fikk hjelp av tre eksperter på området. Sekretariatets utkast ble presentert for ECOSOC i forbindelse med deres femte sesjon, juli/august 1947. Etter kommentarer fra medlemsstatene, hvorav bare syv stater deltok, ble konvensjonen satt på Generalforsamlingens agenda under deres andre sesjon 1947. 21. november 1947 vedtok FNs Generalforsamling Resolusjon 180(II). Her ble Resolusjon 96(1) stadfestet og ECOSOC ble anmodet om å fortsette arbeidet med konvensjonen til tross for at ikke alle medlemsstatene hadde lagt frem sine observasjoner og kommentarer til sekretariatets utkast.<sup>14</sup> Under sjette sesjon 1948 opprettet ECOSOC en Ad Hoc komité som skulle lage et nytt utkast til konvensjonen. Komiteen besto av Kina, Frankrike, Libanon, Polen, Sovjetunionen, USA og Venezuela.<sup>15</sup>

Den endelige konvensjonen ble vedtatt av FNs Generalforsamling 9. desember 1948 og trådte i kraft 12. januar 1951. Det er hittil 135 stater som har ratifisert konvensjonen.

Norge sluttet seg til konvensjonen i 1949,<sup>16</sup> men man har hittil ingen konkrete bestemmelser om folkemord i norsk straffelovgivning. I utkastet til ny straffelov foreslås det imidlertid bestemmelser om krigsforbrytelser, folkemord og forbrytelser mot menneskeheten.<sup>17</sup>

## 2.2.2 Statuttene for Rwanda-domstolen og Jugoslavia-domstolen

På grunn av det akutte behov for et rettsoppgjør etter hendelsene i det tidligere Jugoslavia, ble ICTY (the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia) opprettet ved resolusjon 827 av FNs sikkerhetsråd i mai 1993.<sup>18</sup>

---

<sup>13</sup> ESC Res. 47 (IV)

<sup>14</sup> GA Res. 180(II)

<sup>15</sup> ESC Res. 117(VI)

<sup>16</sup> Jfr St.prp. 56 (1949)

<sup>17</sup> Se Utkast til ny straffelov, andre del, NOU 2002

<sup>18</sup> UN Doc. S/RES/827 (1993), annex.

ICTR ble opprettet av FN ved resolusjon 955 av 8.november 1994<sup>19</sup>, etter at omkring en million mennesker ble drept i Rwanda våren samme år.

Det var både allmennpreventive hensyn og et behov for å straffe de ansvarlige som lå bak opprettelsen av ICTY og ICTR. Domstolene ble opprettet med hjemmel i FN-paktens kapittel 7 som omhandler sikkerhetsrådets kompetanse til å treffe tvangstiltak for å sikre internasjonal fred og sikkerhet.<sup>20</sup>

ICTY og ICTR er såkalte *ad hoc* domstoler. Det vil si at de er opprettet i anledning rettsoppgjørene etter henholdsvis krigen i det tidligere Jugoslavia og folkemordet i Rwanda. Når rettssakene er avsluttet legges domstolen ned. De to tribunalene er supplementert til de nasjonale domstoler i det tidligere Jugoslavia og Rwanda.<sup>21</sup> Det er ikke meningen at de skal ta seg av hvert enkelt tilfelle av brudd på internasjonale regler eller hvert enkelt tilfelle av krigsforbrytelser. Disse domstolene skal kun ha ansvaret for de store sakene. Det vil si saker mot representanter for landets ledelse, militære ledere og for Rwandas tilfelle de øverste ansvarlige for mediene som oppfordret til folkemord.

### 2.2.3 Statuttene for den internasjonale straffedomstolen

Ideen til en internasjonal straffedomstol kom på FNs dagsorden allerede i årene etter andre verdenskrig. Arbeidet ble imidlertid lagt på is på grunn av den kalde krigens negative påvirkning på samarbeidet i FN. Arbeidet ble tatt opp igjen på slutten av 1980-årene men det var etter opprettelsen av de to ad hoc domstolene man virkelig så behovet for en internasjonal straffedomstol og partene greide å komme til enighet. Statuttene ble vedtatt i Roma (derav Roma-vedtektene) den 17. juli 1998 og trådte i kraft den 1. juli 2002. På dette tidspunkt hadde seksti stater ratifisert vedtektene.<sup>22</sup> Norge ratifiserte den 16. februar 2000, og statuttene er gjennomført i norsk rett ved lov av 15. juni 2001 nr. 65.

Roma-vedtektene er en FN-traktat som etablerer en fast internasjonal straffedomstol, ICC, med myndighet til å strafforfølge og dømme enkeltindivider for folkemord,

---

<sup>19</sup> UN Doc. S/RES/955 (1994), annex.

<sup>20</sup> Jfr forordet i statuttene for ICTR og ICTY; "As amended by the Security Council acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations(...).

<sup>21</sup> Det er viktig å understreke at det ikke kun er de internasjonale domstolene som tar seg av oppgjørene etter hendelsene i det tidligere Jugoslavia og Rwanda..

forbrytelser mot menneskeheten og krigsforbrytelser. Roma-vedtektene bygger på prinsippet om at stater skal beholde hovedansvaret for strafforfølgning av individer. Det er først ved manglende vilje eller evne til nasjonal strafforfølgning at domstolen skal tre i funksjon. Domstolen skal altså være et supplement til de nasjonale domstoler.<sup>23</sup> Til dags dato<sup>24</sup> er det 97 land som har ratifisert Roma-vedtektene. USA er et av de landene som ikke har ratifisert.

## 2.3 Rettspraksis

Det finnes ikke mye rettspraksis om folkemord. Grunnen er blant annet at man etter vedtakelsen av Folkemordkonvensjonen, før opprettelsen av Rwanda- og Jugoslavia-tribunalene, ikke hadde noen internasjonal domstol med den nødvendige kompetanse. Det finnes likevel rettspraksis som er relevant på området fra før opprettelsen av disse tribunalene. Jeg begrenser meg til å redegjøre kort for den såkalte Nürnberg-saken.

### 2.3.1 Nürnberg-saken

Nürnberg-saken og dens prinsipper anses i dagens internasjonale straffedomstoler som viktige rettskilder hva gjelder spørsmål rundt forbrytelser mot menneskeheten, krigsforbrytelser og også folkemord.<sup>25</sup> Da prosessen pågikk hadde man ikke vedtatt noen folkemordkonvensjon, og det var derfor ikke rettslig grunnlag for å tiltale noen for denne forbrytelsen. Forbrytelsen var likevel å finne i noen av tiltalebeslutningene, men da som en underkategori av forbrytelser mot menneskeheten. Tiltalen gikk blant annet ut på at de tiltalte ”conducted deliberate and systematic genocide viz, the extermination of racial and national groups, against the civilian population of certain occupied territories in order to destroy particular races and classes of people and national, racial, or religious groups, particularly Jews, Poles, Gipsyes and others”.

Nürnberg-saken er rettsoppgjøret mot tyske nazister etter andre verdenskrig. Det ble opprettet en militær domstol i Nürnberg for å straffe krigsforbrytelser og forbrytelser mot menneskeheten.<sup>26</sup> Avtalen om “Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis” og etableringen av “the Charter of the International

---

<sup>22</sup> ICC statuttene artikkel 126 (1)

<sup>23</sup> ICC statuttene artikkel 1

<sup>24</sup> 27. September 2004. Se hjemmesiden for ICC: <http://www.icc-cpi.int/statesparties.html>

<sup>25</sup> Se for eksempel Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber, ICTR, para. 474

<sup>26</sup> En tilsvarende domstol ble opprettet i Tokyo for å straffe de japanske krigsforbryterne

Military Tribunal”, Nürnberg-prinsippene, ble vedtatt 8. august 1945 og signert av representanter for USA, Storbritannia, Sovjetunionen og Frankrike.

I oktober 1945 ble 24 nazi-ledere tiltalt, og deres sak *Trial of the major War Criminals*, begynte måneden etter. Rettsaken varte nesten ett år og resulterte i domfellelse av nitten personer, hvorav tolv ble dømt til døden.<sup>27</sup>

Selv om man med Nürnberg-domstolen viste at det et land gjorde mot sine egne ikke lenger var et nasjonalt anliggende, fantes det likevel svakheter ved Nürnberg-prinsippene. Disse satt nemlig som vilkår at det måtte være en sammenheng mellom forbrytelsene mot menneskeheten og en internasjonal konflikt. Slike regler kunne ikke vært anvendt under et rettsoppgjør som det etter folkemordet i Rwanda da dette var en intern konflikt.

### 2.3.2 Praksis fra Rwanda-domstolen og Jugoslavia-domstolen

Det er *case law* fra disse to domstolene som er mest interessant og nyttig i forhold til tolkning og anvendelse av Folkemordkonvensjonen og de tilsvarende tekster. Den første domfellelsen av en internasjonal domstol for forbrytelsen folkemord falt 2. september 1998 i (ICTR).<sup>28</sup> Under sin tolkning og anvendelse av bestemmelsene om folkemord har ICTY og ICTR oppklart mange uklarheter. De fungerer også som rettskilder for hverandres praksis. Selv om disse domstolene kun er opprettet *ad hoc*, vil deres praksis også være en viktig rettskilde for eventuelle senere domstoler som skal anvende reglene om folkemord.

ICTY befinner seg i Haag i Nederland og ICTR er i Arusha i Tanzania. Begge domstolene befinner seg altså på nøytral grunn i forhold til konfliktene de har under sin jurisdiksjon. Både påtalemyndighet og dommere er ansatt av FN og skal være helt upartiske i de konfliktene som var grunnlaget for opprettelsen av tribunalene. De to tribunalene er opprettet ved resolusjoner av FNs sikkerhetsråd og er ikke traktatbasert som ICC. Dette gjør at de har en mer tvingende karakter enn internasjonale domstoler som er opprettet ved gjensidig enighet mellom partene.

---

<sup>27</sup> William A. Shabas, *Genocide in international law*, s.36-37

<sup>28</sup> *Prosecutor v. Akayesu*, Trial Chamber, ICTR

### 3 Generelt om folkemord

#### 3.1 Historie

I det tyvende århundre kan det vises til flere hendelser som etter dagens definisjon kan karakteriseres som folkemord. Massakren av Armenere utført av det tyrkiske keiserdømme under første verdenskrig, utryddelsen av jøder, sigøynere og polakker under andre verdenskrig, drap på millioner av kambodsjere utført av den røde Khmer i Kambodsja på midten av sytti-tallet, drapet på nærmere en million tutsier utført av hutuene i Rwanda i 1994 og utryddelsen av tusenvis av uskyldige sivile, deriblant mellom syv og åtte tusen bosniske muslimer i Srebrenica, Bosnia, i juli 1995.

I denne oppgaven vil jeg konsentrere meg om de to sistnevnte hendelsers rettsoppgjør. Det er viktig å understreke at man etter Rwanda sitter igjen med et helt klart tilfelle av folkemord, mens det har vært mer diskusjoner rundt hendelsene i det tidligere Jugoslavia og om de juridisk sett kan karakteriseres som folkemord. ICTY, Appeals Chamber, kom imidlertid nylig til en klar konklusjon når det gjelder massakren i Srebrenica. Domstolen uttaler; "The Appeals Chamber states unequivocally that the law condemns, in appropriate terms, the deep and lasting injury inflicted, and calls the massacre by its proper name: genocide."<sup>29</sup>

#### 3.2 Folkemord – et fenomen som tilhører historien?

Dessverre kan man ikke si at folkemord er et fenomen som tilhører historien. Det skal nå opprettes en ny FN-mekanisme om folkemord som kalles *early warning*. Denne mekanismen går kort sagt ut på overvåkning av og rapportering fra områder der man ser en fare for at et folkemord er i ferd med å skje.<sup>30</sup> Det beste og mest aktuelle eksempelet på et slikt område i dag er Darfur i vest-Sudan. Hendelsene der blir av mange internasjonale eksperter<sup>31</sup> karakterisert som folkemord. Konflikten i Darfur pågår mellom den arabiske nomadefolkningen, arabiske militsgrupperinger og regjeringen i Khartoum på den ene siden og på den andre siden afrikanske stamme-grupper, hovedsaklig *Fur, Massaleit og Zaghawa*. De afrikanske gruppene blir utsatt for

---

<sup>29</sup> Prosecutor v. Krstic, Appeals Chamber, ICTY, para. 37

<sup>30</sup> Hjemmesiden til *The center for the prevention of genocide*, <http://www.genocideprevention.org/warningsystem.htm>

<sup>31</sup> Blant annet "Institute for the study of genocide. <http://isg.iags.org> og USAs tidligere utenriksminister Colin Powell

fordrivelse, plyndring, voldshandlinger og drap. Fordrivelsen har ført til over en million mennesker er oppholder seg i flyktnigerleirer i Darfur eller er uten ly i det hele tatt, og det har oppstått, i følge FN, en av tidenes største humanitære katastrofer. Regjeringen i Khartoum er mistenkt for å gjøre arbeidet til internasjonale hjelpeorganisasjoner svært vanskelig, ofte umulig. Dette, sammen med drap utført av den såkalte Janjaweed militsen (som angivelig får støtte fra regjeringen) har ført til at nærmere 30,000 mennesker er døde. I følge Eric Reeves, i artikkelen "Unmistakable Evidence of Genocidal Intent: A Legal Analysis of Khartoum's Continuing Obstruction of Humanitarian access to Darfur" av 16 juni 2004 kan det som foregår karakteriseres som "deliberately inflict on the [African groups] conditions of life calculated to bring about [their] physical destruction in whole or in part".<sup>32</sup> Spørsmålet som er relevant for denne avhandlingen er om regjeringen i Khartoum og Janjaweed militsen handler med hensikt å ødelegge hele eller en vesentlig del av den afrikanske befolkningen i Darfur.

### 3.3 Definisjoner

#### 3.3.1 Folkemord

Begrepet folkemord oppsto som en reaksjon på de grusomme handlinger utført av nazistene under andre verdenskrig. Ordet *genocide* kommer av det greske ordet *genos*, som betyr rase eller stamme, og det latinske ordet *cide*, som betyr drap. Begrepet ble introdusert av Raphael Lemkin i 1944 i boken "*Axis Rule in Occupied Europe*". Begrepet opptrer for første gang i et juridisk dokument i tiltalebeslutningen til Nürnberg-domstolen som er sitert ovenfor i kapittel 2.3.1. Det fantes ingen henvisning til begrepet i selve Nürnberg paktens eller i dommene.

Begrepet ble igjen brukt i senere militære domstoler etter andre verdenskrig. I etterkant av disse sakene var folkemord anerkjent som en forbrytelse i internasjonal sedvanerett, men da man ikke hadde noen skrevne bestemmelser hadde man heller ingen presis definisjon. Den definisjonen man til slutt ble enige om til Folkemordkonvensjonen artikkel II lyder som følger:<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Jfr. Folkemordkonvensjonen artikkel II (c)

<sup>33</sup> Da det ikke foreligger noen formell norsk oversettelse, velger jeg å bruke den engelske originale teksten.

“In the present Convention, genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:<sup>34</sup>

- (a) Killing members of the group;
- (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group;
- (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
- (d) Imposing measures intended to prevent births within the group;
- (e) Forcibly transferring children of the group to another group.”<sup>35</sup>

Denne definisjonen er gjengitt ordrett i statuttene for den internasjonale straffedomstolen (ICC)<sup>36</sup> og statuttene for ad hoc domstolene for det tidligere Jugoslavia (ICTY)<sup>37</sup> og Rwanda (ICTR).<sup>38</sup> Definisjonen er imidlertid noe uklar. I mangel av nærmere presiseringer i de nevnte juridiske tekster, er det nødvendig å se nærmere på praksis fra de to ad hoc domstolene og forordningen til ICC, *Elements of crime*, for å forstå hva som ligger i de enkelte begrepene.

### 3.3.2 Begrepet ”group”

Det er gruppen som sådan som anses for å være offer for forbrytelsen folkemord, ikke enkeltindivider. ICTY uttalte i Sikirica-saken; “[w]hereas it is the individuals that constitute the victims of most crimes, the ultimate victim of genocide is the group, although its destruction necessarily requires the

---

<sup>34</sup> Oversettelse til norsk: ”..en hvilken som helst av følgende handlinger som er begått i den hensikt å ødelegge helt, eller delvis, en nasjonal, etnisk, rasemessig eller religiøs gruppe som sådan”

<sup>35</sup> Oversettelse til norsk: ”å drepe medlemmer av gruppen”, ”å forårsake alvorlig legemlig eller psykisk skade på medlemmer av gruppen”, ”bevisst å la gruppen utsettes for levevilkår som tar sikte på å bevirke gruppens fysiske ødeleggelse helt eller delvis”, ”å påtvinge tiltak som tar sikte på å forhindre fødsler innenfor gruppen”, ”med makt å overføre barn fra gruppen til en annen gruppe”.

<sup>36</sup> ICC statuttene artikkel 6

<sup>37</sup> ICTY statuttene artikkel 4(2)

<sup>38</sup> ICTR statuttene artikkel 2(2)

commission of crimes against its members, that is, the individuals belonging to that group.”<sup>39</sup>

Det foreligger en såkalt ”depersonalization of the victim”<sup>40</sup> der offeret ikke er utpekt på individuelt grunnlag men bare fordi han eller hun er medlem av en bestemt gruppe. FNs generalforsamling definerte i resolusjon 96(I) folkemord som ”a denial of the right of existence of entire human groups”. Sekretariatet I FN forklarte det slik; “ The victim of the crime of genocide is a human group. It is not a greater or a smaller number of individuals who are affected for a particular reason but a group as such”.<sup>41</sup> Individene utgjør mål for gjerningspersonene kun fordi de tilhører en bestemt gruppe. Eller som ICTY uttaler i Jelusic:

“By killing an individual member of the targeted group, the perpetrator does not thereby only manifest his hatred of the group to which his victim belongs but also knowingly commits this act as part of a wider-ranging intention to destroy the national, ethnical, racial or religious group of which the victim is a member”.<sup>42</sup>

Hva menes det så med *gruppe* i Folkemordkonvensjonen og de tilsvarende tekster?  
Finnes det objektive kriterier for hva som skal falle innenfor dette begrepet?

ICTR og ICTY har i stor grad bidratt til å klargjøre dette.

ICTR uttaler i Akayesu-saken at *gruppe*, når man snakker om folkemord, er bare stabile og permanente grupper. Et felles kriterium for de beskyttede grupper er at “membership in such groups would seem to be normally not challengeable by its members, who belong to it automatically, by birth, in a continuous and often irremediable manner.”<sup>43</sup> Problemet med å kreve at gruppen skal være stabil og permanent, er for det første at mange grupper ikke helt oppfyller dette kravet fordi visse medlemmer forlater og tiltrer

---

<sup>39</sup> Prosecutor v. Sikirica, Trial Chamber, ICTY, para. 65

<sup>40</sup> Antonio Cassese, *International criminal law*

<sup>41</sup> Prosecutor v. Krstic, Trial Chamber, ICTY, paragraf 552, som viser til *Relations Between the Convention on Genocide on the One Hand and the Formulation of the Nurnberg Principles and the Preparation of a Draft Code of Offences Against Peace and Security on the Other*, UN Doc. E/AC.25/3/Rev.1, 12 April 1948

<sup>42</sup> Prosecutor v. Jelusic, Trial Chamber, ICTY, para. 79

<sup>43</sup> Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber, ICTR, para. 511



gruppen underveis. Det er heller ikke uvanlig at et individ er medlem av flere grupper på en gang.

Det er kun nasjonale, etniske rase eller religiøse grupper som er beskyttet etter ordlyden i Folkemordkonvensjonen. Spørsmålet er om også andre stabile og permanente grupper kan være beskyttet. Dette kan typisk være politiske eller sosiale grupper. I henhold til ICTR i Akayesu-saken, som støtter seg på forarbeidene til konvensjonen, skal også alle andre stabile og permanente grupper være beskyttet. Domstolen uttaler; “[i]n the opinion of the Chamber, it is particularly important to respect the intention of the drafters of the Genocide Convention, which according to the *travaux préparatoires*, was patently to ensure the protection of any stable and permanent group.”<sup>44</sup> (Min understreking)

Denne tolkningen har imidlertid i ettertid blitt kritisert.<sup>45</sup> For det første går domstolen på tvers av ordlyden i Folkemordkonvensjonen. Dersom man hadde ønsket å ha med alle stabile og permanente grupper, hadde man skrevet dette direkte inn i bestemmelsen. For det andre er det neppe, i motsetning til domstolens argumenter, støtte for en slik tolkning i forarbeidene. Sosiale, kulturelle, politiske og andre grupper ble for eksempel med vilje unnlatt under utarbeidelsen av konvensjonen. Man sa at å inkludere disse gruppene i de beskyttede gruppene kunne skape vaghet og uklarhet i forbindelse med praktisering av konvensjonen.

Det ville også være i strid med legalitetsprinsippet dersom noen kunne bli straffet for folkemord på en gruppe som ikke eksplisitt er beskyttet i Folkemordkonvensjonen.

ICTR kom i Akayesu - saken med følgende definisjoner på henholdsvis nasjonal, etnisk, rasemessig eller religiøs gruppe:

”[A] national group is defined as a collection of people who are perceived to share a legal bond based on common citizenship, coupled with reciprocity of rights and duties.

An ethnic group is generally defined as a group whose members share a common language or culture.

---

<sup>44</sup> Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber, ICTR para. 516

<sup>45</sup> Se William A. Shabas, *Genocide in international law*, s. 132

The conventional definition of racial group is based on the hereditary physical traits often identified with a geographical region, irrespective of linguistic, cultural, national or religious factors.

The religious group is one whose members share the same religion, denomination or mode of worship.”<sup>46</sup>

Det finnes ikke objektive kriterier for å avgjøre om en gruppe faller inn under en av disse kategoriene. I Rutaganda-saken kom ICTR frem til at hver gruppe må vurderes i lys av den enkelte gruppes politiske, sosiale og kulturelle sammenheng.<sup>47</sup>

Hvem skal avgjøre om man har å gjøre med en gruppe eller ikke?

Mange argumenter taler for at individer fra offergruppen selv er de som er nærmest til å avgjøre om de er eller ikke en såkalt gruppe. Men på en annen side, når gjerningspersonene har som mål å utrydde en gruppe, burde det ikke da være deres kvalifikasjon som er avgjørende? Et eksempel kan hentes fra andre verdenskrig og utryddelsen av jødene. Jødene selv regner som jøde den som har jødisk mor, uavhengig av farens tilhørighet. Men under Hitlers styre ble alle individer som var i slekt med en jøde regnet for selv og være jøde og dermed et mål for utryddelse. For eksempel hvis man hadde jødiske besteforeldre og til og med oldeforeldre.

Det ville ikke vært logisk hvis de ansvarlige, dersom de nå sto tiltalt for folkemord, hadde sluppet unna straffeansvar på grunn av ofrenes egne oppfatninger om hvilken gruppe de tilhørte.

Videre, hvordan skal man avgjøre om man står ovenfor en gruppe i folkemordskonvensjonens forstand?

ICTY kom i *Jelusic*-saken frem til at man måtte avgjøre dette etter hvordan gjerningspersonene betraktet sine ofre, med andre ord, etter en subjektiv vurdering. Domstolen uttalte; It is the stigmatisation of a group as a distinct national, ethnical or racial unit by the community which allows it to be determined whether a targeted

---

<sup>46</sup> Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber, ICTR, para. 512-515

population constitutes a national, ethnical or racial group in the eyes of the alleged perpetrators.”<sup>48</sup>

Men en subjektiv definisjon alene er ikke nok til å avgjøre om en gruppe er beskyttet. Dette er begrunnet blant annet i forarbeidene til Folkemordkonvensjonen, som hevder at den var ment å gjelde relativt permanente og stabile grupper. Derfor må dette spørsmålet avgjøres ”on a case-by-case basis” tatt i betraktning både relevant fremlagt bevis og den politiske, sosiale og kulturelle sammenheng.<sup>49</sup>

ICTR avgjorde på objektivt grunnlag at Tutsiene utgjorde en beskyttet gruppe blant annet på grunn av at de bar identitetskort merket hvilken etniske gruppe de tilhørte, hutu, tutsi eller twa. I tillegg refererte Rwandas grunnlov, gjeldende i tidsrommet for folkemordet, til statsborgerne ved å vise til deres etniske identitet.<sup>50</sup> Det var ingen tvil om at tutsiene utgjorde en stabil og permanent gruppe. ICTR konkluderte slik i Akayesu-saken; “the Chamber finds that, in any case, at the time of the alleged events, the Tutsi did indeed constitute a stable and permanent group and were identified as such by all.”<sup>51</sup>

I følge rettspraksis, blant annet ICTY i Jelusic-saken, utpekes gruppen av gjerningspersonen etter enten positive eller negative kriterier. Domstolen forklarer det slik;

”A "positive approach" would consist of the perpetrators of the crime distinguishing a group by the characteristics which they deem to be particular to a national, ethnical, racial or religious group. A "negative approach" would consist of identifying individuals as not being part of the group to which the perpetrators of the crime consider that they themselves belong and which to them displays specific national, ethnical, racial or religious characteristics. Thereby, all individuals thus rejected would, by exclusion, make up a distinct group. The Trial Chamber concurs here with the opinion already expressed by the Commission of Experts and deems that it is consonant with the object

---

<sup>47</sup> Prosecutor v. Rutaganda, Trial Chamber, ICTR, para. 56

<sup>48</sup> Prosecutor v. Jelusic, Trial Chamber, ICTY, para. 70

<sup>49</sup> Prosecutor v. Rutaganda, Trial Chamber, ICTR, para. 373

<sup>50</sup> Prosecutor v. Rutaganda, Trial Chamber, ICTR, para.

<sup>51</sup> Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber, ICTR, para. 702

and the purpose of the Convention to consider that its provisions also protect groups defined by exclusion where they have been stigmatised by the perpetrators of the act in this way.”<sup>52</sup>

Den sistnevnte metoden er snarere teoretisk da det er vanskelig i praksis å finne eksempler på at grupper har vært utsatt for folkemord på grunn av at de ikke tilhørte en bestemt gruppe.

Det er flere eksempler på grupper som har blitt stigmatisert etter den positive tilnærmingen, blant annet bosniske muslimer og andre folkegrupper i det tidligere Jugoslavia og Tutsiene i Rwanda.

### 3.4 Avgrensninger

#### 3.4.1 Folkemord i forhold til krigsforbrytelser

I henhold til Folkemordkonvensjonen artikkel 1, er folkemord en forbrytelse under internasjonal rett, uansett om den er begått i fredstid eller krigstid. Krigsforbrytelser må derimot i henhold til ICC statuttene artikkel 8 og Genevekonvensjonen av 12. august 1949 være begått under en internasjonal væpnet konflikt.<sup>53</sup> Bortsett fra dette er det objektivt sett mange handlinger som kan falle inn under både bestemmelsene om folkemord og bestemmelsene om krigsforbrytelser. Hvis dette er tilfellet, kan det være avgjørende hva slags hensikt gjerningspersonen hadde. Et eksempel på dette er skillet mellom folkemord og krigsforbrytelser som har resultert i massive ødeleggelser. Noen forfattere på 70-tallet ville ha det til at amerikanernes handlinger under Vietnam-krigen kunne karakteriseres som folkemord. Men til tross for det faktum at amerikanerne var klar over at det var en vesentlig sannsynlighet for at deres handlinger ville føre til ødeleggelsen av et stort antall vietnamesere, manglet de den hensikt som kreves for folkemord.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> Prosecutor v. Jelisić, Trial Chamber, ICTY, para. 71

<sup>53</sup> ICC statuttene artikkel 8 (c) viser imidlertid til visse tilfeller der domstolen har jurisdiksjon selv om ikke konflikten er av internasjonal karakter.

<sup>54</sup> Cécile Tournaye, Genocidal Intent Before The ICTY, International Comparative Law Quarterly, April 2003, ICLQ 52.2, s.447

### 3.4.2 Folkemord i forhold til forbrytelser mot menneskeheten

Folkemord og forbrytelser mot menneskeheten har etter vedtakelsen av Folkemordkonvensjonen status som to forskjellige kategorier av brudd på internasjonal strafferett. De to kategoriene har minst tre ting til felles.<sup>55</sup> For det første omfatter de svært alvorlige forbrytelser som ryster den menneskelige bevissthet og krenker de mest fundamentale aspekter av menneskelig verdighet. Videre dreier det seg ikke om isolerte, men flere handlinger som er innbyrdes sammenhengende og en del av et større hele. Til slutt er de, selv om de ikke nødvendigvis er utført av statsoverhoder, som regel begått med statsautoriteters delaktighet, overbærenhet eller i det minste toleranse eller føyelighet.

Men til tross for disse likheter skiller de to forbrytelsene seg fra hverandre. Det skal sies at når det gjelder den objektive gjerningsbeskrivelse, overlapper folkemord og forbrytelser mot menneskeheten hverandre i stor grad selv om den sistnevnte kategori har en større rekkevidde.

Folkemord er for eksempel nært beslektet med forbrytelsen forfølgelse (persecution), som er en underkategori av forbrytelser mot menneskeheten.<sup>56</sup> Forskjellen ligger i gjerningspersonens hensikt. En som begår forbrytelsen forfølgelse velger sine ofre på grunn av deres tilhørighet til et samfunn uten å nødvendigvis søke eller ha til hensikt utryddelse av dette samfunnet som sådan. I Jeliscic-saken for ICTY ble tiltaltes hensikt å forfølge offer-gruppen bevist, men han ble frifunnet for folkemord da han manglet den spesielle hensikten å utrydde den aktuelle gruppen.<sup>57</sup> Domstolen uttaler; "[g]enocide therefore differs from the crime of persecution in which the perpetrator chooses his victims because they belong to a specific community but does not necessarily seek to destroy the community as such".<sup>58</sup>

FNs folkerettskommisjon ( the International Law Commission, heretter ILC) uttaler også at "where the specific intent of genocide cannot be established, the crime may still meet the conditions of the crime against humanity of persecution".<sup>59</sup>

---

<sup>55</sup> Antonio Cassese, *International Criminal Law*, s. 106

<sup>56</sup> Statuttene for ICC, artikkel 7 paragraf 1(h)

<sup>57</sup> Denne konklusjonen ble forkastet i Appeals Chamber etter anke fra påtalemyndigheten, jfr Prosecutor v. Jeliscic, ICTY, Appeals Chamber, paragraf 68

<sup>58</sup> Prosecutor v. Jeliscic, Trial Chamber, ICTY, paragraf 79

Det spesielle hensiktskravet fremstår altså som en vesentlig forskjell mellom de to forbrytelsene som objektivt sett er svært sammenliknbare.

### 3.5 Er folkemord straffbart etter jus cogens?

Forbud mot forbrytelsen folkemord, slik det er definert i Folkemordkonvensjonen, har blitt en del av internasjonal sedvanerett og en jus cogens-regel, jfr VCLT art 53.<sup>60</sup>

Jus cogens er, i henhold til denne artikkelen; “a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.” Prinsippene er anerkjent som regler som er bindende for alle stater, og som det ikke kan gjøres unntak fra, uavhengig av om man har ratifisert Folkemordkonvensjonen eller ikke.<sup>61</sup>

ICTY uttaler i Jelisic-saken; “There can be absolutely no doubt that its [folkemordkonvensjonens] provisions fall under customary international law as, moreover, noted by the International Court of Justice as early as 1951. The Court went even further and placed the crime on the level of *jus cogens* because of its extreme gravity”.<sup>62</sup> Dette stemmer overens med ICTRs formening. I Kayishema and Ruzidana-saken ble det sagt at “[t]he crime of genocide is considered part of international customary law and, moreover, a norm of jus cogens.”<sup>63</sup>

---

<sup>59</sup> Report of the International Law Commission on the work of Its Forty-Eighth Session, 6 May-26 July 1996

<sup>60</sup> Kittichaisare, *International criminal law*, s.67

<sup>61</sup> Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Advisory opinion of the ICJ)

<sup>62</sup> Prosecutor v. Jelisic, Trial Chamber, ICTY, para. 60

<sup>63</sup> Prosecutor v. Kayshema and Ruzidana, Trial Chamber, ICTR, para. 88. Se også Prosecutor v. Rutaganda, Trial Chamber, ICTR, para. 46 og Prosecutor v. Musema, Trial Chamber, ICTR, para. 15

#### 4 Kort om det objektive straffbarhetsvilkår

For å kunne straffe noen for en forbrytelse må vedkommende ha begått en handling som er dekket av gjerningsbeskrivelsen i et straffebud. Hjemmelen for gjerningsbeskrivelsen for folkemord er Folkemordkonvensjonen artikkel II bokstavene (a) til (e) og de tilsvarende bestemmelser i statuttene for ICTY og ICTR, henholdsvis artikkel 3 (a)-(e) og artikkel 3 (a)-(e) og ICC statuttene artikkel 6 (a)-(e).

Det var under utarbeidelsen av Folkemordkonvensjonen diskusjoner rundt hvilke handlinger som skulle regnes som folkemord og hvilke som skulle falle utenfor. Sekretariatets utkast inneholdt tre kategorier av folkemord, fysisk, biologisk og kulturelt. Spørsmålet var om alle tre, eller kun de to første skulle inkluderes.<sup>64</sup>

Raphael Lemkin var av den oppfatning at også kulturelle og politiske ødeleggelser av en gruppe skulle omfattes, mens ordlyden i resolusjon 96(1) kun viste til fysiske ødeleggelser. Selv om resolusjonen nevner at folkemord har ført til "great losses to humanity in the form of cultural and other contributions represented by these human groups", er dette ment som et resultat av fysisk folkemord.

Både Ad Hoc komiteen og *the Sixth Committee of the General Assembly* var for å ekskludere kulturelt folkemord. Denne problemstillingen kommer jeg tilbake til i kapittel 4.

I ICCs *Elements of crimes* heter det at folkemord skjer når handlingen fant sted i en sammenheng der det forelå et klart mønster bestående av liknende handlinger rettet mot samme gruppe, eller når handlingen selv kan resultere i ødeleggelsen av en gruppe.<sup>65</sup> Det er altså ikke noe krav til at handlingen har skjedd i en spesiell kontekst.

---

<sup>64</sup> William A. Shabas, *Genocide in international law*, s. 152

<sup>65</sup> Art. 6(a) pkt 4, 6 (b) pkt 4, 6(c)pkt 5, 6(d)pkt 5, 6(e) pkt 7

De enkelte handlinger som kan karakteriseres som folkemord dersom de er utført i den hensikt å ødelegge, helt eller delvis, en nasjonal, etnisk, rasemessig eller religiøs gruppe som sådan, er de følgende. Handlingene er behandlet i henhold til den rekkefølgen de er ramset opp i Folkemordkonvensjonen. Hovedspørsmålet under hver handling er hva som ligger i de enkelte begrepene og hvordan disse har blitt tolket. Alle handlingene er straffbare både ved handling og unnlatelse.

#### 4.1 Killing members of the group

Ut i fra ordlyden kan man lure på om ”members” må bety flere enn en person. Cassese mener det må tolkes slik.<sup>66</sup> Shabas sier at dette *kan* være en mulig tolkning, men at en slik tolkning virker ganske absurd, og grammatisk sett kan dette like godt bety et enkelt drap.<sup>67</sup> I ICCs *Elements of crimes*, tolkes det dit hen at gjerningsmannen<sup>68</sup> må ha drept *en eller flere personer*.<sup>69</sup>

Videre må offeret være medlem av den gruppen som er målet for det aktuelle folkemord.<sup>70</sup> ICTR kom i Akayesu-saken til at tiltalte måtte frifinnes for folkemord i et enkelt tilfelle som gjaldt mishandling av et offer som ikke var Tutsi.<sup>71</sup>

Et spørsmål som har vært diskutert er om ordet ”killing” refererer til enhver handling som fører til en annen persons død, eller om det kreves at en person forsettlig har tatt livet av en annen. I den franske versjonen av konvensjonen, brukes ordet ”meurtre” som betyr forsettlig drap mens det engelske ordet ”killing” har en videre betydning og kan bety alt fra forsettlig til uaktsomt drap.

I Kayishema and Ruzindana-saken gjentok ICTR innholdet i ILCs rapport fra 1996, artikkel 17(5), som sier at ”the prohibited acts (...) are by their very nature conscious, intentional or volitional acts which an individual could not usually commit without

---

<sup>66</sup> Antonio Cassese, *International Criminal Law*, s. 98

<sup>67</sup> William A. Shabas, *Genocide in international law*, s.158

<sup>68</sup> Begrepet ”gjerningsmann” (perpetrator) er i henhold til ICC nøytralt i forhold til skyldspørsmålet. Se *Elements of crimes*, General introduction pkt 8.

<sup>69</sup> Art 6(a), pkt 1. Dette gjelder for alle de straffbare handlingene, jfr pkt 1. under art 6 bokstav (b)-(e) i *Elements of crimes*.

<sup>70</sup> William A. Shabas, *Genocide in international law*, s.158

<sup>71</sup> Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber, ICTR, para. 710



knowing that certain consequences are likely to result. They are not the type of acts which would normally occur by accident or event as a result of mere negligence”.<sup>72</sup>

Domstolen konkluderte med at siden ”killing” uansett var knyttet opp mot hensiktskravet i artikkel II, var det i realiteten ikke noen forskjell mellom det engelske uttrykket og det franske. I Akayesu-saken mente domstolen derimot at det engelske ordet ”killing” var for generelt mens det franske var mer presist. Domstolen kom frem til at med ordet ”meurtre” menes ”homicide committed with the intent to cause death.”<sup>73</sup> I Rutaganda-saken vises det til uskyldspresumpsjonen og andre strafferettslige prinsipper om at all tvil skal komme tiltalte til gode, og det konkluderes med at det riktige må være å tolke Folkemordkonvensjonen artikkel to i samsvar med straffeloven i Rwanda som sier at ” [h]omicide committed with intent to cause death shall be treated as murder.”<sup>74</sup>

For å oppsummere viser jeg til *Semanza*-saken for ICTR, som sier mer presist hva som ligger i ”killing members of the group”;

”in addition to showing that an accused possessed an intent to destroy the group as such, in whole or in part, the Prosecutor must show the following elements: (1) the perpetrator intentionally killed one or more members of the group, without the necessity of premeditation; and (2) such victim or victims belonged to the targeted ethnical, racial, national, or religious group.”<sup>75</sup>

#### 4.2 Causing serious bodily or mental harm to members of the group

Det kreves ikke nødvendigvis rene drapshandlinger for at noe skal kunne kalles folkemord. Det å påføre skade kan også få alvorlige konsekvenser for en gruppe, og kan gradvis føre til ødeleggelse av gruppen. Hva slags handlinger kan så karakteriseres som ”serious bodily or mental harm”?

---

<sup>72</sup> Prosecutor v. Kayshema and Ruzindana, Appeals Chamber, ICTR, para. 103

<sup>73</sup> Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber, ICTR, para. 501

<sup>74</sup> Prosecutor v. Rutaganda, Trial Chamber, ICTR, para. 50

<sup>75</sup> Prosecutor v. Semanza, Trial Chamber, ICTR, para. 319

I ICCs *Elements of crimes* finner man at “this conduct may include, but is not necessarily restricted to, acts of torture, rape, sexual violence or inhuman or degrading treatment”.

Enhver psykologisk skade på offeret fremkalt ved for eksempel trusler, intimidasjon, terror eller frykt og redsel kan være ”serious mental harm”.<sup>76</sup>

I Akayesu-saken uttaler domstolen; “[f]or purposes of interpreting Article 2 (2)(b) of the Statute, the Chamber takes serious bodily or mental harm, without limiting itself thereto, to mean acts of torture, be they bodily or mental, inhumane or degrading treatment, persecution.”<sup>77</sup>

I Kayshema and Ruzindana saken mener domstolen at innholdet i begrepene må avgjøres fra sak til sak ut i fra en sunn fornuft tilnærming. Når det gjelder ”serious bodily harm” uttales det; “[It] is largely self explanatory, and could be construed to mean harm that seriously injures the health, causes disfigurement or causes any serious injury to the external, internal organs or senses.”<sup>78</sup> I denne saken ble for eksempel disse episodene sett på som “serious mental harm”; det å tvinge noen til å ligge foran en bil og true med å kjøre over vedkommende, tvinge et offer til å slå et annet, og binde to ofre sammen slik at en av de kveles.

I Rutaganda-saken, er fysiske eller psykiske torturhandlinger, umenneskelig og nedverdiggende behandling, voldtekt, og forfølgelse nevnt som eksempler på hva som faller inn under serious bodily or mental harm”.<sup>79</sup> Akayesu saken nevner også at drapstrusler under avhør kan føre til ”serious mental harm”.<sup>80</sup>

Voldtekt og seksuell vold kan føre til både fysiske og psykiske skader og kan utgjøre folkemord på begge plan.<sup>81</sup> I *Akayesu* – saken uttalte domstolen følgende: “[I]ndeed, rape and sexual violence certainly constitute infliction of serious bodily and mental

---

<sup>76</sup> Claire de Than and Edwin Shorts, *International Criminal Law and Human Rights*, s 77

<sup>77</sup> Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber, ICTR, para. 504

<sup>78</sup> Prosecutor v. Kayshema and Ruzindana, Trial Chamber, ICTR, para. 108-113

<sup>79</sup> Prosecutor v. Rutaganda, Trial Chamber, ICTR, para. 51

<sup>80</sup> Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber, ICTR, para. 711-712

<sup>81</sup> William A. Shabas, *Genocide in international law*, s. 161

harm on the victims and are even (...) one of the worst ways of inflict harm on the victim as he or she suffers both bodily and mental harm.<sup>82</sup>

Nasjonale rettssystemer skiller ofte mellom forskjellige grader av kroppslig skade, som i norsk rett der man skiller mellom *legemsfornærmelse* og *legemsbeskadigelse*. I Folkemordkonvensjonen stilles det krav om at skaden må være ”serious”. Hva ligger så i dette kravet? Etter hvilke kriterier skal man avgjøre om en skade er alvorlig?

ILC kom i 1996 med et forslag om hva som skulle være standarden for begrepet ”serious”. Forslaget innebar strenge krav om at ”[t]he bodily harm or the mental harm inflicted on members of a group must be of such a serious nature as to threaten its destruction in whole or in part.”<sup>83</sup>

Dette er, i følge Shabas, en snever tolkning av ordlyden i artikkel II (b) og man finner ingen støtte for dette i forarbeidene. Han mener at man blander, ved en slik tolkning, det mentale elementet i artikkelens *chapeau* med det materielle i bokstav (b).<sup>84</sup>

I følge ICTR i Akayesu-saken trenger ikke skaden å være permanent eller uhelbredelig.<sup>85</sup> Man finner heller ingen holdepunkter for dette i konvensjonen. I følge Shabas er dette allment akseptert når det gjelder fysiske skader, men når det gjelder psykiske skader, er det mer kontroversielt. *The Preparatory Committee of the International Criminal Court* kom, i forbindelse med utkastet til bestemmelsen om folkemord, med følgende tolkning; “The reference to ”mental harm” is understood to mean more than the minor or temporary impairment of mental faculties”.<sup>86</sup> Et spørsmål som kan stilles, er hvorfor det skal mer til å dømme noen for folkemord etter å ha påført psykiske skader enn fysiske skader? Til syvende og sist faller man vel alltid ned på en vurdering av om skadene var i stand til faktisk å utrydde gruppen og om dette var hensikten.

---

<sup>82</sup> Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber, ICTR, para. 731

<sup>83</sup> Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty – Eight Session, 6 May – 26 July 1996

<sup>84</sup> William A. Shabas, *Genocide in international law*, s. 161

<sup>85</sup> Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber, ICTR, para. 502

#### 4.3 Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part

I ICCs *Elements of crimes* heter det at gjerningspersonen må ha påført en eller flere personer visse levevilkår. Denne personen eller disse personene tilhørte en nasjonal, rasemessig, etnisk eller religiøs gruppe. Levevilkårene var beregnet å føre til fysisk ødeleggelse av gruppen, helt eller delvis. Levevilkår kan være, men er ikke begrenset til ”deliberate deprivation of resources indispensable for survival, such as food or medical services, or systematic expulsion from homes”.

I Akayesu – saken betyr dette “the methods of destruction by which the perpetrator does not immediately kill the members of the group, but which, ultimately, seek their physical destruction.” Dette inkluderer ifølge domstolen, å ”subjecting a group of people to a subsistence diet, systematic expulsion from homes and the reduction of essential medical services below minimum requirement.”<sup>87</sup>

Det kreves ikke at fysisk ødeleggelse faktisk blir resultatet. Det er straffbart i seg selv å påføre en gruppe disse levevilkårene med hensikt å ødelegge gruppen. Et eksempel på dette kan hentes fra Eichmann-saken der den tiltalte ble dømt for å ha sendt jødiske ofre til arbeidsleirer med hensikt å drepe dem. Denne konklusjonen til tross for at mange av jødene faktisk overlevde.<sup>88</sup>

Det som skiller denne typen handlinger fra for eksempel ”killing” i bokstav (a), er de metodene som brukes.

#### 4.4 Imposing measures intended to prevent births within the group

Ødeleggelse av en gruppe skjer ikke kun ved handlinger som direkte utrydder medlemmene. Også ved å forhindre den fremtidige utbredelse av gruppen kan det begås folkemord. Raphael Lemkin uttalte i 1946; ”the crime of genocide involves a wide

---

<sup>86</sup> Draft Statute for the International Criminal Court. Part 2. Jurisdiction, Admissibility and Applicable, UN Doc. A/Appeals Chamber.249/1998/CRP.8, s. 2

<sup>87</sup> Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber, ICTR, para. 506

<sup>88</sup> Kittichaisaree, *International Criminal law*, s. 79

range of actions, including not only the deprivation of life, but also the prevention of life”.<sup>89</sup>

I følge Akayesu-saken skal denne underkategorien tolkes til å gjelde “sexual mutilation, the practice of sterilization, forced birth control, separation of the sexes and prohibition of marriages.”

I patriarkiske samfunn, der medlemskap i gruppen er bestemt ut i fra fars identitet, er et eksempel på ”imposing measures intended to prevent births within the group” at en kvinne blir befruktet ved voldtekt av en mann fra en annen gruppe, med den hensikt at hun skal føde et barn som ikke tilhører sin egen gruppe.<sup>90</sup> Disse måtene å forhindre fødsler innen en gruppe kan være fysiske men også psykiske. Et eksempel er når den voldtatte kvinnen, på grunn av trusler eller traumer, i ettertid ikke er i stand til å få barn.<sup>91</sup>

Det er ikke et kriterium at fødslene faktisk blir forhindret, så lenge hensikten var tilstede, jfr. ”measures *intended* to prevent births”.

#### 4.5 Forcibly transferring children of the group to another group

ICTR uttaler i Akayesu-saken at “[w]ith respect to forcibly transferring children of the group to another group, the Chamber is of the opinion that, as in the case of measures intended to prevent births, the objective is not only to sanction a direct act of forcible physical transfer, but also to sanction acts of threats or trauma which would lead to the forcible transfer of children from one group to another.”<sup>92</sup>

Som “barn” regnes alle mennesker under 18 år, I samsvar med FN konvensjonen for barns rettigheter av 1989.

Med ”forcibly” menes, i følge ICCs Elements of crimes, “physical force”, men kan også være ”threat of force or coercion, such as that caused by fear of violence, duress,

---

<sup>89</sup> Raphael Lemkin, *Genocide as a Crime under International Law*, American Journal of International Law, (1947) Vol. 41(1): 141-151

<sup>90</sup> Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber, ICTR, para. 507

<sup>91</sup> Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber, ICTR, para. 508

<sup>92</sup> Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber, ICTR, para. 509

detention, psychological oppression or abuse of power, against such person or persons or another person, or by taking advantage of a coercive environment”.

## 5 Det subjektive straffbarhetsvilkår – kravet til hensikt

Jeg vil i dette kapitlet redegjøre for hva som skal til for at en gjerningsperson kan sies å oppfylle de subjektive straffbarhetsvilkår for forbrytelsen folkemord. Det rettslige grunnlaget for de subjektive straffbarhetsvilkår finnes i folkemordkonvensjonens artikkel II<sup>93</sup>, de tilsvarende bestemmelser i statuttene for henholdsvis ICTY og ICTR og i ICC-statuttene artikkel 6 og 30.

Det spesielle når det gjelder folkemord er at det er to nivåer av skyld som må bevises for å kunne si at gjerningspersonen er skyldig. ILC uttalte i sin kommentar til "Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind" 1996 at "a general intent to commit one of the enumerated acts combined with a general awareness of the probable consequences of such an act with respect to the immediate victim or victims is not sufficient for the crime of genocide. The definition of this crime requires a particular state of mind or a specific intent with respect to the overall consequences of the prohibited act."

For det første må vedkommende ha hatt til hensikt å begå den underliggende forbrytelse, for eksempel drap. Gjerningspersonen må ha hatt et forsett som dekker samtlige momenter i det objektive straffebud, for eksempel "killing members of the group". Dette er et alminnelig forsettskrav og går frem av artikkel 30 i ICC statuttene. Artikkelen lyder; "Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge." En person som har handlet uaktsomt eller grovt uaktsomt kan ikke dømmes for folkemord. Bestemmelsen i artikkelen henviser til det vi på norsk kaller *hensiktsforsett*. Hensiktsforsett foreligger når noen "med hensikt foretar en handling som oppfyller gjerningsbeskrivelsen i straffebudet".<sup>94</sup> A skyter B i den hensikt å drepe ham.

---

<sup>93</sup> Se kapittel 3.3.1

<sup>94</sup> Jfr Utkast til ny straffelov § 30, NOU 1992:23

For det andre må det bevises at vedkommende, ved utførelsen av en av de nevnte handlingene, hadde *the genocidal intent*. Dette innebærer at etter å ha slått fast at man objektivt sett har å gjøre med et folkemord, må domstolen ta stilling til om gjerningspersonen handlet med hensikt å utrydde, helt eller delvis, en nasjonal, etnisk, rasemessig eller religiøs gruppe som sådan. Denne hensikten kalles gjerne *the genocidal intent*. De ovenfor nevnte handlinger betraktes alle som kriminelle i seg selv, men begått med denne hensikt blir de folkemord.

La oss si at gjerningspersonen har drept tre enkeltindivider innenfor et område der det i det aktuelle tidsrom foregikk folkemord. Det må da gå klart frem at denne personen ikke har drept disse individene kun på grunnlag av en intern konflikt mellom vedkommende og dennes ofre, men for å gjennomføre en større plan om å ødelegge hele eller deler av den gruppen individene tilhørte. Man må altså bevise at gjerningspersonen har valgt sine ofre ikke ut fra individuelle kriterier, men kun fordi de tilhørte den gruppen vedkommende hadde til hensikt å ødelegge.

For å forstå hva som ligger i *genocidal intent* er det nødvendig å redegjøre for hva som ligger i begrepene *Intent, to destroy, a group* og *in whole or in part*. Når det gjelder begrepet *group*, viser jeg til kapittel 3.3.2.

## 5.1 "Intent"

### 5.1.1 Definisjon

For det første er det nødvendig å foreta en språklig avklaring. Det engelske ordet *intent* kan ha to forskjellige betydninger. For det første kan det bety forsett. På latin bruker man begrepet *mens rea*, som kan oversettes med *det skyldige sinn*. Det er i denne betydning begrepet skal forstås i ICC-statuttene artikkel 30.

For det andre betyr *intent* *hensikt*. Det er i denne betydning uttrykket skal forstås i Folkemordkonvensjonen artikkel II. Man krever altså en kvalifisert form for skyld eller *special intent*. Dette kalles på latin *dolus specialis* og er kjennetegnet av det psykologiske forhold mellom handlingens resultat og gjerningspersonens sinnstilstand. ICTR forklarer hensiktskravet for folkemord slik;



”Special intent of a crime is the specific intention, required as a constitutive element of the crime, which demands that the perpetrator clearly seeks to produce the act charged. Thus, the special intent in the crime of genocide lies in "the intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such". ”<sup>95</sup> (Min understreking)

Forskjellen på den generelle bestemmelsen om forsett i ICC statuttene artikkel 30 og den spesielle bestemmelsen om hensikt i Folkemordkonvensjonen artikkel II, er at det i den sistnevnte beskrives spesifikt hva hensikten skal være. Det er nettopp derfor man snakker om en spesiell hensikt eller *dolus specialis*.

Under utarbeidelsen av Folkemordkonvensjonen ble det uttalt at "genocide is characterised by the factor of particular intent to destroy a group. In the absence of that factor, whatever the degree of atrocity of an act and however similar it might be to the acts described in the convention, that act could still not be called genocide."<sup>96</sup> Dette gir uttrykk for hensiktskravets preseptoriske karakter.

### 5.1.2 Forholdet motiv/hensikt

Videre må forholdet mellom hensikt og motiv klargjøres. Er motiv et element i forbrytelsen folkemord? Når konvensjonen sier at gjerningspersonen må ha til hensikt å ødelegge gruppen som sådan, ligger det i dette at gjerningspersonen søkte ødeleggelsen av gruppen på grunn av dens nasjonale, rasemessige, etniske eller religiøse karakteristikk? Kan gjerningspersonen anses uskyldig i folkemord dersom vedkommende hadde et annet motiv enn de nevnte, for eksempel økonomisk vinning?

Begrepene *hensikt* og *motiv* er ikke synonyme.<sup>97</sup> To gjerningspersoner kan begå den samme forbrytelsen med samme hensikt, men med forskjellig motiv. Som ICTY uttaler i Krstic saken; ”Although the motive of each participant may differ, the objective of the criminal enterprise remain the same”.<sup>98</sup>

---

<sup>95</sup> Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber, paragraf 498

<sup>96</sup> Forarbeidene til Folkemordkonvensjonen, Summary Records of the meetings of the Sixth Committee of the General Assembly, 21 September - 10 December 1994, op. cit., p.109.

<sup>97</sup> William A. Shabas, *Genocide in international law* 245

<sup>98</sup> Prosecutor v. Krstic, Trial Chamber, ICTY, para. 549

Nasjonale rettssystemer krever sjelden bevis for motiv i tillegg til hensikt. Dette ville ført til frikjennelser av personer som med hensikt har begått forbrytelser på grunn av manglende bevis for vedkommendes motiv for handlingen. Men dette vil ikke si at motiv er irrelevant. Det å bevise en gjerningspersons motiv kan være relevant for utfallet av en rettssak og at vedkommende kan påvise mangel på motiv, kan gjøre at påtalemyndighetens sak står svakere. Motiv vil også alltid være et relevant straffeutmålingsmoment.<sup>99</sup>

FN resolusjon 96(1) implikerer viktigheten av motiv da den beskriver folkemord som en forbrytelse som er ”committed on religious, racial, political or any other grounds”.<sup>100</sup>

Om motiv skulle være et element i forbrytelsen folkemord har vært et kontroversielt spørsmål og tema for diskusjon og uenighet innen komiteen som skulle utarbeide Folkemordkonvensjonen.<sup>101</sup> På den ene siden var det de som ville ha motiv inn som et element fordi det var dette som skilte folkemord ut som en unik forbrytelse. På den andre siden var det de som mente at motivet bak handlingen var irrelevant, da man allerede hadde gjort seg skyldig i folkemord hvis man hadde til hensikt å utrydde en gruppe helt eller delvis.

Det er ingen konkret referanse til motiv i folkemordkonvensjonens artikkel II. Men noen mener at det i ”as such” ligger et krav om diskriminerende motiv.<sup>102</sup>

I forarbeidene til konvensjonen finner man også at man ved ”as such” refererer til motivet bak forbrytelsen. Ad Hoc komiteen, definerer det faktum at forbrytelsen må begås ”on grounds of national or racial origin” som motiv.<sup>103</sup>

ICTY har i flere saker drøftet og konkludert med at motiv ikke er et element i forbrytelsen folkemord. I Jelasic-saken for Appeals Chamber understreker domstolen ”

---

<sup>99</sup> William A. Shabas, *Genocide in international law* s 245

<sup>100</sup> William A. Shabas, *Genocide in international law* s. 246

<sup>101</sup> William A. Shabas, *Genocide in international law*, s. 245flg.

<sup>102</sup> Cécile Tournaye, *Genocidal Intent Before The ICTY*, *International Comparative law Quarterly*, April 2003, ICLQ 52.2, s.447

<sup>103</sup> Ad Hoc Committee on Genocide, Economic and Social Council, UN. Doc E/794 (24 May 1948), 14.

the necessity to distinguish specific intent from motive”.<sup>104</sup> Domstolen mener at tilstedeværelse av et personlig motiv utelukker på ingen måte at gjerningspersonen også har hatt *the genocidal intent*. I Tadic-saken for ICTY fremhever domstolen “[t]he irrelevance and inscrutability of motives in criminal law”.<sup>105</sup>

Da folkemord i de fleste tenkelige tilfeller er begått av flere gjerningsmenn i såkalt ”joint participation”, er det viktig å skille mellom tiltaltes individuelle hensikt på den ene siden, og hensikten bak ideen til og utøvelsen av forbrytelsen på den andre siden.<sup>106</sup> Med andre ord, grunnen til at et folkemord ble begått og grunnen til at en enkeltperson deltok kan være forskjellige. I slike saker må hensikten for det første være merkbar i selve forbrytelsens natur, uavhengig av hensikten til de enkelte aktørene. Det er nødvendig å vurdere og avgjøre om den enkelte tiltalte delte hensikten å begå folkemord. Det er altså et krav om en diskriminerende hensikt og denne hensikten må gjerningspersonen dele. Men det at hans eget motiv for eksempel er økonomisk er ikke til hinder for at han kan finnes skyldig i folkemord.<sup>107</sup>

Konklusjonen er altså at det personlige motiv den enkelte gjerningsperson har hatt er irrelevant så lenge man kan bevise at vedkommende handlet med *the genocidal intent*. Men det blir feil å si at motiv ikke er et element i forbrytelsen folkemord, da det ligger i selve forbrytelsens natur at den er begått på diskriminerende grunnlag.

Cecile Tournaye oppsummerer forholdet mellom motiv og hensikt, etter en analyse av ICTYs rettspraksis, slik;

”[I]t is submitted that the ICTY case law should be read as presenting both the special intent, defined as the aim to destroy a group, and the motive, being the discriminatory grounds of the crime, as elements of genocide.”<sup>108</sup>

---

<sup>104</sup> Prosecutor v. Jelusic, Appeals Chamber, ICTY, para. 49. Se også Prosecutor v. Tadic, Appeals Chamber, ICTY, para. 269

<sup>105</sup> Prosecutor v. Tadic, Appeals Chamber, ICTY, para. 269

<sup>106</sup> Prosecutor v. Krstic, Trial Chamber, ICTY, para. 549

<sup>107</sup> Prosecutor v. Tadic, Trial Chamber, ICTY, para. 658

### 5.1.3 Må handlingen være en del av en større plan?

Selv om det ikke stilles krav om at det må ha vært en plan i Folkemordkonvensjonen eller de tilsvarende tekster, er det vanskelig å forestille seg at en slik forbrytelse kan bli begått av et individ alene. ”Genocide is an organized and not a spontaneous crime”.<sup>109</sup> Raphael Lemkin mente også at det måtte være en plan, at dette var ”a sine qua non” for forbrytelsen folkemord.<sup>110</sup>

Kravet om en plan får også støtte i rettspraksis. ICTR uttalte i *Kayshema and Ruzindana*-saken at ”although a specific plan to destroy does not constitute an element of genocide, it would appear that it is not easy to carry out a genocide without a plan or organization.”<sup>111</sup> Videre mente domstolen at en slik plan ikke minst ville være et bevis som talte sterkt for at det spesielle hensiktskravet var oppfylt.<sup>112</sup>

I Jelisc-saken mente domstolen derimot at man ikke skulle operere med et krav om en plan. Etter å ha konkludert med at aktoriet ikke hadde kommet med tilstrekkelig bevis til at man kunne slå fast at det, hevet over enhver rimelig tvil, fantes en plan om å ødelegge muslimgruppen i Brcko<sup>113</sup>, drøftet domstolen om Jelisc alene var skyldig i folkemord. ICTY mente at ”[s]uch a case is theoretically possible”. Domstolen støtter seg her på forarbeidene til Folkemordkonvensjonen. Det faktum at man unnlot å ha med et krav om en plan i konvensjonen, taler for at man så muligheten for at en enkelt gjerningsperson kunne ha hensikt å ødelegge en gruppe som sådan.<sup>114</sup>

I ICCs *Elements of Crimes* heter det at handlingene enten må ha funnet sted “in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against that group” eller “was a conduct that could itself effect such destruction”.<sup>115</sup> Det sistnevnte kan rent teoretisk omfatte en enkelt handling som ikke trenger å være del av noen plan. Det mest ekstreme eksempelet på dette ville være en enkelt person som er i besittelse av en atombombe og bruker denne til å ødelegge en gruppe.

---

<sup>108</sup> Cécile Tournaye, *Genocidal Intent Before The ICTY*, International Comparative Law Quarterly, April 2003, ICLQ 52.2, s.447

<sup>109</sup> William A. Shabas, *Genocide in international law*, s. 208

<sup>110</sup> Raphael Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe, Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Washington: Carnegie Endowment for World Peace, 1944, s. 79

<sup>111</sup> Prosecutor v. Kayshema and Ruzindana, Trial Chamber, ICTR, para. 94

<sup>112</sup> Prosecutor v. Kayshema and Ruzindana, Trial Chamber, ICTR para. 276

<sup>113</sup> Prosecutor v. Jelisc, Trial Chamber, ICTY, para. 98

<sup>114</sup> Prosecutor v. Jelisc, Trial Chamber, ICTY, para. 99

## 5.2 "To destroy"

Det sentrale spørsmål her blir hva slags ødeleggelse det må være snakk om. Kreves det fysisk eller biologisk ødeleggelse, eller faller også sosiale og kulturelle ødeleggelser av en gruppe inn under bestemmelsene om folkemord?<sup>116</sup>

I henhold til ordlyden i folkemordskonvensjonen Art. II (a)-(e), forstår man ut fra de straffbare handlingenes karakter, at konvensjonen er ment å ramme fysisk og biologisk ødeleggelse. Både ICTR og ICTY har tolket konvensjonen slik,<sup>117</sup> og det er også i tråd med internasjonal sedvanerett.<sup>118</sup>

Shabas stiller følgende spørsmål; er det slik at den ødeleggelsen man snakker om i forbindelse med hensikten, og den ødeleggelse man snakker om i forbindelse med de faktiske handlingene i Folkemordkonvensjonen artikkel II bokstav (a)-(e), innebærer det samme?<sup>119</sup>

Dersom det er slik at til tross for at handlingene som fremgår i artikkel II må tolkes til å være fysiske eller biologiske ødeleggesmetoder, kan det likevel være av betydning hva slags ødeleggelse gjerningspersonen hadde til hensikt å gjennomføre? Shabas bruker et eksempel der en stat har til hensikt å ødelegge en gruppe ved å utsette gruppens politiske strukturer, økonomi og kultur. Staten har ikke til hensikt å utrydde gruppen fysisk ved å drepe dem eller liknende. Men ved utførelsen kommer staten til skade for å drepe medlemmer av gruppen. Staten har dermed drept medlemmer av gruppen i den hensikt å ødelegge gruppen. Er dette folkemord selv om gjerningspersonene ikke hadde til hensikt å ødelegge gruppen rent fysisk?

Shabas hevder at ordlyden i Folkemordkonvensjonen kan tillate en slik tolkning. Men man finner ikke støtte for dette i forarbeidene. Selv om man ikke under forarbeidene tok opp konkret dette spørsmålet, tyder diskusjonene på en generell motstand mot å utvide begrepet folkemord til å gjelde noe annet enn fysiske og biologiske handlinger både når

---

<sup>115</sup> ICC, *Elements of Crime*, artikkel 6 (a) 4 (se også tilsvarende pkt under bokstav (b)-(e) )

<sup>116</sup> Se også kapittel 4 ovenfor

<sup>117</sup> Se f.eks Prosecutor v. Krstic, Trial Chamber, Paragraf 580

<sup>118</sup> Cécile Tournaye, *Genocidal Intent Before The ICTY*, International Comparative Law Quarterly, April 2003, ICLQ 52.2, s.447

det gjelder de objektive og de subjektive vilkårene. ILC agumenterer også mot en slik tolkning. I forbindelse med utarbeidelsen av ”the Draft Code of Crimes” uttaler de blant annet at;

”As clearly shown by the preparatory work for the Convention, the destruction in question is the material destruction of a group either by physical or by biological means, not the destruction of the national, linguistic, religious, cultural or other identity of a particular group”.<sup>120</sup>

Shabas mener allikevel at en domstol som ønsker å tolke *destroy* utvidende i slike tilfeller som det ovenfor nevnte, kan støtte seg blant annet på ordlyden i artikkel II, formålet med Folkemordkonvensjonen og behovet for en dynamisk tolkning av bestemmelser som beskytter menneskerettighetene.<sup>121</sup>

### 5.3 “In whole or in part”

Gjerningsmannen må ha hatt til hensikt å utrydde *helt eller delvis* en gruppe. Begrepet ”in whole or in part” ble innført i forordet til FNs generalforsamlings resolusjon 96(I). Dette må forstås slik at man ikke nødvendigvis trenger å bevise at gjerningsmannen har hatt til hensikt å utrydde hvert enkelt individ i gruppen.

Et sentralt spørsmål blir imidlertid hva som ligger i ”delvis”. Det er viktig å understreke at dette spørsmålet relaterer seg til hensikten og ikke til den aktuelle ødeleggelsen. Dette betyr i teorien at det er irrelevant hvor stor del av gruppen som faktisk blir ødelagt, så lenge gjerningspersonen hadde til hensikt å ødelegge gruppen helt eller delvis.

Gjennom tolkning av dette begrepet i ad hoc domstolene, og tatt i betraktning internasjonal sedvanerett, er man kommet frem til at det kreves at en vesentlig (*substantial*) del av gruppen er søkt ødelagt. Raphael Lemkin uttalte, “the destruction in part must be of a substantial nature so as to affect the entirety”.<sup>122</sup> Hva ligger så i ”vesentlig”?

---

<sup>119</sup> William A. Shabas, *Genocide in international law*, s. 229

<sup>120</sup> *Report of the commission to the General Assembly on the Work of its Forty-First Session*, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1989/Add.1 (Part 2), p. 102, para. (4)

<sup>121</sup> William A. Shabas, *Genocide in international law*, s. 230

<sup>122</sup> 2 Executive Session of the Senate Foreign Relations Committee, Historical Series 370(1976)

Rent språklig *betyr en vesentlig del* godt over halvparten. I henhold til rettspraksis kan man se dette enten fra et kvalitativt eller kvantitativt perspektiv.<sup>123</sup> Enten har gjerningsmannen hatt til hensikt å utrydde en kvantitativt sett stor andel av gruppen, eller så har han kvalitativt sett ønsket å utrydde en representativ brøkdel av gruppen. Dette vil typisk kunne dreie seg om politiske eller religiøse ledere og intellektuelle hvis utryddelse kan føre til at gruppen mister sitt fundament og dermed opphører å eksistere. Anklager i ICTY uttaler i en sak at begrepet *helt eller delvis* krever ”a reasonably significant number, relative to the total of the group as a whole, or else a significant section of a group such as its leadership”.<sup>124</sup> Videre uttaler ICTY i Jelisic-saken at “[g]enocidal intent may therefore be manifest in two forms. It may consist of desiring the extermination of a very large number of the members of the group, in which case it would constitute an intention to destroy a group en masse. However, it may also consist of the desired destruction of a more limited number of persons selected for the impact that their disappearance would have upon the survival of the group as such”.<sup>125</sup> Og “[t]he intention demonstrated by the accused to destroy a part of the group would therefore have to affect either a major part of the group or a representative fraction thereof, such as its leaders”.<sup>126</sup>

Dersom gruppens ledelse er utryddet blir spørsmålet hva slags påvirkning dette vil ha for gruppens videre eksistens. ICTY uttaler i Jelisic-saken at “[a] corroborating argument will be the fate of the rest of the group”.<sup>127</sup>

Det kan også dreie seg om utryddelse av alle kvinner i fruktbar alder, alle menn i militær alder eller andre fraksjoner av gruppen som er uunnværlig for dens videre eksistens. Som eksempel kan nevnes saken mot Radislav Krstic i ICTY.<sup>128</sup> Rettssaken omhandler massakren i Srebrenica i juli 1995, der mellom syv og åtte tusen muslimske bosniere, alle menn, og de fleste i militær alder, ble drept i løpet av noen få dager. Dette førte til at resten av muslimene kunne tvangsflyttes ut av sitt område. En problemstilling

---

<sup>123</sup> Kittishaisare, *International Criminal Law*, s. 73

<sup>124</sup> Prosecutor v. Karadzic/Mladic, Trial Chamber, ICTY

<sup>125</sup> Prosecutor v. Jelisic, Trial Chamber, ICTY, para. 82

<sup>126</sup> Prosecutor v. Jelisic, Trial Chamber, ICTY, para. 81

<sup>127</sup> Prosecutor v. Jelisic, Trial Chamber, ICTY, para. 82

for domstolen var om dette kunne karakteriseres som folkemord da det dreide seg om en slik begrenset del av en gruppe.

Her så domstolen på gjerningsmennenes kalkulasjoner forut for massakren. Det var åpenbart at gjerningsmennene hadde vært klar over at det å drepe en så stor andel av gruppens menn i militær alder, ville kunne få varige innvirkninger på hele gruppen. Domstolen uttalte at “the combination of those killings with the forcible transfer of the women, children and elderly would inevitably result in the physical disappearance of the Bosnian Muslim population at Srebrenica”.

Avgjørende er altså hensikten bak handlingen. Har hensikten med å gå løs på akkurat denne delen av gruppen vært å utrydde gruppen som sådan, kan gjerningsmennene dømmes for folkemord.

Krstic-saken har imidlertid i ettertid blitt kritisert og ansett som tvilsom hva gjelder tolkningen av hensiktskriteriet. Den hensikten som ble bevist i saken gjaldt ødeleggelse av *en vesentlig del av en vesentlig del* av en gruppe.<sup>129</sup> Til tross for kritikk kom domstolen i ankesaken til at førsteinstansens tolkning av ”helt eller delvis” måtte opprettholdes.

Det er viktig å ikke blande sammen kriterier for hvor stor del, eller hvor mange medlemmer, av gruppen som må ødelegges for at noe skal karakteriseres som folkemord, med hvor mange enkeltindivider som må være ofre for en enkelt gjerningspersons handlinger for at vedkommende skal kunne dømmes for folkemord.<sup>130</sup> Selv om gjerningsmannen kun har utført et enkelt drap kan han dømmes, såfremt hans handling var en del av et større hele som kunne karakteriseres som folkemord, og han hadde til hensikt å utrydde helt eller delvis gruppen offeret tilhørte. Med mindre man tenker seg eksempelet ovenfor i kapittel 5.1.3 med atombomben er det praktisk umulig for et enkelt individ å alene utrydde helt eller delvis en gruppe. ICTY

---

<sup>128</sup> Prosecutor v. Krstic, Trial Chamber, ICTY.

<sup>129</sup> Cécile Tournaye, *Genocidal Intent Before The ICTY*, International Comparative Law Quarterly, April 2003, ICLQ 52.2, s.447

<sup>130</sup> William A. Shabas, *Genocide in international law*, s. 239



uttalte i Tadic-saken (som for så vidt gjaldt forbrytelser mot menneskeheten, men på dette punkt også er relevant i forhold til folkemord):

” Clearly, a single act by a perpetrator taken within the context of a widespread or systematic attack against a civilian population entails individual criminal responsibility and an individual perpetrator need not commit numerous offences to be held liable”.<sup>131</sup>

Et annet spørsmål er om det stilles kriterier til størrelsen på det geografiske området som er målet for gjerningspersonens ødeleggelse? Må det for eksempel være snakk om et land, en region eller en by? Og hva med grupper som er spredt over forskjellige geografiske områder, som for eksempel jøder og sigøynere?

ICTY la i Sikirica saken vekt på at ”[w]hether the group belongs to a country or a region or a single community, it is clear that it must belong to a geographic area, limited though it may be”.<sup>132</sup> Folkemord kan altså, i henhold til ICTY, bli begått innenfor et begrenset geografisk område. Et moment her vil også være gjerningspersonenes faktiske muligheter. ICTY brukte eksempler fra Tyskland og Rwanda for å illustrere dette poenget i. Nazistenes ambisjoner under andre verdenskrig strakk seg tilsynelatende aldri lenger enn til å utrydde jødene i Europa. Selv ikke på sitt sterkeste uttrykte dette regime noe ønske om å utrydde alle verdens jøder. Det samme gjelder folkemordet i Rwanda. Gjerningspersonene søkte ikke å utrydde tutsier utenfor Rwandas grenser. ”The intent to destroy formed by a perpetrator of the genocide will always be limited by the opportunity presented to him.”<sup>133</sup>

#### 5.4 Når må hensikten foreligge?

Hensikten må foreligge i forkant av utførelsen av forbrytelsen. Dette spørsmålet er ved flere anledninger tatt opp i ICTR som uttaler; ” [T]he mens rea must be formed prior to the commission of the genocidal acts”.<sup>134</sup>

---

<sup>131</sup> Prosecutor v. Tadic, Trial Chamber, paragraf 649

<sup>132</sup> Prosecutor v. Sikirica, Trial Chamber, ICTY, para. 68

<sup>133</sup> Prosecutor v. Krstic, Appeals Chamber, ICTY para. 13

<sup>134</sup> Prosecutor v. Kayshema and Ruzindana, Trial Chamber, ICTR, para. 91

## 6 For hvilke handlinger gjelder kravet til hensikt?

I henhold til Folkemordkonvensjonen artikkel III er følgende handlinger straffbare; folkemord, sammensvergelse til folkemord, direkte og offentlig oppfordring til å begå folkemord, forsøk på å begå folkemord og medvirkning til folkemord.<sup>135</sup>

Når konvensjonen i andre artikler nevner *the other acts*, er det de fem siste av disse handlingene den refererer til.<sup>136</sup> ICC statuttene har ikke en liknende bestemmelse. I ICTY-statuttene og ICTR-statuttene er *the other acts* ikke nedfelt i en egen artikkel, men i henholdsvis artikkel 3 og 2.

Spørsmålet er om kravet til hensikt også gjelder for *the other acts*. Ut i fra ordlyden i Folkemordkonvensjonen kan det synes som om hensiktskravet kun gjelder for artikkel II, og ikke for de andre straffbare handlingene i artikkel III, fordi hensikt kun er nevnt i forbindelse med "genocide means" i artikkel II. Men da statuttene for ad hoc domstolene har alt i en artikkel, taler dette i motsatt retning. Videre nevnes også *genocide* under oppramsingen av hvilke handlinger som skal være straffbare i bokstav (a). Man finner ingen holdepunkter i forarbeidene for at hensiktskravet ikke gjelder *the other acts*. Det ville i tillegg vært lite logisk å stille ulike kriterier for hensikten til den såkalte hovedmann som for hans medsamsvorne eller medvirkere. De sistnevnte kan ha vel så stort, og ofte større ansvar for handlingene.<sup>137</sup> I følge William A. Shabas gjelder hensiktskravet ikke bare "the basic crime of genocide, but also the various forms of participation".<sup>138</sup> Det har imidlertid i rettspraksis vært hevdet at det ikke skal stilles det samme krav til hensikt for medvirkning til folkemord. Dette kommer jeg imidlertid tilbake til i kapittel 6.4.

### 6.1 Conspiracy to commit genocide (Art III(b) i konvensjonen)

Conspiracy, eller Sammensvergelse, er når to eller flere personer går sammen om å begå en forbrytelse. Folkemord vil så godt som alltid være resultat av en slags sammensvergelse.

---

<sup>135</sup> Folkemordkonvensjonen Art. III

<sup>136</sup> Se Art. IV, V, VI, VII, VIII og IX

<sup>137</sup> William A. Shabas, *Genocide in international law* s. 259

<sup>138</sup> William A. Shabas, *Genocide in international law*, s. 259

For å etablere sammensvergelse, må påtalemyndigheten bevise at to eller flere personer ble enige om å begå folkemord og at disse hadde til hensikt å utrydde helt eller delvis en gruppe som sådan.

Det anglo\amerikanske og det romersk\germanske rettssystemet tilnærmer seg sammensvergelse på to forskjellige måter. Mens man i common law ser på selve sammensvergelsen i seg selv som en separat forbrytelse som kan straffes selv om hovedforbrytelsen aldri blir begått, er sammensvergelsen i civil law systemet ikke straffbart før den underliggende forbrytelse faktisk er begått. Under utarbeidelsen av konvensjonen førte dette til diskusjoner rundt betydningen og definisjonen av sammensvergelse, og når sammensvergelsen skulle være straffbar.<sup>139</sup> Det foreligger fortsatt ingen løsning på spørsmålet om sammensvergelse er straffbart i seg selv eller om det kun er straffbart dersom folkemordet faktisk blir begått. Et eksempel på en domfellelse for sammensvergelse kan hentes fra Kambanda-dommen i ICTR. ICTY har foreløpig ingen tiltaler eller dommer for sammensvergelse til folkemord.

## 6.2 Direct and public incitement to commit genocide. (Art III (c) i Konvensjonen

Denne bestemmelsen forbyr direkte og offentlig oppfordring til å begå folkemord. Denne forbrytelsen er en form for medvirkning og er således allerede dekket av bokstav (e) i artikkel III. Forskjellen er at medvirkning ikke kan foreligge dersom den underliggende forbrytelsen faktisk ikke er begått.

Den første domfellelsen for oppfordring til å begå forbrytelser i strid med internasjonal rett, falt i Nürnberg domstolen mot Julius Streicher.<sup>140</sup> Tiltalen gjaldt hatefulle antisemitistiske artikler som han hadde publisert i avisen *Der Stürmer*. Domstolen fant at "Streicher's incitement to murder and extermination, at the time when Jews in the East were being killed under the most horrible conditions, clearly constitutes persecution on political and racial grounds in connection with War Crimes, as defined by the Charter, and constitutes a Crime against Humanity".<sup>141</sup>

---

<sup>139</sup> Se William A. Shabas, *Genocide in international law*, s 260 flg.

<sup>140</sup> Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber, ICTR, para. 550

<sup>141</sup> Nuremberg Proceedings, Vol. 22, p. 502

Ved vedtakelsen av Folkemordkonvensjonen ble denne forbrytelsen inkludert som en straffbar handling på grunn av oppfordringens spesielle og ofte avgjørende betydning for at et folkemord faktisk kan bli gjennomført. Den russiske delegaten presiserte at offentlig oppfordring hadde spilt en avgjørende rolle under utryddelsen av jøder under andre verdenskrig; "[i]t was impossible that hundreds of thousands of people should commit so many crimes unless they had been incited to do so and unless the crimes had been premeditated and carefully organized."<sup>142</sup>

Både i common law og civil law systemer er oppfordring straffbart kun dersom den forbrytelsen det oppfordres til faktisk blir begått. Dette gjelder derimot ikke for folkemord. ICTR uttaler i Akayesu-saken at; "genocide clearly falls within the category of crimes so serious that direct and public incitement to commit such a crime must be punished as such, even where such incitement failed to produce the result expected by the perpetrator"<sup>143</sup>.

Hvorfor stilles det krav til at oppfordringen må foregå offentlig? Ifølge Nehemiah Robinson, er privat oppfordring ikke alvorlig nok til å være straffbart etter konvensjonen. I følge Shabas er dette ikke riktig, da oppfordringen i dette tilfellet subsumeres under bokstav (e) som psykisk medvirkning.<sup>144</sup>

Altså er privat oppfordring straffbart dersom den straffbare handling faktisk finner sted, mens offentlig oppfordring er straffbart uavhengig av om oppfordringene faktisk blir fulgt og folkemordet faktisk skjer.

Spørsmålet blir da, hvilke krav stilles til hensikten når det gjelder oppfordring til folkemord? I Akayesu saken uttalte domstolen at "[t]he *mens rea* required for the crime of direct and public incitement to commit genocide lies in the intent to directly prompt or provoke another to commit genocide. It implies a desire on the part of the perpetrator to create by his actions a particular state of mind necessary to commit such a crime in the minds of the person(s) he is so engaging. That is to say that the person who is

---

<sup>142</sup> Summary Records of the meetings of the Sixth Committee of the General Assembly, 21 September - 10 December 1948, Official Records of the General Assembly, statements by Mr. Morozov, p. 241.

<sup>143</sup> Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber, ICTR, para. 562

<sup>144</sup> William A. Shabas, *Genocide in international law*, s. 266

inciting to commit genocide must have himself the specific intent to commit genocide, namely, to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such.”<sup>145</sup>

### 6.3 Attempt to commit genocide (Artikkel III (d) i Konvensjonen)

Denne bestemmelsen gjør *forsøk* på å begå folkemord straffbart. Hvilken grad av hensikt kreves det i forhold til forsøk?

Folkemordkonvensjonen gir ingen retningslinjer for hvordan begrepet *attempt* skal tolkes og anvendes. Det er heller ingen rettspraksis på området da det aldri har vært tatt ut tiltale for forsøk på folkemord.<sup>146</sup> ILC har tolket det dit hen at den som har tatt et betydningsfullt skritt mot utførelsen av et folkemord ”entails a threat to international peace and security because of the very serious nature of these crimes.”<sup>147</sup>

Det vanskelige tolkningsproblemet vil som i norsk strafferett være å avgjøre når en straffri forberedelseshandling går over i straffbart forsøk. I henhold til ICC statuttene artikkel 25(3)(f) foreligger forsøk dersom gjerningspersonen ”commences its execution by means of a substantial step”.

I og med at hensiktskravet i artikkel II også gjelder for ”the other acts” i artikkel III er det klart at for å kunne straffes for forsøk på folkemord må gjerningspersonen ha hatt til hensikt å ødelegge en gruppe som sådan.

### 6.4 Complicity in genocide (Art III(e) i Folkemordkonvensjonen)

#### 6.4.1 Generelt

*Complicity* kan på norsk oversettes til medvirkning. Å medvirke vil si å enten fysisk eller psykisk hjelpe en annen person i utførelsen av en straffbar handling. Medvirkning skiller seg fra sammensvergelse blant annet ved at rollene er fordelt på forskjellige måter i de to forbrytelsene. Sammensvergelse karakteriseres typisk ved at flere personer deltar i forbrytelsen på samme nivå. Medvirkeren spiller en annen, men ikke

---

<sup>145</sup> Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber, ICTR, para. 560

<sup>146</sup> William A. Shabas, *Genocide in international law*, s. 282

<sup>147</sup> Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-Eighth Session, 6 May – 26 July 1996

nødvendigvis mindre straffverdig rolle en hovedmannen. En medvirkningshandling kan være å forsyne hovedmennene med våpen. For å kunne straffes for medvirkning til folkemord må folkemordet faktisk ha blitt begått.<sup>148</sup> Det er ikke et vilkår at hovedmannen er tiltalt for at man kan ta ut tiltale mot medvirkeren.<sup>149</sup> Spørsmålet om hvilken grad av hensikt som skal kreves for å straffe noen for medvirkning til folkemord, og om det i det hele tatt kreves hensikt, har vært gjenstand for tolkningsproblemer og uenighet innen teorien og de to ad hoc domstolene.

Foruten om artikkel III i Folkemordkonvensjonen, er medvirkning nevnt som en handling under folkemord i både ICTY og ICTR statuttene. ICC statuttene artikkel 6 om folkemord inneholder imidlertid ikke noe medvirkningstillegg. Artikkel 25 inneholder imidlertid en generell medvirkningsbestemmelse.

Det er i følge ICTR i Akayesu-saken, ikke nødvendig å bevise at medvirkeren har hatt den spesielle hensikt som kreves for hovedmannen. Trial Chamber reduserte i denne saken medvirkers ansvar til å spørre om han hadde kunnskap om hovedmannens hensikt. Domstolen konkluderte med at dersom en gjerningsperson har hjulpet en annen med å begå folkemord uvitende om dennes hensikt å utrydde en gruppe helt eller delvis, kan vedkommende straffeforfølges for medvirkning til drap, men ikke medvirkning til folkemord. Dersom den tiltalte derimot visste eller hadde grunn til å vite at hovedmannen handlet med denne spesielle hensikt, kan han straffes for medvirkning til folkemord selv om han ikke delte hovedmannens hensikt å utrydde gruppen.<sup>150</sup>

Shabas mener domstolen her blander sammen kunnskapen om hovedmannens hensikt med medvirkers hensikt og at dens vurderinger ikke er korrekte. Grunnen til dette, er at det ofte foregår slik at hovedmannen, altså den som har utført selve handlingen, handler etter ordre fra overordnede. Det er den eller de som gir ordre, den som ikke selv utfører handlingen, som sitter inne med hensikten om å utrydde en gruppe. Følgelig er det medvirkeren, den som gir ordre, som har hensikt mens hovedmannen kanskje ikke har det. Han eller hun følger en ordre og utfører en handling uvitende om at hensikten bak ordren er å helt eller delvis utrydde en gruppe. Den riktige vurderingen må i følge

---

<sup>148</sup> Prosecutor v. Musema, Trial Chamber, ICTR, para. 171

<sup>149</sup> Claire de Than and Edwin Shorts, *International Criminal Law and Human Rights*, s 81

<sup>150</sup> Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber, ICTR, para. 539-541 og para. 726

Shabas bli at en person tiltalt for medvirkning til folkemord, må ha den spesielle hensikten referert til i Folkemordkonvensjonen art II, og er skyldig selv om hovedmannen mangler en slik hensikt.<sup>151</sup>ICTRs tolkning kan heller ikke forsvares ut i fra formålet med og forarbeidene til Folkemordkonvensjonen.

Man har i nyere dommer i ICTY, blant annet Krstic-saken, gått bort fra det standpunkt som ble tatt i Akayesu-saken hva gjelder kravet til medvirkers hensikt. Men det kan til gjengjeld synes som om man har åpnet muligheten for at gjerningspersoner som har begått visse medvirkningshandlinger likevel kan være strafferettslig ansvarlig for folkemord selv om de ikke hadde *the genocidal intent*.

For det første kan dette gjøre seg gjeldende dersom gjerningspersonen kan sies å ha *aided and abetted* til folkemordet. Bestemmelsen om *aiding and abetting* finnes i ICC statuttene artikkel 25(3)(c), ICTY statuttene artikkel 7(1) og ICTR statuttene artikkel 6(1). Disse artiklene er generelle i den forstand at de gjelder for alle forbrytelsene under de respektive domstolers jurisdiksjon, og omhandler det personlige straffeansvar. Det finnes ingen tilsvarende bestemmelse i Folkemordkonvensjonen.

For det andre kommer Appeals Chamber i ICTY i en avgjørelse til at en person kan bli funnet straffeansvarlig for folkemord selv om han ikke hadde *the genocidal intent* dersom vedkommende ”enter into a joint criminal enterprise of which genocide is a reasonably foreseeable consequence and it occurs”.<sup>152</sup> Denne teorien ble lansert i Tadic-saken i forhold til forbrytelsen forfølgelse og blir referert til som *the third category of criminal enterprise*.<sup>153</sup>

Til slutt uttaler Trial Chamber, ICTY seg i en avgjørelse i Milosevic-saken, om det såkalte

---

<sup>151</sup>William A. Shabas, *Genocide in international law*, s 221

<sup>152</sup> Prosecutor v. Brdjanin, Appeals Chamber, ICTY, Decision on interlocutory appeal, para. 5

<sup>153</sup> Prosecutor v. Tadic, Appeals Chamber, ICTY, para. 195-204

*superior responsibility for genocide committed by one's subordinates*.<sup>154</sup> Dette kan ha grunnlag i ICC statuttene artikkel 28, som stiller opp et ansvar for ” commanders and other superiors”.

I fremstillingen nedenfor vil jeg i lys av domstolenes drøftelser forsøke å klargjøre forholdet mellom begrepene *complicity, aiding and abetting, joint criminal enterprise* og *superior responsibility for genocide committed by one's subordinates*.

## 6.4.2 Medvirkers hensikt i lys av rettspraksis

### 6.4.2.1 Definisjon på aiding and abetting

Statuttene for ICTY, artikkel 7(1)(og den tilsvarende bestemmelsen i statuttene for ICTR) lyder som følger:

” A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in Articles 2 to 5 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime.”

*Aiding and abetting* er i henhold til Shabas; “a rather classic common law formulation of complicity”.<sup>155</sup> Oversatt til norsk betyr det medvirkning.

ICTR tolker i Akayesu-saken *aiding and abetting* som to separate handlinger: “Aiding and abetting, which may appear to be synonymous, are indeed different. Aiding means giving assistance to someone. Abetting, on the other hand, would involve facilitating the commission of an act by being sympathetic thereto.”<sup>156</sup> Domstolen er av den oppfattelse at en av handlingene alene er nok til å anse en gjerningsperson strafferettslig ansvarlig.

ICTY mener derimot at *aiding and abetting* har en og samme betydning og vil si; ”practical assistance, encouragement or moral support which has a substantial effect on the perpetration of the crime”.<sup>157</sup>

---

<sup>154</sup> Prosecutor v. Milosevic, Trial Chamber, ICTY, *Decision on motion for judgement of acquittal*, para. 141

<sup>155</sup> William A. Shabas, *Genocide in international law*, s 292

<sup>156</sup> Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber, ICTR, para. 484

<sup>157</sup> Prosecutor v. Furundzija, Trial Chamber, ICTR, para. 249



#### 6.4.2.2 Krstic-saken sammenliknet med Akayesu-saken

I Bosnia Herzegovina, under den serbiske overtakelsen av FNs sikkerhetssone i Srebrenica i juli 1995, ble mellom syv og åtte tusen menn, de fleste i militær alder, henrettet. I tillegg ble rundt femogtyve tusen mennesker, for det meste kvinner, barn og eldre, tvangsflyttet ut av Srebrenica. Disse menneskene tilhørte den Bosnisk-muslimske befolkningen.

General Radislav Krstic var befal for en undergruppe av den Bosnisk Serbiske hæren (VRS), "Drina Corps". De forbrytelser som fant sted under overtakelsen av Srebrenica ble begått innenfor Drina Corps geografiske ansvarsområde.

Trial Chamber i ICTY konkluderte med at det for det første var begått folkemord i Srebrenica. Man kom frem til at forbrytelsene var begått med hensikt å ødelegge helt eller delvis den Bosnisk muslimske befolkningen i området. For det andre kom domstolen til at Radislav Krstic delte denne hensikten, og han ble dømt for folkemord. Denne dommen ble i ettertid kritisert fordi man mente at domstolen ikke hadde lagt frem tilstrekkelig med bevis for at Krstic hadde handlet med hensikt å ødelegge helt eller delvis den bosniske muslimske gruppen i Srebrenica som sådan.

I Appeals Chamber opprettholdt man konklusjonen om at det var begått folkemord i Srebrenica,<sup>158</sup> men forkastet konklusjonen om at Krstic hadde handlet med *genocidal intent*. Ankeinstansen begrenset Krstics rolle fra å ha vært en av hovedgjerningspersonene, til å ha "*aided and abetted*" i folkemordet.<sup>159</sup>

Denne saken belyser altså nærmere hva som skal til for at det skal foreligge en slik hensikt som det kreves i Folkemordkonvensjonen og de tilsvarende tekster, hvor grensen går mellom det å være hovedgjerningsmann og medvirker, og forholdet mellom *complicity* og *aiding and abetting*.

---

<sup>158</sup> Se fotnote 30

<sup>159</sup> Prosecutor v. Krstic, Appeals Chamber, ICTY, para.138

Trial Chamber baserte sine konklusjoner om Krstics hensikt, på slutninger trukket fra hans kunnskap om situasjonen for sivile bosniske muslimer etter overtakelsen av Srebrenica, hans gjensidige påvirkning på de som var hovedmennene bak forbrytelsene, og på bevis på at ressurser og soldater under hans kommando og kontroll ble brukt til å forenkle utførelsen av drapene.<sup>160</sup>

Appeals Chamber finner det oppsiktsvekkende at Trial Chamber kom til at Krstic hadde *the genocidal intent* til tross for at han uttrykte bekymring for at transporten av de bosniske muslimene ikke skulle gå ordentlig for seg og at han ikke var klar over de metodene som ville bli brukt under flyttingen. I henhold til Appeals Chamber tyder dette på at Krstic hadde hverken som ønske eller mål å begå folkemord.

Krstic forsøkte å sørge for at transporten ut av Potocari skulle være trygg for de bosniske muslimene. Han uttrykte bekymring under overføringen av Bosniske muslimer under "the Zepa campaign". I stedet for å tolke dette dit hen at Krstic ikke handlet ut i fra hat eller en diskriminerende tankegang, så Trial Chamber på dette som en indikasjon på at han hadde vært klar over problemene ved tidligere overføringer og at derfor dette talte for hans hensikt. Appeals Chamber uttaler; "[t]he conclusion that he was "aware of problems with earlier transfers," and now took steps to avoid mistreatment, goes against the Trial Chamber's conclusion that Krstic had been a willing participant in a joint criminal enterprise of genocide".

Til slutt viser førsteinstansen til et vitneutsagn av et av forsvarers vitner. Vedkommende hadde hatt en samtale med Krstic som hadde uttrykt et ønske om at kolonnen skulle få passere slik at situasjonen kunne ende "as it should". Trial Chamber så dette som en indikasjon på Krstics viten om forsøk på å fange menn fra kolonnen. Appeals Chamber mener derimot at dette beviset indikerer at Krstic ikke hadde genocidal intent og at "[h]is own particular intent was directed to a forcible displacement". Appeals Chamber uttaler at det var feilaktig å identifisere Krstics hensikt, som gikk ut på å gjennomføre tvangsflytting, med *the genocidal intent* som visse medlemmer av VRS hadde. For disse var tvangsflyttingen et ledd i planen om å begå folkemord.<sup>161</sup>

---

<sup>160</sup> Prosecutor v. Krstic, Appeals Chamber, ICTY, para. 42

Appeals Chamber mener altså at det eneste Trial Chamber har klart å bevise, er at Krstic var klar over hensikten å begå folkemord hos noen av de andre medlemmene av VRS s hovedstaff, og til tross for den kunnskap, gjorde han ingenting for å hindre at Drina Corps personell og ressurser ble brukt til å ”facilitate those killings”. Appeal Chamber uttaler at; “[t]his knowledge on his part alone cannot support an inference of genocidal intent. Genocide is one of the worst crimes known to humankind, and its gravity is reflected in the stringent requirement of specific intent. Convictions for genocide can be entered only where that intent has been unequivocally established. There was a demonstrable failure by the Trial Chamber to supply adequate proof that Radislav Krstic possessed the genocidal intent. Krstic, therefore, is not guilty of genocide as a principal perpetrator.”<sup>162</sup> (min understreking)

I Akayesu-saken, etter å ha konkludert med at den tiltalte var personlig strafferettslig ansvarlig for å ha gitt ordre til, begått eller medvirket og bidratt til drap, og for å påføre alvorlig fysisk og psykisk skade på medlemmer av Tutsi-gruppen, måtte domstolen ta stilling til om han kunne dømmes for folkemord eller medvirkning til folkemord. Aktoratet hadde tatt ut tiltale for begge deler. For det første kom domstolen frem til at folkemord og medvirkning til folkemord er to ”mutually exclusive” forbrytelser, og at man således ikke kan bli dømt for begge deler samtidig.<sup>163</sup>

Domstolen måtte så avgjøre om Akayesu var å anse som en hovedgjerningsmann eller som en medvirker. Den tiltaltes handlinger dreide seg om både typisk medvirkningshandling og handlinger der han optrådte som hovedmann, derfor måtte dette avgjøres ved å vurdere den tiltaltes hensikt. Når det gjelder hensiktskravet i forhold til medvirkning, tolket Trial Chamber i ICTR det, som nevnt ovenfor, slik:

“an accused is an accomplice to genocide if he or she knowingly and wilfully aided or abetted or instigated another to commit a crime of genocide, while being aware of his genocidal plan, even where the accused had no specific intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such. It also found that Article 6(1) of the Statute provides for a form of participation through aiding and abetting which, though akin to the factual elements of complicity, nevertheless entails, in and of itself, the individual responsibility of the accused for the crime of genocide, in particular,

---

<sup>161</sup> Prosecutor v. Krstic, Appeals Chamber, ICTY, para.s 131-133

<sup>162</sup> Prosecutor v. Krstic, Appeals Chamber, ICTY, para. 134

where the accused had the specific intent to commit genocide, that is, the intent to destroy a particular group; this latter requirement is not needed where an accomplice to genocide is concerned.<sup>164</sup> (Mine understrekinger)

Domstolen mener at dersom man har å gjøre med en person som er tiltalt for *aiding and abetting*, må det bevises at vedkommende hadde the genocidal intent, mens dette kravet ikke gjelder for *complicity*.<sup>165</sup> For *complicity* kreves det kun at man har hatt kunnskap om hovedmannens hensikt. Dette er vanskelig å forstå, da de to begrepene betyr for det vesentlige det samme i komparativ strafferett.<sup>166</sup>

Domstolen kom så frem til, etter en gjennomgang av Akayesus handlinger og uttalelser, at han hadde handlet med hensikt å utrydde, helt eller delvis, tutsi gruppen som sådan, og at han derfor kunne dømmes for folkemord som en av hovedgjerningspersonene. Han kunne således ikke dømmes for medvirkning til folkemord.<sup>167</sup>

Krstic ble i Appeals Chamber ansett ikke skyldig i folkemord som hovedgjerningsmann fordi Trial Chamber ikke hadde greid å bevise over en hver rimelig tvil at han handlet med *the genocidal intent*. Appeals Chamber kom imidlertid frem til at Krstic var personlig strafferettslig ansvarlig for å ha ”*aided and abetted*” i utførelsen av folkemordet.

Han var klar over the genocidal intent hos visse medlemmer i VRS og han var klar over at uten assistanse fra Drina Corps, ville VRS aldri vært i stand til å gjennomføre *the genocidal plan*. Slik bidro han vesentlig til henrettelsen av bosniske muslimer i Srebrenica.<sup>168</sup>

Derfor, uttaler domstolen, er straffeansvaret “accurately characterized as aiding and abetting genocide under Article 7(1) of the Statute, not as complicity in genocide under Article 4(3)(e).”<sup>169</sup>

Domstolen kommer altså frem til det samme som ICTR kom til i Akayesu-saken når det gjelder kravet til hensikt. Men, i Akayesu brukte man begrepet ”*complicity*” mens man i

---

<sup>163</sup> Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber, ICTR, para. 700

<sup>164</sup> Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber, ICTR, para. 726

<sup>165</sup> Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber, ICTR, para. 485

<sup>166</sup> William A. Shabas, *Genocide in international law*, s 293

<sup>167</sup> Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber, ICTR, para. 734

<sup>168</sup> Prosecutor v. Krstic, Appeals Chamber, ICTY, para. 137

Krstic karakteriserte det som ”*aiding and abetting*”. Hva er så forskjellen mellom disse begrepene? Og hvilke krav mener ICTY det stilles for å dømme noen for *complicity in genocide*? De samme som i Akayesu-saken?

ICTR hevder at man må skille mellom *complicity* på den ene siden og *aiding and abetting* på den andre siden. Dette fordi *aiding and abetting* finnes i den generelle bestemmelsen om straffeansvar (artikkel 6(1) i domstolens statutter), mens *complicity* finnes spesielt i folkemord-bestemmelsen (artikkel 2(3)(e) i statuttene).

I Krstic-saken spurte man om artikkel 4(3)(e) kunne anses som en *lex specialis*<sup>170</sup> av artikkel 7(1), eller om *complicity* faktisk omfatter en mer straffverdig handling enn *aiding and abetting*. Man kom frem til at det sistnevnte måtte være den riktige tolkningen.<sup>171</sup> Altså at det er en innholdsmessig forskjell på de to begrepene.

Videre var spørsmålet hvilket krav man skal stille når det gjelder det mentale i forhold til *aiding and abetting*. Må man for å være strafferettslig ansvarlig ha hatt the genocidal intent, slik som det hevdes i Akayesu-saken, eller holder det at man hadde kunnskap om hovedmannens hensikt?

Domstolen kom frem til, med støtte i egen tidligere rettspraksis og regler i de fleste nasjonale rettsystemer, at det holder at man hadde kunnskap om hovedmannens hensikt for å kunne bli personlig straffeansvarlig for *aiding and abetting*.<sup>172</sup> Dette strider med ICTRs tolkning i Akayesu-saken..

Videre uttalte ICTY seg om kravet til *complicity* i et *obiter dictum*.<sup>173</sup> De sa at i lys av ordlyden i artikkel 4 i statuttene og forarbeidene til Folkemordkonvensjonen er det ”authority to suggest that complicity in genocide, where it prohibits conduct broader than aiding and abetting, requires proof that the accomplice had the specific intent to destroy a protected group”.<sup>174</sup> Dette strider også mot ICTRs tolkning i Akayesu-saken.

Spørsmålet er om det er Akayesu-saken eller Krstic-saken som gir uttrykk for gjeldende rett.

---

<sup>169</sup> Prosecutor v. Krstic, Appeals Chamber, ICTY, para. 138

<sup>170</sup> En spesialregel av en annen regel

<sup>171</sup> Prosecutor v. Krstic, Appeals Chamber, ICTY, para. 138-139

<sup>172</sup> Prosecutor v. Krstic, Appeals Chamber, ICTY, para. 140-141

<sup>173</sup> Prosecutor v. Krstic, Appeals Chamber, ICTY, para 142

<sup>174</sup> Prosecutor v. Krstic, Appeals Chamber, ICTY, para. 142

#### 6.4.2.3 Blagojevic-saken

I en pågående ankesak for ICTY, prosecutor v. Blagojevic, ønsket påtalemyndigheten, underveis i saken, å endre tiltalebeslutningen fra *complicity in genocide* til *aiding and abetting genocide*.

Aktoratet forklarte det slik at da de hadde tatt ut tiltale mot Blagojevic, hadde man forstått det slik at "complicity in genocide was synonymous with aiding and abetting genocide".

Den 8. juni 2004 argumenterte aktoratet imidlertid med at tatt i betraktning avgjørelsen i Krstic-saken den 19. april 2004, måtte de kunne endre tiltalen. Dette fordi at denne dommen hadde definert et skille mellom *aiding and abetting* og *complicity* og at rettstilstanden nå var slik at for å finne den tiltalte skyldig i det førstnevnte, holdt det å bevise hans kunnskap til andres genocidal intent, mens for å finne han skyldig i *complicity* måtte hans egen genocidal intent bevises.<sup>175</sup> Dette taler for at det er ICTYs tolkning i Krstic-saken som gir uttrykk for gjeldende rett på dette området.

#### 6.4.2.4 Brdjanin-saken

Det interessante i denne saken er spørsmål rundt *the third category of joint criminal enterprise* som ble lansert i Tadic-saken. Den sistnevnte saken gjaldt imidlertid forbrytelser mot menneskeheten. I Brdjanin-saken tar man et skritt videre da man ønsker å anvende denne kategorien i forhold til folkemord. Appeals Chamber forklarer regelen slik;

"The third category of joint criminal enterprise liability refers to criminal liability of an accused for crimes which fall outside of an agreed upon criminal enterprise, but which crimes are nonetheless natural and foreseeable consequences of that agreed upon enterprise." It went on to say, "where that different crime [which falls outside the agreed crimes] is the crime of genocide, the Prosecution will be required to establish that it was

---

<sup>175</sup> Rachel S. Taylor, in The Hague, *Blagojevic Prosecutors' Amendment Plea* (TU No. 362, 11-jun.-04)

reasonably foreseeable to the accused that an act specified in Article 4 (2) [murder, causing serious bodily or mental harm, etc.] would be committed and that it would be committed with genocidal intent."

#### 6.4.2.5 Milosevic-saken

ICTY har bekreftet anklagene om folkemord mot Slobodan Milosevic under fire ansvarsteorier.<sup>176</sup> De fire er de følgende, "participation in a joint criminal enterprise whose aim is genocide", "category three joint criminal enterprise", "aiding and abetting" og "superior responsibility for genocide committed by one's subordinates". For den andre, antakeligvis den tredje, og siste kategori kreves det ikke *genocidal intent*.

Milosevic kan således bli funnet skyldig i folkemord "as a superior to those who committed genocide", dersom det bevises at han hadde kunnskap om at hans underordnede var i ferd med å begå, eller hadde begått, folkemord, og unnlot å hindre eller straffe de, selv om han ikke selv hadde *the genocidal intent*.

Begrunnelsen for dette kan være som følger. En person som på grunn av sin autoritære posisjon bidrar til å gjøre det lettere for de som har *the genocidal intent* å begå et folkemord, enten ved positive handlinger eller unnlater, bør anses like skyldig og straffeansvarlig som de som faktisk utførte handlingene, selv om han ikke delte *the genocidal intent*. Et annet spørsmål er imidlertid om det er mulig å støtte opp under et folkemord dersom man ikke selv deler hensikten.

Han kan eventuelt bli funnet skyldig under *the third category*. Aktoratet vil ha langt mindre vanskeligheter med å overbevise domstolen om at Milosevic er ansvarlig under en av disse ansvarsteoriene som ikke krever *genocidal intent*.

---

<sup>176</sup> Prosecutor v. Milosevic, Trial Chamber, ICTY, *Decision on motion for judgement of acquittal*, para. 141 og Judith Armatta, Guilt for genocide: how broad should it be?, Coalition for International Justice, 28. Juni 2004 <http://www.cij.org>

## 7 Hvordan bevise hensikt?

For å finne en person skyldig i folkemord må hans spesielle hensikt å ødelegge en gruppe helt eller delvis bevises over enhver rimelig tvil.

Hvordan bevise at gjerningspersonen har handlet ut i fra en spesiell hensikt å ødelegge helt eller delvis en gruppe? Det er sjelden at en person tilstår å ha hatt en slik hensikt. ICTR uttalte i Akayesu saken at hensikt ” is a mental factor which is difficult, even impossible to determine. This is the reason why, in the absence of a confession from the accused, his intent can be inferred from a certain number of presumptions of fact”.<sup>177</sup> Domstolen sa at hensikten kunne bevises ut i fra tiltaltes handlinger og unnlater, eller ut i fra en større sammenheng, der andre forbryterske handlinger systematisk ble begått mot samme gruppe, av andre, eller av tiltalte selv.<sup>178</sup>

Det blir også lagt vekt på tiltaltes uttalelser. ICTY sa i Jelusic-saken at man kunne bevise hensikt ut fra; “the general context in which the acts of the accused fit but also, in particular, his statements and deeds.”<sup>179</sup>

På hvilken mate må hensikten til å ødelegge en gruppe ha manifestert seg når man snakker om oppfordring til folkemord? I 2003 falt dommen i den såkalte *media-saken*. De tre tiltalte, Ngeze, Nahimana og Barayagwiza, var henholdsvis sjef for radiostasjonen RTML, redaktør i avisen *Kangura* og leder for det politiske partiet CDR i Rwanda. De var alle tre med på å spre hatbudskap og til å direkte oppfordre til voldshandlinger, drap og utryddelse av tutsier, og hutuer som politisk støttet tutsiene. For å konstatere hensikt vurderte domstolen de tiltaltes individuelle utsagn og handlinger, i tillegg til det budskapet de meddelte gjennom media.<sup>180</sup>

Det er på det rene at faktisk ødeleggelse av gruppen ikke er nødvendig for å kunne dømme noen for folkemord. Men det er klart at jo mer vidtrekkende forbrytelsen er og

---

<sup>177</sup>Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber, ICTR, para.523. Se også paragraf 728. Se også Elements of crimes, ICC, General introduction pkt. 3

<sup>178</sup> Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber, ICTR para. 728

<sup>179</sup> Prosecutor v. Jelusic, Trial Chamber, ICTY, para. 73

<sup>180</sup> Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza and Ngeze, Trial Chamber, ICTR, para. 957



jo større skadevirkning den har hatt på den aktuelle gruppen, desto mer indikerer det en hensikt hos gjerningspersonen å utrydde gruppen.<sup>181</sup>

Et spørsmål er hvilken betydning gjerningspersonens valg av metode har for avgjørelsen om han har hatt hensikt eller ikke? I Krstic-saken uttaler ICTYs Appeal Chamber at det ikke kreves bevis for at gjerningspersonen valgte den mest effektive metoden for å oppnå sitt mål om å ødelegge en gruppe. "Even where the method selected will not implement the perpetrator's intent to the fullest, leaving that destruction incomplete, this ineffectiveness alone does not preclude a finding of genocidal intent."<sup>182</sup>

---

<sup>181</sup> Prosecutor v. Milosevic, Trial Chamber, ICTY, *Decision on motion for judgement of acquittal* para. 125

<sup>182</sup> Prosecutor v. Krstic, Appeals Chamber, ICTY, para. 32

## 8 Konklusjon

Det subjektive straffbarhetsvilkår for folkemord er oppfylt dersom det kan bevises to nivåer av skyld. For det første må gjerningspersonen ha handlet med forsett.

Vedkommende må ha hatt til hensikt å begå en handling som dekkes av en av gjerningsbeskrivelsene i bestemmelsene om folkemord, for eksempel drap. Dette kan slutes fra de fleste nasjonale strafferettssystemers krav om forsett for alvorlige straffbare handlinger, men går også eksplisitt frem av ICC-statuttene artikkel 30. Denne artikkelen er generell i den forstand at den gjelder for alle de tre forbrytelses kategoriene som er under ICCs jurisdiksjon.

For det andre må gjerningspersonen ha handlet med den hensikt å ødelegge, helt eller delvis, en nasjonal, etnisk, rasemessig eller religiøs gruppe som sådan. Det er dette spesielle hensiktskravet, kravet til *the genocidal intent*, som gjør at forbrytelsen folkemord skiller seg ut som unik. Hensiktskravet er nedfelt i Folkemordkonvensjonen artikkel II, ICTY-statuttene artikkel 3, ICTR-statuttene artikkel 2 og ICC-statuttene artikkel 6.

De to ad hoc domstolene ICTY og ICTR har i stor grad bidratt til å klargjøre innholdet i hensiktskravet.

Med *ødelegge* menes kun fysisk eller biologisk ødeleggelse. Dersom hensikten er å ødelegge gruppen *delvis*, må det være snakk om en vesentlig del av gruppen, enten kvantitativt eller kvalitativt sett. Det er kun de gruppene som eksplisitt er nevnt i Folkemordkonvensjonen som skal være beskyttet. Gruppen må i henhold til ICTR i Akayesu-saken være stabil og permanent. Man har gått bort fra den konklusjon man kom med i Akayesu-saken som gikk ut på å inkludere *andre* stabile og permanente grupper enn de som er nevnt i konvensjonen. *Som sådan* henviser til et diskriminerende motiv for ødeleggelsen.

Artikkel III i Folkemordkonvensjonen ramser opp de handlinger som skal være straffbare under konvensjonen, for eksempel forsøk og medvirkning. Det kan være litt forvirrende at dette står i en egen bestemmelse i den forstand at det er uklart om artikkel III også er dekket av hensiktskravet i artikkel II. I ICTY- og ICTR-statuttene er de straffbare handlingene ramset opp i samme artikkel som definisjonen av folkemord. Dette kan tale for at alle de straffbare handlingene er dekket av hensiktskravet. I Akayesu-saken kom man frem til at hensiktskravet ikke gjaldt for *complicity in genocide*. Selv om ikke rettstilstanden på dette området fremstår som helt klar, taler både forarbeidene til folkemordkonvensjonen, teorien og nyere dommer mot en slik tolkning.

I Folkemordkonvensjonen brukes begrepet *complicity* når man snakker om medvirkning. I statuttene for henholdsvis ICC, ICTY og ICTR brukes det samme begrepet i den spesielle bestemmelsen om folkemord. I disse statuttene finnes det også generelle medvirkningstillegg som gjelder for alle forbrytelser under domstolenes respektive jurisdiksjonsområder. Disse bestemmelsene opererer med begrepet *aiding and abetting*, som også betyr medvirkning. Dette har skapt forvirring for de som skal anvende bestemmelsene om folkemord. Spørsmålene har dreid seg om hva som egentlig er forskjellen på begrepene *complicity* og *aiding and abetting*, og spesielt om det stilles forskjellige krav til hensikten.

Etter å ha studert og sammenliknet Akayesu-saken fra 1998 med Krstic-saken fra 2004 og de nyeste avgjørelsene fra ICTY, kan det virke som om det er en viss enighet om at det er en forskjell mellom *complicity* og *aiding and abetting*. De sistnevnte dommene konkluderer med at det kreves *genocidal intent* for å kunne straffe noen for *complicity*. For å være ansvarlig for å ha *aided and abetted* til et folkemord er det tilstrekkelig at man har hatt kunnskap om hovedmannens hensikt. I en nylig avgjørelse i Milosevic-saken understreket ICTY imidlertid at uttalelsen i Krstic-saken om at det kreves *genocidal intent* for å straffe noen for *complicity in genocide* kun var et *obiter dictum* og begrenset til saken faktisk. Det var derfor ingen autoritære holdepunkter for at det var en forskjell på kravet til hensikt for *complicity* og *aiding and abetting*.<sup>183</sup> Dersom ICTY her mener at det ikke kreves *genocidal intent* for *complicity in genocide*, strider dette mot

domstolens eget syn i Krstic-saken. Det må understrekes at denne avgjørelsen ikke er en endelig dom i Milosevic-saken, og at domstolen ikke har tatt noe endelig standpunkt til dette spørsmålet.<sup>184</sup>

Også andre typer deltagelse i et folkemord kan føre til ansvar uten at man stiller krav om hensikt. Når det gjelder ansvaret for å ha deltatt i en såkalt *joint criminal enterprise*, der folkemord er et utilsiktet men forutsigbart resultat, tyder de senere avgjørelsene fra ICTY på at dette kan føre til straffeansvar selv om ikke gjerningspersonen hadde *the genocidal intent*. Men ansvaret utledes ikke fra Folkemordkonvensjonen artikkel II og III og de tilsvarende tekster. Ansvaret har hjemmel i ICC artikkel 25 eller rettspraksis, nærmere bestemt Tadic-saken. Dersom en leder eller overordnet skal stilles til ansvar for et folkemord begått av hans underordnede uten at han selv hadde *the genocidal intent*, må dette ha grunnlag i ICC artikkel 28. Dette er ikke ansett som folkemord i henhold til Folkemordkonvensjonens prinsipper.

Domstolene åpner altså mulighetene for å kunne straffe for folkemord også de som ikke har hatt den spesielle hensikt. Rettstilstanden på dette området er ikke avklart, men det kan synes som om man må skille det å finnes skyldig i medvirkning til folkemord under artikkel II og III i Folkemordkonvensjonen og de tilsvarende tekster, fra det å være strafferettslig ansvarlig etter de prinsipper som er nedfelt i ICC statuttene artikkel 25 og 28. I det førstnevnte tilfellet er kravet til hensikt preseptorisk. For å være strafferettslig ansvarlig i henhold til ICC statuttene artikkel 25, de tilsvarende bestemmelser i ad hoc-domstolenes statutter og ICC statuttene artikkel 28 holder det at man hadde kunnskap om andres *genocidal intent*.

---

<sup>183</sup> Prosecutor v. Milosevic, Trial Chamber, ICTY, *Decision on motion for judgement of acquittal*, para. 295-296

<sup>184</sup> Prosecutor v. Milosevic, Trial Chamber, ICTY, *Decision on motion for judgement of acquittal*, para. 297

## 9 Litteraturliste

### 9.1 Bøker

William A. Shabas, *Genocide in international law*, Cambridge University Press, 1.Utgave, 2000

Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 1. Utgave, 2001

Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 1.Utgave, 2003

Claire de Than, Edwin Shorts, *International Criminal Law and Human Rights*, Sweet and maxwell, 2003

### 9.2 Artikler og elektroniske dokumenter

Cecile Tournaye, *Genocidal intent before the ICTY*, I: International Comparative law Quarterly, April 2003, ICLQ 52.2, s.447

Raphael Lemkin, *Genocide as a Crime under International Law*, I: American Journal of International Law, 1947, Volume 41(1) s.145-151

Mike DeWine and John McCain *It's Happening Again*, Washington Post Op-Ed Wednesday, June 23, 2004; s. A21

Rachel S. Taylor, *Blagojevic Prosecutors' Amendment Plea*, I: The Hague (TU No. 362, 11-jun.-04)

Judith Armatta, *Guilt for genocide: how broad should it be?* I: Coalition for International Justice, 28. Juni 2004 <http://www.cij.org>

Hjemmesiden til *The center for the prevention of genocide*, <http://www.genocideprevention.org/warningsystem.htm>

Hjemmesiden til *Institute for the study of genocide* <http://isg.iags.org>

Hjemmesiden til FN, [www.un.org](http://www.un.org)

### 9.3 Konvensjoner etc.

Charter of the United Nations av 26. Juni 1945

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide av 9. Desember 1948

Rome Statute of the International Criminal Court, UN Doc. A/CONF.183/9

Statute of the International Court of Justice

Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, UN Doc.S/RES/827 (1993)

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

Vienna Convention on the Law of Treaties, (1979) 1155 UNTS 331

#### 9.4 Domregister

##### 9.4.1 ICTY

Prosecutor v Blagojevic (Case No. IT-02-60) Appeals Chamber

Prosecutor v Brdjanin (Case No. IT-99-36) Appeals Chamber, 19. Mars 2004  
(Decision)

Prosecutor v Furundzija (Case No. IT-95-17/1) Trial Chamber 10. Desember 1998

Prosecutor v Jelusic (Case No. IT-95-10) Trial Chamber 14. desember 1999, Appeals Chamber 5. Juli 2001

Prosecutor v Krstic (Case No. IT-98-33) Trial Chamber 2. August 2001, Appeals Chamber 19. April 2004

Prosecutor v Milosevic (Case No. IT-02-54) Trial Chamber 16. Juni 2004 (Decision)

Prosecutor v Sikirica (Case No. IT-95-8) Trial Chamber, 13. November 2001

Prosecutor v Tadic (Case No. IT-94-1) Trial Chamber 11. November 1999, Appeals Chamber 15. Juli 1999

##### 9.4.2 ICTR

Prosecutor v Akayesu (Case No. ICTR-96-4) Trial Chamber 2. September 1998

Prosecutor v Kayishema and Ruzindana (Case No. ICTR-95-1) Trial Chamber 21. Mai 1999

Prosecutor v Nahimana, Barayagwiza and Ngeze (Case No. ICTR) Trial Chamber 3. Desember 2003

Prosecutor v Musema (Case No. ICTR-96-13) Trial Chamber 27. Januar 2000

Prosecutor v Rutaganda (Case No. ICTR-96-3) Trial Chamber 6. Desember 1999

Prosecutor v Semanza (Case No. ICTR-) Trial Chamber 15. Mai 2003

#### 9.4.3 Andre

A-G Israel v Eichmann, (1968) 36 ILR 18 (District Court, Jerusalem)

Nürnberg-dommen av 1. Oktober 1945

## **10 Forkortelser**

AC	Appeals Chamber (Ankeinstansen i ICTR og ICTY)
GA	General Assembly (Generalforsamlingen)
ICC	International Criminal Court (Den internasjonale straffedomstolen)
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda (Den internasjonale straffedomstol for Rwanda)
ICTY	International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (Den internasjonale straffedomstol for det tidligere Jugoslavia)
ILC	International Law Commission (FNs Folkerettskommisjon)
TC	Trial Chamber (Førsteinstansen i ICTR og ICTY)
UN	United Nations



