

BARNESOLDATER

Den folkerettslige reguleringen av mindreåriges
deltagelse i væpnede konflikter

Kandidatnummer: 112

Veileder: Lucy Smith

Leveringsfrist: 1. juni 2005

Til sammen 39 932 ord

01.06.2005

"The question of children and armed conflict is an integral part of the United Nations' core responsibilities for the maintenance of international peace and security, for the advancement of human rights and for sustainable human development."

FNs Generalsekretær, Kofi Annan, i tale til Sikkerhetsrådet 26. juli 2000

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	CHINAS DAGBOK	1
1.2	TEMA	2
1.3	AVGRENSNINGER	2
<u>2</u>	<u>RETTSKILDEBILDET</u>	<u>4</u>
2.1	INNLEDNING	4
2.2	KONVENSJONER OG SEDVANERETT	5
2.3	ANDRE RELEVANTE KILDER	6
<u>3</u>	<u>BARN OG VÆPNET KONFLIKT</u>	<u>8</u>
3.1	INNLEDNING	8
3.2	BARNES STILLING I VÆPNEDE KONFLIKTER	8
3.2.1	INNLEDNING	8
3.2.2	BARNESOLDATER VERDEN RUNDT	10
3.2.3	REKRUTTERING AV BARNESOLDATER	11
3.3	JENTESOLDATER	13
3.3.1	JENTESOLDATERS SÆRSTILLING	13
<u>4</u>	<u>RETTSOMRÅDENE SOM HJEMLER FORBUDET MOT BARNESOLDATER</u>	<u>15</u>
4.1	INNLEDNING	15
4.2	MENNESKERETTIGHETER	15
4.3	INTERNASJONAL HUMANITÆRRETT	16
4.4	INTERNASJONAL STRAFFERETT I EN SÆRSTILLING	19
4.4.1	SÆRLIGE SPØRSMÅL I INTERNASJONAL STRAFFERETT	19
4.4.2	SVAKHETER VED DISIPLINEN	22
4.4.3	INTERNASJONALE STRAFFEDOMSTOLER	23
4.5	FOLKERETTENS SUBJEKTER	26
4.5.1	INNLEDNING	26
4.5.2	PLIKTSUBJEKTER	27

4.5.3	RETTIGHETSSUBJEKTER	27
4.5.4	DE ULIKE SUBJEKTSFORMENE	28
4.5.4.1	Stater og individer	28
4.5.4.2	Uavhengige frigjørings- og opprørsgrupper	30
4.5.4.3	Ikke-statlige organisasjoner	32

5 STATSANSVAR OG DET INTERNASJONALE FORBUDET MOT BRUK AV BARNESOLDATER

35

5.1	INNLEDNING	35
5.2	STATENE SOM FOLKERETTSSUBJEKTER	36
5.3	GENÈVEKONVENSJONENE	37
5.4	ILO KONVENSJONER	40
5.4.1	ILO KONVENSJON NR. 138	40
5.4.2	ILO KONVENSJON NR. 182	41
5.4.3	ILO ANBEFALING NR. 190	42
5.5	FN-KONVENSJONER	42
5.5.1	INNLEDNING	42
5.5.2	FNs BARNEKONVENSJON	43
5.5.2.1	Innledning	43
5.5.2.2	Reservasjoner og erklæringer	44
5.5.2.3	Artikkel 38 - Barn i krig	45
5.5.2.4	FNs Ekspert og Spesialrepresentant for barn og væpnede konflikter	46
5.5.2.5	Cape Town prinsippene	49
5.5.2.6	Tilleggsprotokollen om bruk av barn under atten år i væpnet konflikt	50
5.5.2.7	Tilleggsprotokollen om salg av barn, barneprostitusjon og barnepornografi	52
5.5.2.8	Mangelen på sanksjonsapparat ved krenkelser av konvensjonen	54
5.5.3	BARNEKOMITEEN	55
5.5.3.1	Innledning	55
5.5.3.2	Komiteens mandat	55
5.5.3.3	Kontrollering av statenes gjennomføring av tilleggsprotokollen om barn og væpnede konflikter	56
5.5.3.4	Den rettskildemessige verdien av komiteens uttalelser	57
5.5.4	FNs KVINNEKONVENSJON	58
5.5.4.1	Innledning	58
5.5.4.2	Kvinnekonvensjonens bakgrunn	58
5.5.4.3	Jentesoldaters beskyttelse etter Kvinnekonvensjonen	59

5.5.4.4	”tjenelige tiltak”	60
5.5.4.5	Artikkel 3 - ”hel og full utvikling og fremgang”	60
5.5.4.6	Artikkel 6 - Trafficking og prostitusjon	61
5.5.4.7	Artikkel 10 - Utdanning	61
5.5.5	FN-KOMITEENES BETYDNING I PRAKSIS	62
5.6	RESOLUSJONER FRA SIKKERHETSRADET	63
5.6.1	INNLEDNING	63
5.6.2	STATENES FORPLIKTELSER I HENHOLD TIL RESOLUSJONER FRA SIKKERHETSRADET	64
5.6.3	SIKKERHETSRADETS ROLLE I BEKJEMPELSEN MOT BARNESOLDATER	66
5.7	ANDRE KONVENSJONER	67
5.8	STATLIG ANSVAR FOR RETTSBRUDD	67
5.8.1	INNLEDNING	67
5.8.2	HVEM SOM KAN GJØRE STATSANSVAR GJELDENDE	68
5.8.3	SIVILRETTLIGE SANKSJONER	71
5.8.4	STATLIG STRAFFEANSVAR	72
5.9	BRUK AV BARNESOLDATER I VESTLIGE LAND	73
5.9.1	INNLEDNING	73
5.9.2	CADET FORCES I NEW ZEALAND	74
5.9.2.1	Innledning	74
5.9.2.2	Uttalelser fra FNs Barnekomité	74
5.9.2.3	New Zealands respons til komiteens uttalelser	75
5.9.3	MINDREÅRIGE I DET NORSKE FORSVAR	76
5.9.3.1	Innledning	76
5.9.3.2	Barnekonvensjonens tilleggsprotokoll og norsk lovgivning	77
5.9.3.3	Påkrevde lovendringer som følge av Norges internasjonale forpliktelser	80
6	<u>INDIVIDUELL STRAFFEFORFØLGNING VED BRUDD PÅ FORBUDET MOT BRUK AV BARNESOLDATER</u>	82
6.1	INNLEDNING	82
6.2	INDIVIDENES STILLING SOM ANSVARSSUBJEKTER I FOLKERETTEN	82
6.3	STRAFFBARHETSVILKÅR	83
6.4	STRAFFRIHETS- OG STRAFFRITAKSGRUNNER	84
6.5	INDIVIDUELL STRAFFEFORFØLGNING I HENHOLD TIL INTERNASJONALE KONVENSJONER	86
6.5.1	DEN INTERNASJONALE STRAFFEDOMSTOLEN	86
6.5.1.1	Romastatuttene	86
		III

6.5.1.2	Domstolens jurisdiksjonsområde	87
6.5.1.3	Bruk av barnesoldater som krigsforbrytelse	87
6.5.1.4	ICCs begrensning i tid og sted	91
6.5.1.5	ICCs bruk av andre konvensjoner	93
6.5.1.6	Adgangen til å henvise saker til ICC	95
6.5.1.7	Svikt i nasjonal straffeforfølgning	97
6.5.2	AD HOC-DOMSTOLER	98
6.5.2.1	Innledning	98
6.5.2.2	Semi-internasjonalt rettsoppgjør i Sierra Leone	99
6.5.3	NASJONAL STRAFFEFORFØLGNING ETTER GENÈVEKONVENSJONENE	103
6.6	STRAFFEANSVAR FOR SIVILE STATLIGE AKTØRER	106
6.7	STRAFFEANSVAR FOR LEDERE OG MEDLEMMER AV MILITÆRE GRUPPER	109
6.7.1	INNLEDNING	109
6.7.2	STRAFFEANSVAR FOR MEDLEMMER AV UAVHENGIGE MILITÆRE GRUPPER	109
6.7.3	STRAFFEANSVAR FOR LEDERE I STATLIGE STYRKER	110
6.8	STRAFFEFORFØLGNING OG STRAFFEANSVAR FOR BARNESOLDATER	112
6.8.1	INNLEDNING	112
6.8.2	FINNES DET EN MINSTEALDERSTANDARD FOR INTERNASJONAL STRAFFEFORFØLGNING? 114	
6.8.3	BARNESOLDATER, OFRE ELLER KRIMINELLE?	117
6.8.4	STRAFFEFORFØLGNING OG STRAFFERETTLIGE SANKSJONER TILPASSET BARN	119
6.8.5	EN UTTALELSE FRA ICC OM BARNESOLDATPROBLEMATIKKEN I UGANDA	120
7	<u>REKKEVIDDEN AV FORBUDET MOT BRUK AV BARNESOLDATER</u>	122
7.1	INNLEDNING	122
7.2	DET SEDVANERETTLIGE FORBUDET MOT BRUK AV BARNESOLDATER	122
7.3	ER FORBUDET MOT BARNESOLDATER EN UFRAVIKELIG MENNESKERETTSREGEL?	124
8	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	126
	<u>LITTERATURLISTE</u>	128

1 Innledning

1.1 Chinas dagbok

“I struggled every minute of that day not to think of where I was coming from, and where I was going too. I looked through the windows of the moving bus and I could see pain everywhere, because the gun, which had been given to me, had already done its job.

I had used it to kill my boss’s enemies, and I had blood on my hands. I was no longer a child, but a thing. When I was 14 years old, I gave birth to my son, and when I was 15 years old, I could not count how many Commanders had already used my body. When I was 18 years old, I was on the run from the army. I thought that this was the end of my existence, and I thought that I would die without ever again seeing my son.

Many Organisations say that there are more than 300.000 child soldiers, but they don’t say how many have already been killed, or how many are wandering around the World like me. I have no education, and sometimes it feels as if I have nothing to live for.

All this memories and thoughts make me feel as if I am 100 years old, but I also feel like a 6 year old kid. All of this makes me fear to think of where to begin and where to end. When thinking about my kids who have no fathers, because I got them from my commanders, I wish time to freeze. Struggling every day to freeze the day, the life, and everything. With all this thoughts and questions, I can’t even take the phone, to call my mother, or father not even my three older sisters. They are all dead.

Many thoughts and questions it is me who must answer and solve. I’m left to count the loss of my family, the loss of my childhood, and struggling to keep away the memories of my past, and the loss of my comrades. To think of my children, then I must cry. What I am I left with. The gun that had become my friend, and my twin, was left behind, and at the end, it’s the cigarettes and drugs that we feel more connected with because these two things travelled with us, and they were always there for us. I am sad that many Child soldier feels more connected to the things that doesn’t speak, while there is many people in the world.

At this moment I want to die, but because of my kids, I must live.

*Yours
China Keitetsi*

*Former Child Soldier.
Denmark”*

(Utdrag fra China Keitetsis brev, www.x-child.dk, 21. januar 2005)

1.2 Tema

Temaet for oppgaven er den folkerettslige reguleringen av mindreåriges deltagelse i væpnede konflikter. Jeg vil først og fremst se nærmere på rekruttering og bruk av barnesoldater som menneskerettsbrudd og grunnlag for internasjonal straffeforfølgning. Det vil bli gitt en fremstilling av gjeldende internasjonale rettsregler rettet mot stater og individer, og jeg vil i denne forbindelse også vurdere hvorvidt det gjelder et sedvanerettslig forbud mot bruk av barnesoldater. Videre vil jeg se nærmere på internasjonale strafferettslige reaksjoner som kan iverksettes ved krenkelse av forbudet.¹ Jeg vil legge vekt på straffeansvar for de som rekrutterer barnesoldater, men også avgjøre om barnesoldater selv kan straffes for forbrytelser de begår.

Jeg vil i tillegg gi en faktisk fremstilling av bruken av barnesoldater i dag og kommentere i hvilken grad forbudet etterlevs. De lege ferenda betraktninger vil bli gitt underveis, noe som særlig kommer frem i kapittel 6.8, hvor jeg vurderer hensiktsmessigheten av å straffeforfølge barnesoldater.

FNs Barnekonvensjon² artikkel 1 definerer ethvert menneske under atten år som et barn, med mindre nasjonal lovgivning sier noe annet. Jeg vil derfor bruke betegnelsen barnesoldat om en soldat som er under atten år.

1.3 Avgrensninger

Av hensyn til oppgavens omfang har jeg måttet foreta visse avgrensninger. Jeg vil fokusere på barnesoldatsproblematikken og utelate sivile individers rettigheter i krig. Det avgrenses derfor mot temaer som flyktningsproblematikk og familiesplittelse, barn i fangenskap, underernæring og forsømmelse av skolegang. Videre avgrenses det mot indirekte ansvar for stater som gir støtte til andre stater som bruker barnesoldater. Straffeforfølgelse av foreldre/foresatte som sender sine barn til væpnede styrker, er et annet emne det avgrenses mot. Tidligere barnesoldaters rett til integrasjon og rehabilitering etter endt soldattjeneste utelates også.

¹ Det synes å være hensiktsmessig å tale om "forbudet mot barnesoldater", selv om dette fremgår av flere internasjonale overenskomster og trolig også sedvanerett.

² Heretter kalt "Barnekonvensjonen".

Det synes å være hensiktsmessig å konsentrere seg om de internasjonale rettskildene.³ Først og fremst vil en slik fremstilling gi et mer helhetlig inntrykk av verdenssamfunnets holdning til barnesoldatproblematikken. Det var internasjonale konvensjoner som først satt forbudet mot bruk av barnesoldater på dagsordenen, og de sees derfor på som primærkilder. Flere av de aktuelle konvensjonene er ratifisert av mange stater og de står derfor meget sterkt.

³ I noen tilfelle vil imidlertid nasjonal rett behandles, se 5.9.

2 Rettskildebildet

2.1 Innledning

Ved problemstillinger knyttet til barn og internasjonale væpnede konflikter hentes kildene særlig fra menneskerettighetene, internasjonal humanitærrett og internasjonal strafferett. Slike folkerettslige kilder er derfor sentrale i denne oppgaven.

Folkerettens relevante rettskilder er presisert i statuttene for den Internasjonale Domstol i Haag (The International Court of Justice - ICJ) artikkel 38.⁴ I bestemmelsen listes rettskildene opp; konvensjoner, sedvanerett, generelle prinsipper, rettspraksis og juridisk teori. Bestemmelsen gjelder for behandling av saker i ICJ, men man har i teorien antatt at kildene i utgangspunktet også er gjeldende for andre internasjonale domstoler og menneskerettighetsorganer som tar stilling til konkrete saker eller fortolkninger av konvensjoner.⁵ Nasjonale domstoler tar også i mange sammenhenger stilling til folkerettslige spørsmål og vektlegger de samme kildene.

Fra ICJ-Statuttene ble utformet i 1945 og frem til i dag, har det skjedd mye i folkeretten og menneskerettighetene. Opplistingen i artikkel 38 gir derfor ikke et dekkende bilde av hva som anses for å være den korrekte rettskildesituasjonen i folkeretten, og bestemmelsen er derfor til en viss grad utdatert.

Jeg vil også se på norsk rett i forbindelse med adgangen til å rekruttere mindreårige til forsvaret etter Heimevernsloven og Vernepliktsloven. Her anvender jeg særlig lovtekster, forarbeider og juridisk teori som kilder.

⁴ Heretter kalt "ICJ-Statuttene".

⁵ Se Høstmælingen s. 84.

2.2 Konvensjoner og sedvanerett

Internasjonale konvensjoner som hjemler et forbud mot bruk av barnesoldater er sentrale kilder i denne fremstillingen. Hvem som anses for å være barnesoldater og hva forbudet omfatter, varierer noe fra konvensjon til konvensjon, men en gjennomgående oppfatning er at personer under atten år som deltar i krigshandlinger, anses for å være barnesoldater. Vedtektene til internasjonale domstoler er viktige kilder som vil bli brukt ved vurderingen av internasjonalt individuelt straffeansvar ved bruk av barnesoldater. Konvensjonene må tolkes nærmere for at man skal kunne avgjøre konvensjonspartenes gjensidige rettigheter og plikter.⁶ Da forbudet mot bruk av barnesoldater står i fokus, er det viktig å kunne fastslå hvilke rettigheter barnesoldater selv har etter konvensjonen, samt stater og andre aktørers plikter. Konkrete rettskildemessige problemstillinger vil bli tatt opp underveis ved behandlingen av de enkelte internasjonale overenskomstene.

Wienkonvensjonen om traktatretten artikkel 31-33 er utgangspunktet for tolkning av internasjonale konvensjoner.⁷ Etter artikkel 31 (1) skal man ta utgangspunkt i ordlyden og tolke denne i lys av konvensjonens kontekst og formål. Dette er et utslag av generelle avtaleprinsipper og suverenitetsprinsippet som sier at statene i utgangspunktet ikke kan binde seg lenger enn det de eksplisitt har samtykket i.⁸ Bestemmelsens tredje ledd gir anvisning på at etterfølgende avtaler og praksis mellom partene, samt andre folkerettsregler som er bindende for konvensjonspartene, skal også vektlegges i tolkningen. Etter artikkel 32 er det også tillatt å anvende konvensjonsforarbeider der konvensjonsteksten er uklar, eller når tolkningen leder til et absurd eller urimelig resultat. Bestemmelsene om traktattolkning i Wienkonvensjonen er ikke utømmende og andre tolkningsprinsipper kan derfor være relevante.⁹

Sedvanerett er av stor betydning i folkeretten. Som det vil fremkomme, har enkelte konvensjonsbestemmelser utviklet seg til å gjelde som sedvanerett, hvorav noen av disse har stor relevans i denne fremstillingen. Siden utformingen av ICJ-Statuttene er det blitt gjort plass for nye relevante kilder. Forarbeider til konvensjoner, særlig

⁶ Se Ruud, Ulfstein, s. 69.

⁷ The Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969.

⁸ Se Ruud, Ulfstein og Fauchald, s. 57.

⁹ Se Ruud, Ulfstein, s. 69.

referater fra møter om konvensjonsutforming og utkast til konvensjoner, sees i dag på som viktige rettskilder og vil derfor bli anvendt i denne fremstillingen.

2.3 Andre relevante kilder

Alminnelige rettsgrunnsetninger som er utbredt i statenes nasjonale rettssystemer, har i lang tid vært ansett som primærkilder i folkeretten. Slike prinsipper er ikke så sentrale lenger og har ikke en viktig plass i denne oppgaven. Når det gjelder domstolsavgjørelser vil de alltid være relevante, men de har kun subsidiær betydning i folkeretten.¹⁰ Med dette menes det at domstolsavgjørelser eller avgjørelser fra andre folkerettslige organer ikke gjelder som prejudikater i senere saker.¹¹ I denne oppgaven er internasjonale domstolsavgjørelser om straffeforfølgning av personer som har rekruttert barnesoldater spesielt relevante. Omfanget av avgjørelser som omhandler barnesoldatproblematikken er begrenset, men dette er i ferd med å snu, og det forventes at flere saker vil komme opp for internasjonale domstoler i fremtiden.

Juridisk teori spiller mindre rolle som rettskilde i folkeretten i dag enn tidligere. Ettersom juridiske oppfatninger ofte varierer fra forfatter til forfatter, kan de ikke alltid tillegges stor vekt. I ICJs majoritetsavgjørelser vises det sjelden til juridisk litteratur, men det er ikke dermed sagt at teori ikke har relevans for domstolen. Bakgrunnen for at det ofte ikke vises til teori i majoritetsavgjørelser kan være behovet for konsensus og at det kan være problematisk å vise til enkeltforfattere.¹² I enkeltdommeres uttalelser og prosesskrift vises det for øvrig ofte til teori. I denne fremstillingen er juridisk teori viktig for forståelsen og vurderingen av konvensjonene. Annet teoretisk materiale, som samfunnsvitenskaplige og antropologiske artikler, er også av interesse for å belyse barnesoldatproblematikken.

Utsagn og avgjørelser fra mellomstatlige fora kan som nevnt tillegges vekt av internasjonale domstoler. Eksempler på utsagn fra slike fora er resolusjoner fra FNs Sikkerhetsråd¹³ samt General Comments og Recommendations fra ulike FN-komiteer.

¹⁰ Se 4.4.1 for nærmere redegjørelse for internasjonale domstolsavgjørelsers stilling i folkeretten.

¹¹ Se Ruud, Ulfstein, s. 58.

¹² Se Ruud, Ulfstein, s. 60.

¹³ Heretter kalt "Sikkerhetsrådet" eller "Rådet". Se for øvrig 5.6.2.

Komiteenes utsagn er ikke folkerettslig forpliktende, men de har likevel rettskildemessig verdi. FNs Generalsekretær er et eksempel på et organ som kan avgjøre folkerettsspørsmål mellom stater. Dette ble blant annet gjort i Rainbow Warrior-saken mellom Frankrike og New Zealand.¹⁴

Endelig vil rimelighetsbetraktninger, eller reelle hensyn som de omtales som i norsk rett, vektlegges underveis i oppgaven. Folkerettslige organer og domstoler pleier ikke å presisere at slike hensyn vektlegges, men dette har likevel blitt gjort i flere avgjørelser. Et eksempel finner vi i Erdemović-avgjørelsen fra krigsforbryterdomstolen for det tidligere Jugoslavia hvor flertallet la avgjørende vekt på slike vurderinger.¹⁵ Rimelighetsbetraktninger anses for å være en rettskilde i folkeretten fordi rasjonelle betraktninger om hva som er en god rettsregel er svært viktig i juridiske vurderinger. Slike hensyn vil typisk være rettferdighets- og konsekvensbetraktninger.

¹⁴ Rainbow Warrior-saken, 26 ILM 1346(1987).

¹⁵ Erdemović (Appeal), 7. oktober 1997, ICTY. Se også Corfu Channel - Storbritannia v. Albania, 15. desember 1949, ICJ.

3 Barn og væpnet konflikt

3.1 Innledning

Barn og voksne er utstyrt med de samme grunnleggende menneskerettighetene. Barns særrettigheter omfatter blant annet de grunnleggende rettigheter til mat, hjem og helse. Videre har barn rett til utvikling gjennom lek og utdanning, samt rett til vern mot alle former for overgrep, utnyttelse og omsorgssvikt.¹⁶ Når barn blir barnesoldater mister de sine rettigheter som sivile, men den særegne beskyttelsen de har i kraft av å være barn, beholde de. For å verne om barn spesielt, har man utarbeidet diverse nasjonale lover og internasjonale konvensjoner. FNs Barnekonvensjon er den mest vidtfavnende og kjente konvensjonen som beskytter barn, og er blant annet av denne grunn helt sentral i denne oppgaven.¹⁷

3.2 Barns stilling i væpnede konflikter

3.2.1 Innledning

Barn og væpnet konflikt er et tema som har vært aktuelt i mange år, men det er først i de senere år det har vært et økende fokus på problemet. Barn har aldri vært med på å starte kriger. Tradisjonelt har heller ikke barn deltatt i krigshandlinger, men vært sivile ofre i væpnede konflikter. Dette har imidlertid forandret seg de siste tiårene ettersom det har blitt vanligere å bruke barne soldater. Å bruke barnesoldater er et klart brudd på menneskerettighetene og en rekke nasjonale lover. Barnesoldatfenomenet er imidlertid bare ett av menneskerettsbruddene som blir begått mot barn i væpnede konflikter. Når barn opplever krig, skjer det en rekke andre krenkelser av menneskerettighetene, som forsømt skolegang, familieatskillelse, tortur og sult. Jeg vil i denne oppgaven

¹⁶ Se for eksempel Barnekonvensjonene artikkel 19 – Forebygging av misbruk.

¹⁷ Kapittel 3.2-3.3.1 er blant annet basert på Janne Margrethe Gillesens innlegg "Små barn, store våpen", Kritisk Juss nr. 4, 2004 (30).

hovedsakelig se på bruken av barnesoldater og hvilke menneskerettsbrudd dette i seg selv medfører.

I de ødeleggende væpnede konfliktene som har pågått verden over har barn i økende grad blitt utsatt for vold, både som tilfeldige ofre og ved å ha blitt tvunget til å opptre som gjerningsmenn. Nesten halvparten av verdens 21 millioner flyktninger er barn, i tillegg er det antatt at tretten millioner barn blir forflyttet innad i landene sine i krigssituasjoner. I gjennomsnitt er det blitt drept 365 barn i krig hver eneste dag de siste femten årene. I årene 1980 til 1995 ble det eksempelvis drept ca. to millioner barn i krig.¹⁸ På bakgrunn av dette blir barn ofte omtalt som krigens uskyldige ofre.

I krigssituasjoner blir barns rettigheter utsatt for krenkelser i større grad enn ellers. Det er gjort undersøkelser som tar for seg de psykiske skadene barnesoldater påføres i væpnede konflikter.¹⁹ Å bli påført slike skader strider mot barns rett til vern mot alle former for overgrep.²⁰ Selv om humanitærretten og menneskerettighetene skal virke beskyttende i krigssituasjoner, er skadene og krenkelsene barn blir utsatt for i disse situasjonene så store at barn har et svakere vern i krig enn i fredstid. Som følge av skadene barn gjennom tidene har blitt påført i krig, både som sivile og soldater, søker man stadig å bygge ut det internasjonale regelverket for å gi en bedre beskyttelse for barn i væpnede konflikter.

Det er mange stater som har tiltrådt flere av konvensjonene som forbyr bruk av barnesoldater.²¹ Likevel ser vi at det stadig gjøres brudd på statenes internasjonale forpliktelser etter konvensjonene. Implementeringen er med andre ord ikke så god som den burde være. Årsakene til dette kan være mange. Sannsynligvis spiller det en stor rolle at mange av de militære gruppene som rekrutterer barnesoldater er uavhengige opprørs- og geriljagrupper som verken respekterer statenes nasjonale regelverk eller

¹⁸ Se <http://www.unicef.no/default.asp?did=234>, 8. oktober 2004.

¹⁹ Se for eksempel "Children: The invisible soldiers", Rachel Brett and Margaret McCallin, Rädda Barnen, Stockholm, 1996.

²⁰ Jfr. Barnekonvensjonen artikkel 19.

²¹ To eksempler på konvensjoner med stor oppslutning er Barnekonvensjonene som er tiltrådt av 192 stater og Tilleggsprotokollen om bruk av barn under atten år i væpnet konflikt som 117 stater har signert 88 har ratifisert.

internasjonale forpliktelser. Også statlige armeer rekrutterer barn, og det kan synes uforståelig at stater som selv har forpliktet seg til å ikke bruke barnesoldater faktisk gjør dette. En annen årsak til den utbredte bruken av barnesoldater kan være at håndhevingsapparatet for brudd på folkerettslige forpliktelser tradisjonelt har vært svakt utbygget. Ved at det ikke har vært tradisjon for å håndheve brudd på folkerettslige regler, og således ikke krenkelser av forbudet mot barnesoldater, har det manglet et avskrekkende element i folkeretten. Militære ledere har rekruttert barn til sine tropper i den tro at verdenssamfunnet ikke vil bry seg. Det har imidlertid skjedd en forandring på dette området de siste ti – tjue årene. Søkelyset har stadig vært rettet mot ivaretagelsen av menneskerettigheter, og ved opprettelsen av internasjonale straffedomstoler har det internasjonale straffeforfølgingsinstituttet en sterkere rolle i dag enn noen sinne. Enkelte av straffedomstolene har også behandlet saker hvor det er involvert barnesoldater, og man har ikke akseptert denne type menneskerettskrenkelse.²²

3.2.2 Barnesoldater verden rundt

I dag antar man det er ca. 300 000 barnesoldater som deltar i mer enn 40 væpnede konflikter i ulike land verden over.²³ Av disse regner man med at 100 000 er å finne i de afrikanske landene. Tallet på antall barnesoldater er imidlertid omstridt, da det fra ulike hold hevdes at antallet på barnesoldater både har økt og sunket de siste årene.

Bakgrunnen for en eventuell nedgang i antallet begrunnes i at flere land har forbudt bruk av barnesoldater de senere år, samt at en del interne konflikter har roet seg.

Motsetningsvis hevdes tallet å ha økt fordi stadig flere barn rekrutteres ufrivillig. Dette gjelder særlig i de afrikanske landene hvor barn blir utsatt for kidnapping av militære grupper for å tjene som soldat.

I de afrikanske borgerkrigene finnes det et stort antall barn som er soldater, men bruken av barnesoldater skjer også andre steder i verden. Dette gjelder særlig deler av Asia og Sør-Amerika. Land som Colombia og Burma er noen av landene fra disse regionene hvor det finnes barnesoldater. I Afrika kan Liberia, Kongo og Rwanda trekkes frem som eksempler. Bakgrunnen for at omfanget av barnesoldater er så stort, er at det koster

²² Se nærmere kapittel 6.

²³ FNs Spesialrapportør for barn og væpnedes konflikters rapport, februar 2005.

minimalt å bruke barn, samtidig som at de adlyder ordre voksne ville ha nektet. Barnesoldater finnes i både statlige armeer og i uavhengige gerilja- og opposisjonsstyrker. Bare i Uganda regner man med at opposisjonsstyrken The Lord's Resistance Army (Herrens frigjøringshær - LRA) har kidnappet mer enn 20 000 barn for å bruke dem i sin krigføring. Det antas at 10 000 av disse er rekruttert siden midten av 2002.²⁴ Videre antas det at mellom 20 og 70 prosent av soldatene i krigen i Liberia er barn. Det er svært sjelden at barnesoldatproblematikken dukker opp i de vestlige landene, men den har også blitt trukket frem her.²⁵

I noen stater har det vært utvist motstand i forhold til betegnelsen *barnesoldater*. Dette kommer av at enkelte stater ikke ser personer under atten år som barn. De har enten satt en lavere myndighetsalder, eller anser barn for å være voksne fra de for eksempel er tolv år gamle.²⁶ Å ta tale om et forbud mot å bruke barnesoldater fører til at en rekke personer faller utenfor definisjonen i disse statene. Man har derfor forsøkt å anvende termen "under-age soldiers", eller mindreårige soldater, for å klargjøre attenårsgrensen. Barnesoldat er imidlertid den vanligste termen som anvendes i dag og brukes derfor i denne fremstillingen.

3.2.3 Rekruttering av barnesoldater

I dette avsnittet vil jeg gi en faktisk fremstilling av de ulike måtene barnesoldater blir rekruttert på. I neste avsnitt gis det en nærmere fremstilling av jentesoldaters spesielle stilling. Jeg mener det er hensiktsmessig å gi en faktisk beskrivelse av problemet for å få frem et mer helhetlig perspektiv. Jeg mener det også er viktig å få frem faktiske aspekter knyttet til barnesoldatproblematikken for å gi en bedre oversikt av de aktuelle folkerettslige reglene og implementeringsproblematikken.

Rekruttering av barnesoldater skjer både frivillig og ufrivillig. Det er ikke uvanlig at barn kidnappes fra hjemmene sine for å bli brukt som soldater. I Uganda har vi sett at

²⁴ Se Global Report on Child Soldiers, - Africa Regional Overview, Global Coalition to Stop the Use of Child Soldiers, November 2004.

²⁵ Se kapittel 5.9.

²⁶ Det er særlig afrikanske land som anser barn for å være voksne før de fyller atten år.

barn har engstet seg for å sove hjemme i frykt for å bli kidnappet av LRA. Av den grunn har mange barn tilbrakt nettene borte fra landsbyhjemmene sine og gjemt seg i byene. Når det gjelder den frivillige rekrutteringen er denne som oftest basert på løfter om mat, penger og beskyttelse. Andre verver seg av politiske, kulturelle eller sosiale grunner. Et eksempel på en sosial grunn er gruppepress fra lokalsamfunn. Mesteparten av rekrutteringen skjer faktisk frivillig, noe man ikke skulle tro når man vet hvilke grusomme forhold barnesoldater blir utsatt for. Dette er imidlertid ikke barna klar over når de verver seg.

Når barna kommer til leirene får de opplæring i våpenbruk og krigføring. Ofte blir de ferske soldatene tvunget til å angripe sine egne lokalsamfunn, hvor de må skade eller drepe familie og venner. Dette praktiseres for at soldatene skal svike sine egne, slik at de ikke har noe å rømme tilbake til. På samme måte tvinges barnesoldatene til å henrette andre soldater som har forsøkt å rømme fra leiren, noe som skal skremme dem fra å gjøre det samme. Barnesoldatene blir også brukt som kokker, vakter, budbringere og spioner. Det er også vanlig at de sendes ut i minfearlige områder. I denne forbindelse kan det nevnes at mellom åtte og ti tusen barn er ofre for landminer hvert eneste år.²⁷

Disiplin står meget sentralt i soldatgruppene. De unge soldatene trenes hardt og lærer at de må respektere lederne sine. Gjør de opprør vet de at de vil bli straffet meget strengt. Det er nok derfor man ser at så mange grusomme handlinger blir begått av barnesoldater, de har rett og slett intet annet valg enn å lystre ordre. Det finnes flere tilfeller hvor tidligere barnesoldater senere har blitt ledere i de ulike armeene og opprørsgruppene. Dette er tydelig et resultat av indoktrineringen kommandantene bevisst utfører. Soldatgruppen blir barnas familie, de glemmer etter hvert at det finnes en annen måte å leve på. I leirene er det svært vanlig at kommandantene forsyner barna med alkohol og narkotika. Misbruket fører gjerne til avhengighet, slik at barna ikke ønsker å rømme. Etter hvert føler de at den eneste flukt fra verdenen de lever i kan skje ved å dope seg.

Påkjenningene barnesoldater opplever er store og det har vist seg at svært mange tidligere barnesoldater sliter med både fysiske og psykiske plager. De fysiske skadene

²⁷ Se http://www.nrc.no/barn_paa_flukt_fra_krig/s7.htm.

skyldes i de fleste tilfellene at barna har måttet bære tunge våpen, slik at rygg og skuldre er blitt skadet. Mishandling er en annen årsak. Barna blir også gjerne brukt til å legge ut og fjerne miner, noe som ofte fører til hørsels- og synsskader og lemlesting. HIV/AIDS og andre seksuelt overførbare sykdommer er eksempler på sykdommer som ofte forekommer blant barnesoldater.

3.3 Jentesoldater

3.3.1 Jentesoldaters særstilling

Jenter har i økende grad blitt anvendt som barnesoldater de siste årene. Dessverre er det som ved bruken av barnesoldater generelt, altfor liten fokusering på problemet.

Tradisjonelt har jentene ikke deltatt i kamphandlinger, men bistått i leirene på andre måter som ved matlaging og stell etc. Likevel er det vanlig å også omtale disse som soldater.²⁸ En fersk studie viser imidlertid at jentene deltar i kamp i større grad enn man har antatt tidligere.²⁹ I en rapport utferdiget av det britiske Redd Barna i 2005 er det blant annet fastslått at ca. 6 500 jentesoldater er bortført av LRA, i Den demokratiske republikken Kongo er det anslått at 12 000 jenter deltar i væpnende konflikter og på Sri Lanka anslås tallet på jentesoldater for å være 21 500.³⁰

Jentesoldater står i en egen stilling da det som regel begås flere menneskerettsbrudd overfor dem enn overfor guttene. Bakgrunnen for dette er at jenter svært ofte blir tvunget til å opptre som ”konene” til kommandantene i tillegg til den vanlige soldattjenesten de må utføre. Hvor lenge dette har vært en del av jentesoldatenes rolle er uklart, men mye tyder på at det i lang tid har vært tradisjon blant militærlederne å utnytte jentene i leirene seksuelt. Som følge av voldtekt og sexslaveri blir jentene ofte smittet av seksuelt overførbare sykdommer som HIV/AIDS. Volden jentene utsettes for som barnesoldater fører også ofte til at de får svært alvorlige traumer og andre problemer i ettertid. Opplevelsene de har hatt som barnesoldater fører dessverre også ofte til at de er motvillige til å søke medisinsk hjelp og psykologisk bistand. Jentene

²⁸ Jfr. Cape Town Prinsippene, se 5.5.2.5.

²⁹ Where are the girls? By Susan and Dyan Mazurana, 2004.

³⁰ Se Save the Children UK. Forgotten Casualties of War - Girls in armed conflict.

som blir tatt inn som kommandantenes koner, blir ofte gravide, og de får ingen spesialbehandling i leirene av den grunn. Mangelen på medisinsk ekspertise i soldatgruppene er stor og barnesoldatene lider ofte under dette.

Den seksuelle utnyttelsen av jentene i militærleirene fører til at de har behov for en annen rehabiliteringsprosess enn gutter, slik at de kan komme tilbake til et normalt liv etter å ha tjent som barnesoldat. Problematikken vedrørende å komme tilbake til et normalt liv gjelder også for guttesoldater, men man har sett at jenter har større problemer med å vende tilbake til sin familie, landsby og lokalsamfunn. Bakgrunnen for dette er at det har vært en tendens til å utstøte jentene som har blitt seksuelt utnyttet. Som følge av dette kan det være vanskelig for tidligere jentesoldater å bli gift, noe som igjen kan føre til at de ikke blir akseptert av sine nærmeste og sitt lokalsamfunn.

Ved mange rehabiliteringssentre tar tidligere barnesoldater med seg våpenet sitt som "bevis" på at de har vært barnesoldater når de melder seg. Dette er en årsak til at jentene ikke henvender seg til rehabiliteringssentre. I og med at de ofte kun har blitt brukt som tjenere og "koner" har mange aldri vært utstyrt med våpen. Jentene ser derfor ikke på seg selv som tidligere soldater og kvier seg for å oppsøke rehabiliteringssentrene. Det finnes imidlertid rehabiliteringsprogrammer som fokuserer spesielt på å reintegrere jentene i sine lokalsamfunn, og mange steder har slike programmer vært svært vellykket. Stadig flere jenter som har tjent som barnesoldater klarer derfor å komme tilbake til et tilnærmet normalt liv.

4 Rettsområdene som hjemler forbudet mot barnesoldater

4.1 Innledning

Utgangspunktet for oppgaven er menneskerettigheter og humanitærrettslige regler som er gjeldende både for stater og individer. Det sentrale skillet mellom internasjonale menneskerettigheter og humanitærretten er at menneskerettighetene gjelder universalt, det vil si for alle, uansett sted og tid. Humanitærretten omtales derimot som krigens folkerett og gjelder bare i væpnede konflikter. I og med at barnesoldater brukes både i krig og krigsforberedende situasjoner er begge disiplinene sentrale. Det er imidlertid internasjonale strafferettslige bestemmelser som gir det mest praktiske vernet mot bruk av barnesoldater, i og med at de pålegger et individuelt straffeansvar ved krenkelse av forbudet.

4.2 Menneskerettigheter

Menneskerettigheter er rettigheter en har i kraft av å være menneske, uansett hvor man kommer fra, hvor man bor eller når man lever. Menneskerettigheter har som nevnt en universell stilling, men her finnes det enkelte unntak.³¹ I utgangspunktet hørte menneskerettighetene til i nasjonal rett fordi de verner om overgrep fra myndighetene, men ettersom ikke alle stater har klart å gjennomføre et slikt vern, har menneskerettighetene fått en plass i folkeretten.³² Om alle menneskerettigheter er å regne som folkerettslig sedvanerett er uklart, men sannsynligvis har visse grunnleggende menneskerettigheter som for eksempel forbrytelser mot menneskeheten, en slik stilling.³³

³¹ Se 7.3.

³² Ruud, Ulfstein, s. 191.

³³ Se kapittel 4.4.3.

Forbudet mot bruk av barnesoldater følger av flere menneskerettskonvensjoner, men det har vært uklart hvorvidt forbudet har sedvanerettslig rang.³⁴ Ettersom kontrollorganene i folkeretten er svakt utbygget, kan en spørre seg hva et internasjonalt forbud, hjemlet i en konvensjon eller i kraft av å være sedvanerett, egentlig har å si. Jeg kommer tilbake til spørsmålet i kapittel 5 og 7.

4.3 Internasjonal humanitærrett

Humanitærrett, eller krigens folkerett, er betegnelsen på det internasjonale regelsettet som gjelder i krigssituasjoner som tar sikte på å regulere krigføringen.³⁵ Betegnelsen krig kan i noen tilfelle være misvisende, da den tradisjonelle definisjonen av krig er ”bruk av våpenmakt i konflikter mellom stater”. I folkerettslig forstand kan det også være tale om krig mellom to stater uten at det foregår kamphandlinger. Et eksempel på dette kan være når det er inngått våpenhvile, men det ikke er skjedd noen formell fredsslutning.³⁶ Humanitærretten vil også gjelde i slike situasjoner ettersom kampene ikke er avsluttet for godt.³⁷

I den senere tid er det blitt mer vanlig å tale om ”væpnede konflikter” og man har unngått å bruke krigsbegrepet. Blant annet er dette gjort i Genèvekonvensjonene felles artikkel 2,³⁸ hvor konvensjonenes anvendelsesområde er tillagt ved ”erklært krig eller enhver annen væpnet konflikt”. Selv om Genève-reglene får anvendelse i alle væpnede konflikter kan man imidlertid ikke utlede et prinsipp om at alle humanitærrettslige regler gjelder i alle typer væpnede konflikter. Den aktuelle konvensjon vil presisere hvilke typer konflikter den får anvendelse i, og man unngår da problematikken vedrørende hva som legges i krigsbegrepet.

³⁴ Se kapittel 7.2.

³⁵ Ruud, Ulfstein, s. 259.

³⁶ Se Gisle, s. 159.

³⁷ Se I. Genèvekonvensjon artikkel 15 (2).

³⁸ Det er vanlig å tale om ”felles artikler” i forhold til Genèvekonvensjonene da flere av bestemmelsene i de ulike konvensjonene er like. Felles artikkel 2 er for eksempel å finne som artikkel 2 i alle de fire konvensjonene.

Krigsforbrytelser er alvorlige krenkelser av skrevne eller uskrevne humanitærrettslige regler.³⁹ Det finnes to gjeldende regelsett for krigføring. Det ene gjelder for selve krigføringen og omtales gjerne som Haagreglene.⁴⁰ Haagreglene regulerer kamphandlinger mellom de stridende parter og tar særlig sikte på å regulere våpenbruk og måten kamphandlinger skal foregå. Haagreglene inneholder ingen bestemmelser som regulerer bruken av barnesoldater og reglene er derfor av mindre interesse i denne fremstillingen. Den andre gruppen er humanitærrettslige regler som beskytter ofre i krig og kalles gjerne for Genève-reglene.⁴¹ Regelsettene er en videreutvikling av et grunnleggende prinsipp i humanitærretten som går ut på at de krigførende parter ikke skal påføre hverandre større skade enn hva som er nødvendig for å ødelegge fiendens militære styrke.⁴²

Det er særlig Genève-reglene som er relevante i forhold til bruken av barnesoldater. Genève-reglene beskytter krigens ofre, de sivile og sårede, og man kan da spørre seg hvorfor bruken av en type soldater reguleres. Begrunnelsen er at bruk av barnesoldater er grove krenkelser av barns rettigheter og man har derfor søkt å også begrense dette i disse konvensjonene. Jeg kommer tilbake til de relevante bestemmelsene i Genèvekonvensjonene om bruk av barnesoldater i kapittel 5.

Bruk av barnesoldater foregår oftest i interne konflikter. Barnesoldater blir også brukt i konflikter mellom stater, men bruken er ikke like hyppig som i borgerkrigene. At bruken av barnesoldater er såpass utbredt i interne konflikter, kan være et resultat av at denne konflikttypen preges av primitiv og brutal krigføring i enda større grad enn konflikter mellom stater. Interne konflikter omfatter både tradisjonelle borgerkriger og kolonikonflikter. I dag er ikke kolonikriger et sentralt problem, og i det følgende er begrepet interne konflikter begrenset til tradisjonelle borgerkriger. I borgerkriger er statens egen nasjonale rett gjeldende i utgangspunktet. Det har imidlertid vist seg at en del stater ikke har vært i stand til å ivareta sine borgers rettigheter, og at rettssystemet

³⁹ Se Cassese, s. 47.

⁴⁰ Sett av flere konvensjoner hvor ovenkomsten (med reglement) om landkrigens lover og sedvaner av 18. oktober 1907 (IV Haagkonvensjonen), er den mest sentrale.

⁴¹ Genèvekonvensjonene av 1949 med tilleggsprotokollene av 1977.

⁴² Se Ruud, s. 59.

deres ikke har egnet seg til å regulere forbrytelser i interne konflikter. Av denne grunn har det vært behov for internasjonal regulering for intern krigføring og bestemmelser om internasjonal straffeforfølgning i interne konflikter.

Folkeretten gjelder rettsforholdet mellom stater,⁴³ og det tradisjonelle synspunkt har vært at folkeretten ikke har betydning for interne konflikter. Dette samsvarer også med suverenitetsprinsippet som går ut på at stater ikke skal blande seg inn i andre staters interne anliggender. Humanitærretten, som utgjør en del av folkeretten, har tradisjonelt vært omtalt som den *internasjonale* humanitærretten, en betegnelse som taler for at denne rettsdisiplinen også kun gjelder i internasjonale konflikter og ikke i lokale borgerkriger. Det er imidlertid klart at grunnleggende deler av humanitærretten også gjelder i interne konflikter. Dette følger av felles artikkel 3 i Genèvekonvensjonene som presiserer hva partene under enhver omstendighet må rette seg etter i interne konflikter. Bestemmelsen verner om sivilbefolkningen, soldater som har overgitt seg, syke og sårede. Barnesoldater omfattes ikke i gruppen av de vernede personer i artikkelen, men forbudet mot bruk av barnesoldater er til gjengjeld presisert i II. Tilleggsprotokoll om beskyttelsen av ofre for ikke-internasjonale væpnede konflikter artikkel 4.⁴⁴ I en sak fra domstolen for det tidligere Jugoslavia ble det for øvrig akseptert at alvorlige overtredelser av uskreven rett eller gjeldende traktatrett for interne konflikter, også måtte sees på som brudd på krigens folkerett.⁴⁵

Ved utformingen av Genèvekonvensjonene ble det ytret et ønske om at konvensjonene fullt og helt skulle gjelde både i internasjonale og interne, nasjonale konflikter. Dette forslaget ble for vanskelig å imøtekomme, sannsynligvis på grunn av mange staters frykt for å overgi myndighet for nasjonale anliggender til overnasjonal styring. Man endte derfor opp med felles artikkel 3 i konvensjonene av 1949. Først i 1977 kom man frem til Tilleggsprotokoll nr. II som regulerer ikke-internasjonale konflikter.

⁴³ Se Gisle, s. 85.

⁴⁴ Jfr. Tilleggsprotokoll til Genève-konvensjonene av 12. august 1949 hva angår beskyttelsen av ofre for ikke-internasjonale væpnede konflikter. (Protokoll II).

⁴⁵ Jfr. Tadic, Decision on the defence motion on jurisdiction, Case No. IT-94-1-T, Trial Chamber II, 10. august 1995, ICTY.

4.4 Internasjonal strafferett i en særstilling

4.4.1 Særlige spørsmål i internasjonal strafferett

Internasjonal strafferett omfatter de materielle og prosessuelle bestemmelsene om straffeforfølgning av internasjonale forbrytelser. Disiplinen har fått en styrket stilling de siste årene på grunn av opprettelsen av internasjonale domstoler. I den videre fremstillingen er internasjonal strafferett relevant i forbindelse med straffeforfølgning og straffeansvar for personer som har rekruttert barnesoldater, samt for spørsmålet om straffeforfølgning av tidligere barnesoldater. De ulike konvensjonene som har etablert ad hoc-domstoler, som spesialdomstolen i Sierra Leone, samt vedtektene til den permanente internasjonale straffedomstolen,⁴⁶ er sentrale.

Vedtektene til den internasjonale straffedomstolen ("Romastatuttene") artikkel 21 inneholder en uttømmende oppregning over de relevante rettskildene ICC kan anvende.⁴⁷ Da Romastatuttene i stor grad kodifiserer gjeldende rett, gir artikkel 21 sannsynligvis en oversikt over rettskildebildet i internasjonal strafferett generelt.⁴⁸ Bestemmelsen har av denne grunn betydning utenfor ICCs virkeområde.⁴⁹

Det følger av bestemmelsen at konvensjoner og sedvanerett er relevante kilder i internasjonal strafferett.⁵⁰ Sedvanerettens viktige betydning er også stadfestet i rettspraksis fra internasjonale ad hoc-domstoler.⁵¹ Sedvanerettens sterke stilling i internasjonal strafferett kan synes problematisk i og med legalitetsprinsippet (lovskravets) sterke stilling vi kjenner fra nasjonal rett. Legalitetsprinsippet har imidlertid ikke overordnet rang i internasjonal strafferett. Bakgrunnen for at man ikke har kunnet gi lovskravet avgjørende betydning i internasjonal strafferett, er mangelen på skriftlige rettskilder. At sedvanen gir uttrykk for hva statene oppfatter som gjeldende

⁴⁶ The International Criminal Court, omtales heretter som "ICC".

⁴⁷ Per 26. mai 2005 har 139 stater signert og 99 stater ratifisert Romastatuttene.

⁴⁸ Se Cassese, s. 26.

⁴⁹ ICC vil i fremtiden for øvrig uansett føre rettsforfølgning i mange internasjonale strafferettssaker.

⁵⁰ Jfr. punkt (b).

⁵¹ Se for eksempel Furundžija, Case No. IT-95-17/1-T. Trial Chamber II, 10. desember 1998, ICTY.

rett (*opinio juris*) spiller også inn. Det er derfor anerkjent at sedvanerett og generelle prinsipper har en sterk stilling i internasjonal strafferett.

Sedvanerett kan klargjøre innholdet i konvensjonsbestemmelser eller utfylle hull i bestemmelsene.⁵² Gjeldende sedvanerett må altså knyttes opp mot konvensjonsbestemmelser, men sannsynligvis stilles det ikke strenge krav utover dette. I praksis kan en derfor bli dømt for en folkerettslig forbrytelse som ikke kan leses bokstavelig ut av en konvensjon eller annen skriftlig regulering. I nasjonal rett ville dette ikke blitt akseptert, men som nevnt er det klart at det gjelder et unntak fra legalitetsprinsippetets sterke stilling i internasjonal strafferett. I forhold til forbudet mot bruk av barnesoldater er dette meget relevant ettersom gjeldende konvensjonsbestemmelser på området ofte ikke er utdypende nok, og man har derfor måttet se på statspraksis for å avgjøre rekkevidden av forbudsbestemmelsene.

Etter Romastatuttene artikkel 21 er også regler satt ned av folkerettslige organer, som bindende vedtak fattet av FNs Sikkerhetsråd, relevante kilder.⁵³ Endelig kan folkerettslige prinsipper utfylle de ovennevnte kilder ved behov. Det følger også av bestemmelsen at folkerettslige prinsipper, som legalitetsprinsippet og uskyldspresumsjonen, er relevant i internasjonal strafferett, men som nevnt kan de ikke ha avgjørende betydning.⁵⁴ Innføringen av de generelle prinsippene er skjedd gradvis gjennom en overføring fra nasjonale rettssystemer. Statenes nasjonale rettssystemer har gjennom tidene utviklet seg side ved side og man har etter hvert kommet frem til prinsipper som er gjeldende i ulike lands rettssystemer. Igjen har prinsippene fått en plass i folkeretten.⁵⁵ De grunnleggende prinsippene i internasjonal strafferett har vært gjeldende som uskreven rett i lang tid, og det er derfor nærliggende å anse dem for å ha sedvanerettslig rang. På grunn av prinsippenes anerkjennelse både i nasjonale rettssystemer og folkeretten er de sannsynligvis å regne som *jus cogens*.⁵⁶ At generelle

⁵² Se Cassese, s. 28.

⁵³ Se 5.6.2.

⁵⁴ Jfr. Romastatuttene artikkel 21 (1.)b).

⁵⁵ Se Cassese, s. 31.

⁵⁶ *Jus cogens* er grunnleggende preseptoriske rettsregler i folkeretten. Se Wienkonvensjonen artikkel 53.

prinsipper har relevans som rettskilder i folkeretten fremgår for øvrig av ICJ-Statuttene.⁵⁷

I tillegg til at Romastatuttene anerkjenner generelle prinsippers stilling som rettskildefaktor i folkeretten, har de internasjonale domstolene også fastslått at det gjelder generelle prinsipper til gunst for tiltalte i internasjonal strafferett. I mange tilfeller har domstolene anvendt slike prinsipper i sine avgjørelser.⁵⁸ Et grunnleggende prinsipp i internasjonal strafferett går ut på at ingen skal bli holdt ansvarlig for en handling han ikke har begått, eller for et oppdrag han ikke har vært involvert i eller for en unnlattelse som ikke kan relateres til han.⁵⁹ Prinsippet ble blant annet konstatert i Tadic-saken for Jugoslaviadomstolen. Et generelt juridisk prinsipp som står sentralt i denne oppgaven er prinsippet om at rettsregler ikke skal gis tilbakevirkende kraft.⁶⁰

Ettersom rettskildesituasjonen er ulik i internasjonal strafferett og tradisjonell folkerett kan det oppstå metodiske problemstillinger ved folkerettslige spørsmål som inneholder aspekter av både internasjonal strafferett og tradisjonell folkerett. En sentral problemstilling er hvorvidt Wienkonvensjonen artikkel 31, som gir adgang til å vektlegge formålsbetraktninger i tolkninger av konvensjonstekster, er i konflikt med legalitetsprinsippet i strafferetten. Et utslag av legalitetsprinsippet er at for å ilegge straff må det foreligge en krenkelse av et straffebud og ved tolkningstvil av straffebudet skal tvilen komme tiltalte til gode.⁶¹ Ettersom legalitetsprinsippet har en meget sterk stilling i både nasjonal og internasjonal strafferett, må sannsynligvis adgangen Wienkonvensjonen gir til å vektlegge formålsbetraktninger vike for det strafferettslige prinsippet. Dette kan synes uholdbart ettersom Wienkonvensjonen er en grunnleggende konvensjon for all traktattolkning, men på dette punktet må legalitetsprinsippet virke som *lex specialis* foran Wienkonvensjonen.⁶²

⁵⁷ Jfr. ICJ- Statuttene artikkel 38 (1.) (c).

⁵⁸ Se for eksempel Furundžija, ICTY, Trial Chamber II - "the general principle of respect for human dignity".

⁵⁹ Se Cassese, s. 136.

⁶⁰ Se kapittel 6.

⁶¹ Se for eksempel Romastatuttene artikkel 2(2) i.f..

⁶² Se Kregnes, s. 11.

Folkeretten står i en egen metodisk særstilling i forhold til nasjonal rett ettersom juridisk teori og rettspraksis har sekundær betydning og kun kan vektlegges ved tolkning av rettsregler.⁶³ Dette gjelder også domstolenes egen rettspraksis og prejudikatslæren er følgelig ikke relevant i folkeretten generelt og da heller ikke i den internasjonale strafferetten.⁶⁴ Når dette er sagt, må det fremheves at ICC har adgang til å anvende egne tolkninger av prinsipper og bestemmelser i senere saker.⁶⁵ Bakgrunnen for at juridisk teori bare kan vektlegges som tolkningsverktøy, er at en vektlegging av teori i seg selv ville ført til en krenkelse av legalitetsprinsippet i folkeretten.⁶⁶ Det er på bakgrunn av dette for øvrig ikke adgang til å foreta utvidende tolkninger og analogislutninger i problemstillinger som reguleres av internasjonal strafferett.⁶⁷

4.4.2 Svakheter ved disiplinen

Den første fasen da internasjonal strafferett ble utformet, karakteriseres ved at disiplinen kun rettet seg mot krigsforbrytelser som overlagt drap, tortur og voldtekt.⁶⁸ Senere har det blitt tilført nye forbrytelser som regnes som krigsforbrytelser i disiplinen. Dette gjelder forbrytelser mot menneskeheten (f. eks drap, utryddelse eller deportasjon av befolkning), folkemord og terrorisme.⁶⁹ Den internasjonale strafferetten har i lang tid vært kjennetegnet ved at den hjemler forbud uten å gå nærmere inn på de folkerettslige konsekvensene av å bryte disse forbudene.⁷⁰ Disiplinen har kriminalisert en rekke handlinger, men det har vært en klar tendens i å legge ansvaret for straffeforfølgning og fullbyrdelse av straffen over på de nasjonale myndighetene og de nasjonale domstolene. Dette ser vi blant annet er blitt gjort i Genèvekonvensjonene.⁷¹ Som følge av overføringen av straffeansvaret til nasjonale myndigheter har de ulike stater

⁶³ Jfr. ICJ-Statuttene artikkel 38(1)(d.).

⁶⁴ Se Cassese, s. 37.

⁶⁵ Jfr. Romastatuttene artikkel 21(2.).

⁶⁶ Se Bassiouni, 1999, s. 4.

⁶⁷ Se for eksempel Romastatuttene artikkel 22(2).

⁶⁸ Se Gisle, s. 159.

⁶⁹ ICC har imidlertid unnlatt å legge terrorisme under sin jurisdiksjon, men på grunn av hendelser etter Romastatuttene ble vedtatt, er det sannsynlig at statuttene vil bli endret på dette punkt.

⁷⁰ Se Cassese, s. 17.

⁷¹ Se IV. Genèvekonvensjon, artikkel 117.

rettsystemer anvendt sitt eget lands straffeprosessuelle regler. En ulempe med dette er at forbrytelser av samme art har blitt straffeforfulgt på ulike måter, og dermed har man endt opp med ulike strafferettslige sanksjoner i forskjellige land. På grunn av den inkonsekvente behandlingen av straffesaker i nasjonale domstoler har man ved opprettelsen av ICC, som skal ta seg av spørsmål som tidligere var overgitt til de nasjonale domstoler, sikret lik behandling av samme typer saker og således ivaretas prinsippet om forutberegnelighet. ICC er imidlertid komplementær til de nasjonale domstolene og nasjonale domstoler har derfor hovedansvaret for straffeforfølgning.⁷² Dette resulterer i at det kun er de sakene som kommer opp for ICC som er sikret tilnærmet lik behandling. Når dette er sagt, må det fremheves at den internasjonale strafferetten lider av å ha lite skreven regulering. Dette kan som nevnt i 4.4.1 skape visse metodiske problemer.

En annen svakhet ved internasjonal strafferett er utformingen av de ulike vedtektene til de enkelte ad hoc-domstolene. Opplistingen av forbrytelser i vedtektene gjelder jurisdiksjonen til den aktuelle domstol og har i utgangspunktet ingen rekkevidde utover dette.⁷³ Følgelig kan man ikke sette opp gjeldene ulovfestede prinsipper på grunnlag av bestemmelsene i vedtektene. Når dette er sagt, må det fremheves at ad hoc-domstolenes vedtekter bygger i stor grad på hverandre, men dette taler neppe i seg selv for at de er å anse som sedvanerett.

4.4.3 Internasjonale straffedomstoler

Internasjonal strafferett er en relativt ny underdisiplin i folkeretten som hadde sitt utspring i straffeforfølgningsoppgjøret etter annen verdenskrig.⁷⁴ Vedtektene til Nürnberg- (IMT) og Tokyodomstolene (IMTFE) som fastslo domstolenes jurisdiksjon,⁷⁵ presiserte at grove brudd på menneskerettighetene kan møtes med folkerettslige sanksjoner mot individer.⁷⁶ Senere har man i regi av FN⁷⁷ opprettet

⁷² Jfr. Romastatuttene artikkel 1.

⁷³ Se Cassese. s. 17.

⁷⁴ Se Bassiouni, *International Criminal Law*, 1999, s. 8.

⁷⁵ Se the Statutes of the International Military Tribunal at Nuremberg – The London Agreement og the Statutes of the International Military Tribunal for the Far East.

⁷⁶ Se Ruud, Ulfstein, s. 193.

liknende ad hoc-domstoler i etterkant av konflikter. Ad hoc-domstolene følger opp tanken om individuell straffeforfølgning og straffeansvar av krigsforbrytelser, og forbrytelser mot menneskeheten.⁷⁸ Et viktig poeng som skiller Nürnberg og Tokyodomstolen fra de senere opprettede ad hoc-domstolene, er at domstolene etter annen verdenskrig ble opprettet av seierherrene, mens nyere ad hoc-domstoler er opprettet av FN og de har derfor et mellomstatlig preg. FNs rolle i opprettelsen av domstolene har vært med på å sikre domstolene legitimitet og anerkjennelse.

Det finnes flere domstolsnivåer som kan straffeforfølge krigsforbrytelser. For det første finnes det nasjonale nivået med nasjonale domstoler. Nasjonale domstoler kan ivareta straffeforfølgning av både nasjonale og internasjonale forbrytelser, hvis intet tilser at internasjonal straffeforfølgning bør iverksettes. Videre har vi det mellomstatlige nivået med mellomstatlige, eller det som omtales som internasjonale domstoler. Dette er domstoler opprettet av eller i samarbeid med FNs Sikkerhetsråd, som Rwanda og Jugoslaviadomstolen. Den midlertidige krigsforbryterdomstolen i Sierra Leone er et annet eksempel på en ad hoc-domstol. Domstolen er av særlig interesse når det gjelder bruk av barnesoldater og straffeforfølgning.⁷⁹ Domstolen har både et mellomstatlig og nasjonalt preg fordi den er opprettet etter anmodning fra staten Sierra Leone i samarbeid med Sikkerhetsrådet, men ikke i henhold til en FN-resolusjon. Endelig har vi den internasjonale straffedomstolen, ICC, som kan gjennomføre rettssaker ved folkerettsbrudd skjedd i hele verden. Dette er en overnasjonal domstol hvor kun individer kan bli innklaget i motsetning til ICJ hvor bare stater kan opptre som parter.⁸⁰

Hva som regnes for å være internasjonale forbrytelser er nedfelt i de materielle bestemmelsene i internasjonale konvensjoner og sedvane. Når det gjelder forbudet mot bruk av barnesoldater og internasjonal straffeforfølgning, må man se hen til vedtektene til de ulike internasjonale domstolene. Nasjonal rett spiller imidlertid også en viktig rolle når det gjelder håndhevingen av internasjonale strafferettslige bestemmelser. Utgangspunktet for straffeforfølgning av krigsforbrytelser er jo at forbrytelsene skal

⁷⁷ De Forente Nasjoner.

⁷⁸ Jfr. FN-pakten kapittel VII, artikkel 39, jfr. artikkel 41 og 42.

⁷⁹ Se 6.5.2.2.

⁸⁰ Se 5.8.

straffeforfølges nasjonalt. Det finnes imidlertid tilfeller hvor de internasjonale domstolene skal tre inn direkte foran de nasjonale domstolene. Dette vil i første rekke skje hvis en stat mangler vilje eller evne til å straffeforfølge en forbrytelse.⁸¹ Et eksempel på dette er hvis den nasjonale domstolen gir oppsiktsvekkende lave straffeutmålinger.

Internasjonale ad hoc-domstolers jurisdiksjon er begrenset i tid og sted. Det vil si at de kun kan forfølge forbrytelser som er begått i en begrenset tidsperiode, innen et bestemt geografisk område. I og med at opprettelsen av ad hoc-domstoler er gjort i henhold til FN-pakten kapittel VII og resolusjoner fattet av Sikkerhetsrådet, vil slike ad hoc-domstoler kunne bli opprettet i forhold til alle konflikter som måtte oppstå. Bakgrunnen for dette er at statene er gjennom FN-pakten artikkel 25, pliktig til å respektere alle avgjørelser fattet av Sikkerhetsrådet. Det kreves med andre ord ingen statsgodkjennelse for at Sikkerhetsrådet skal kunne opprette en ad hoc-domstol, noe som fører til at ad hoc-domstolene vil kunne ha fortrinn foran nasjonale domstoler. At Sikkerhetsrådet er gitt denne myndigheten er av meget stor betydning for internasjonal straffeforfølgning. Mange stater hvor det forekommer grove brudd på menneskerettighetene og internasjonale strafferettsbestemmelser, har verken evne eller vilje til å forfølge disse forbrytelsene. I og med opprettelsen av ad hoc-domstoler sikrer man at straffeforfølgelse vil kunne iverksettes overfor alle internasjonale forbrytelser. Når det gjelder bruk av barnesoldater er dette et fenomen som i de fleste tilfeller skjer i land i uroligheter med svært ustabil intern styring. Nettopp i slike tilfelle har man opprettet ad hoc-domstoler.

ICC er opprettet ved konvensjon og ikke resolusjon vedtatt av Sikkerhetsrådet, slik Rwanda og Jugoslaviadomstolene fikk sine mandater. Dette har den følge at domstolen kun har jurisdiksjon i henhold til Romastatuttene. Etter vedtektene begrenser domstolens jurisdiksjonsområde seg til saker hvor den anklagede kommer fra en stat som er part til Romastatuttene, eller når forbrytelsen er skjedd på territoriet til en statspart.⁸² Når det gjelder ICCs begrensning i tid, er domstolens jurisdiksjon begrenset

⁸¹ Jfr. Romastatuttene artikkel 17.

⁸² Jfr. Romastatuttene artikkel 12.

til forbrytelser skjedd etter statuttene trådte i kraft 1. juli 2002.⁸³ Per i dag driver ICC etterforskning av Kongo og Uganda hvor det stadig vekk foretas krigsforbrytelser, og hvor forbudet mot bruk av barnesoldater krenkes i stor utstrekning.

Hvis et land ikke har evne eller vilje til å straffeforfølge en forbrytelse, har staten adgang til å utlevere forbryteren til en annen stat som ønsker å iverksette straffeforfølgning. Adgangen er i tråd med universalprinsippet eller prinsippet om *aut dedere aut judicare*,⁸⁴ som går ut på at et land kan ilegge straff for en forbrytelse uavhengig av om den er begått på eller utenfor landets territorium av en innbygger eller utlending.⁸⁵ Utleveringsadgangen er altså et alternativ til straffeforfølgning i ICC.

4.5 Folkerettens subjekter

4.5.1 Innledning

Folkerettens subjekter er de fysiske og juridiske personer folkerettslige regler henvender seg til.⁸⁶ Å være folkerettssubjekt betyr at man kan hevde rettigheter eller pådra seg forpliktelser i henhold til reglene. Hvorvidt de ulike subjektene kan hevde rettigheter i henhold til folkeretten og menneskerettighetene, samt hvorvidt de kan stilles til ansvar hvis de bryter regler om bruk av barnesoldater, er sentrale spørsmål jeg vil se nærmere på i denne fremstillingen.⁸⁷

Folkerettssubjektene deles inn i ulike undergrupper. Hovedskillet går mellom plikt- og rettighetssubjekter. Rettighetssubjektene er de som kan gjøre rettigheter gjeldende og påberope seg dem, mens pliktsubjektene kan pådra seg ansvar og holdes ansvarlig for handlinger foretatt i strid med folkeretten. Det er hovedsakelig statene som er

⁸³ Jfr. Romastatuttene artikkel 11(1) jfr. artikkel 126.

⁸⁴ Se for eksempel Ruud, Ulfstein, s. 273.

⁸⁵ Jfr. Jusleksikon, s. 307. I Barcelona Traction-saken, ICJ Rep. 1970 s. 3, ble statenes utleveringsadgang når en stat har begått grove menneskerettsbrudd som gjelder "erga omnes", en krenkelse av alle stater, presisert.

⁸⁶ Se Ross, s. 30.

⁸⁷ Dette avsnittet er hovedsakelig bygget på Alf Ross' "Lærebog i folkeret" kapittel 3.

pliktsubjekter, mens individene som regel er rettighetssubjekter og i noen tilfeller ansvarssubjekter.⁸⁸

I dette kapittelet har jeg valgt å trekke frem enkelte sider ved folkerettssubjektsstillingen til individer, uavhengige frigjøringsgrupper og ikke-statlige organisasjoner, mens jeg har valgt å behandle ansvarsstillingen til individer i kapittel 6 om individuell straffeforfølgning. Jeg mener det er hensiktsmessig å trekke frem noen sider ved de ovennevnte subjekters stilling her, da deres stilling er viktig i forhold til forståelsen av statsansvar som jeg behandler i neste kapittel. Dette gjelder særlig rettighetssiden av individenes subjektsstilling, samt uavhengige organisasjoners stilling i folkeretten.⁸⁹ Statenes generelle stilling som folkerettssubjekt vil jeg behandle nærmere i kapittel 5 om statsansvar, hvor deres stilling som pliktsubjekter er relevant.

4.5.2 Pliktsubjekter

Pliktsubjekter er naturlig nok subjekter som kan pålegges plikter i henhold til folkeretten. Pliktsubjektene er gitt evnen til å handle og samtidig pålegges de gjerne å ta ansvar for sine handlinger. Derfor deles pliktsubjekter videre inn i handlingssubjekter og ansvarssubjekter. Å være handlingssubjekt vil si å ha rettslig handlevne, som betyr å ha evnen til å binde seg selv folkerettslig ved egne disposisjoner.⁹⁰ Å være ansvarssubjekt medfører å kunne bli tiltalt og straffet for sine handlinger. Det er først og fremst stater som er handlingssubjekter og ansvarssubjekter.⁹¹ Individer på sin side kan ikke være handlingssubjekter, men i noen tilfelle ansvarssubjekter.

4.5.3 Rettighetssubjekter

Et rettighetssubjekt kan hevde visse rettigheter i henhold til folkeretten. Blir disse rettighetene krenket, er det flere metoder som kan iverksettes for å opprette den urett som er skjedd. De ulike internasjonale domstolene er etablert for å være effektive

⁸⁸ Se kapittel 6.

⁸⁹ Se kapittel 5.5.3 hvor blant annet NGOers stilling i forhold til Barnekomiteen behandles.

⁹⁰ Se Ross, s. 141.

⁹¹ Se 5.2.

rettsmidler ved slike krenkelser. Rettighetssubjektene deles også inn i undergrupper: interessesubjekter og påtalesubjekter.

Interessesubjektene har interesse av at deres rettigheter blir ivaretatt og påtalesubjektene kan fremme krenkelser av rettighetene for folkerettslige organer. Når et individ blir utsatt for en krenkelse av en folkerettslig bestemmelse, er individet å regne som interessesubjekt. I denne fremstillingen vil vi se at individet som interessesubjekt gjerne er barn som tvinges til å være soldater. Til tross for at man har en rettighet som blir krenket, kan man ikke nødvendigvis alltid hevde sine rettigheter.⁹² Interessesubjekter er altså ikke alltid påtalesubjekter. Også her er det ofte individene som står i en svak stilling i og med at de i utgangspunktet ikke kan bringe saker inn for internasjonale domstoler. Det betyr imidlertid ikke at deres rettigheter ikke blir ivaretatt. Stater og organisasjoner kan bringe inn saker hvor individer er involvert, for domstolene. På denne måten blir individenes rettigheter ivaretatt indirekte av andre subjekter.

Av ulike grunner har man valgt å bygge opp flere internasjonale domstoler slik at individene som regel ikke kan bringe inn saker.⁹³ En viktig årsak er at det trolig blir mer oversiktlig når det kun er stater og organisasjoner som kan bringe inn saker. I og med at statene og organisasjonene ønsker at individenes rettigheter blir ivaretatt, vil de sørge for at sentrale saker blir brakt inn for domstolene uansett.

4.5.4 De ulike subjektformene

4.5.4.1 Stater og individer

Statene er de primære subjektene i folkeretten. I denne fremstillingen er statenes evne til å pådra seg plikter som følger av konvensjoner og sedvanerett spesielt sentralt. Jeg kommer nærmere tilbake til dette i kapittel 5, hvor statsansvar i henhold til det folkerettslige forbudet mot barnesoldater behandles.

Det opplagt at individer er rettighetssubjekter i form av å være interessesubjekter i henhold til folkeretten. Dette kan blant annet ledes rett ut av betegnelsen

⁹² Se Ruud, Ulfstein s. 79.

⁹³ Individer kan for eksempel ikke selv fremme saker for ICC, men dette kan gjøres for Den Europeiske Menneskerettsdomstol (EMD).

”menneskerettigheter”. Videre inneholder folkeretten en rekke bestemmelser som etablerer rettigheter for individene. At individene har stilling som interessedsubjekt medfører at de kan påberope seg slike rettigheter. Når et barn blir rekruttert og brukt som barnesoldat blir barnets rettigheter som individ og rettighetssubjekt krenket.

Barns stilling som rettighetssubjekter er lite verdt hvis deres rettigheter ikke blir ivarettatt. En slik ivarettelse vil først og fremst skje gjennom forebygging av krenkelsene, ettersom barna ikke har mulighet til å hevde sine rettigheter selv. Forebygging er imidlertid svært vanskelig å få igangsatt fordi fokus mot krenkelsene som regel skjer etter at forbrytelsene allerede er skjedd. Straffeforfølgning av gjerningspersonene og ileggelse av statsansvar vil derfor være den mest praktiske måten å beskytte individene på. Ilegging av ansvar vil da sannsynligvis kunne virke forebyggende for gjentatte krenkelser av individenes rettigheter.

Nasjonalt har individene stilling som påtalesubjekter og i mange tilfeller vil det også være naturlig å gå rettens vei internt. Er det imidlertid snakk om folkerettslige krenkelser av rettigheter, ville det kunne være aktuelt å henvende seg til et internasjonalt organ. Selv om individene er interessedsubjekter i folkeretten, er utgangspunktet at de ikke selv kan hevde disse i folkerettslige organer som påtalesubjekter.⁹⁴ Når det gjelder barnesoldater vil de uansett neppe gå til påtale selv. Dette er barn som er meget ressursvake, og det finnes ikke et sosialt støtteapparat som ville kunne hjulpet dem med å hevde sine rettigheter.

Individene har fått en sterkere stilling i folkeretten ved at stater og noen organisasjoner kan klage andre stater som har krenket individers rettigheter inn for ulike klageorganer. Videre har det blitt etablert en ordning i ICC som innebærer at anklageren⁹⁵ i domstolen kan gripe inn og undersøke om det er grunnlag for straffeforfølgning hvis individers rettigheter er krenket.⁹⁶

⁹⁴ Se Ruud, Ulfstein, s. 90-92.

⁹⁵ Anklageren (”the Prosecutor”) er et uavhengig organ i ICC. Jfr. artikkel 34(c) jfr. artikkel 42(1.).

⁹⁶ Se Romastatuttene artikkel 13(c), jfr. artikkel 15.

Når det gjelder individenes stilling som pliktsubjekt behandles dette i nærmere i kapittel 6, hvor jeg ser nærmere på om medlemmer i militære styrker og barnesoldater kan pålegges straffeansvar.

4.5.4.2 Uavhengige frigjørings- og opprørsgrupper

Tradisjonelt har ikke frigjørings- og opprørsgrupper vært ansett som folkerettssubjekter.⁹⁷ Slike grupper kjemper som regel mot statens ledelse og ønsker gjerne å overta makten i landet. Gruppene vil i mange tilfelle kunne stilles til ansvar etter nasjonal rett, men det kan neppe være hensiktsmessig at frigjøringsgrupper bare kan stilles til ansvar nasjonalt. I de statene hvor det er aktuelt å forfølge frigjøringsgrupper som har krenket folkerettslige og nasjonale regler, er ofte det nasjonale rettsystemet totalt ute av funksjon. Det har derfor lenge vært et ønske om å se de uavhengige gruppene som folkerettssubjekter.⁹⁸

Bakgrunnen for at frigjøringsgrupper eller opprørsgrupper tradisjonelt ikke har vært ansett som folkerettssubjekter er trolig de enkelte statenes ønske om å håndtere gruppene selv. I løpet av humanitærrettens utvikling har imidlertid frigjøringsgruppene fått en annen stilling enn de har hatt før. Man har i dag kommet frem til at uavhengige nasjonale frigjøringsbevegelser og nasjonale minoritetsgrupper som oftest til en viss grad må anses som folkerettssubjekter.⁹⁹ Det er også fastslått i artikkel 1 nr. 4 i I. Tilleggsprotokoll til Genèvekonvensjonene om beskyttelsen av ofre for internasjonale væpnede konflikter, at konvensjonene og protokollene får anvendelse i enkelte typer konflikter hvor frigjøringsgrupper er involvert. Bestemmelsen lyder:

”De situasjoner som er nevnt i den foregående paragraf, omfatter også væpnede konflikter hvor folk kjemper mot koloniherrdømme og fremmed okkupasjon og mot rasistiske regimer under utøvelsen av dets selvbestemmelsesrett slik denne er nedfelt i De Forente Nasjoners Pakt og i Erklæringen om Folkerettslige prinsipper vedrørende vennskapelige forbindelser og samarbeid mellom stater i samsvar med De Forente Nasjoners Pakt.”

⁹⁷ Se Ruud, Ulfstein, s. 89.

⁹⁸ Statenes universelle jurisdiksjonsadgang vil være et alternativ til internasjonal straffeforfølgelse. Se 4.4.3.

⁹⁹ Se Ruud, kapitel II.

”Den foregående paragraf” viser til den samme artikkel 1 nr. 3, som sier at protokollen og konvensjonene skal anvendes i situasjoner som nevnt i felles artikkel 2, krig og væpnede konflikter. Etter dette er altså konvensjonene og protokollene også gjeldende i andre tilfeller enn tradisjonelle krigssituasjoner. Nasjonale frigjøringsgrupper må derfor anses som folkerettssubjekter etter Genèvekonvensjonene.

Ettersom Genèvekonvensjonene og I. Tilleggsprotokoll får direkte anvendelse i noen situasjoner hvor det er involvert frigjøringsgrupper må det spørres om dette også gjelder i situasjoner hvor uavhengige opprørs- eller geriljagrupper, som for eksempel Taliban og LRA, er involvert. Etter ordlyden i I. Tilleggsprotokoll artikkel 1 ser det ut til at teksten henspeiler seg til frigjøringsgrupper av det jeg kaller ”positiv karakter”. Man har sannsynligvis ønsket å gi disse gruppene en sterkere stilling i folkeretten fordi man mener at formålet deres er verdifullt. Når det gjelder grupper som Taliban og LRA er det nok mange som mener at deres arbeid er viktig, men som kjent er dette organisasjoner som har begått grusomme handlinger, deriblant rekruttering og mishandling av barnesoldater. Ved å også gi denne typen frigjøringsgrupper stilling som fullverdige folkerettssubjekter etter Genèvekonvensjonene, kan de hevde rettigheter i forhold til konvensjonen. De har imidlertid også stilling som ansvarssubjekter, noe som er relevant i denne fremstillingen. Dette innebærer at de kan stilles for retten og holdes ansvarlig hvis de begår konvensjonsbrudd.¹⁰⁰

Hvorvidt gruppene er å anse som folkerettssubjekter i folkeretten generelt er noe usikkert, men gitt Genèvekonvensjonenes sterke stilling i folkeretten kan man sannsynligvis konkludere med at frigjørings- og opposisjonsgrupper også er subjekter i forhold til folkeretten generelt. Når dette er sagt, må det fremheves at det ofte vil det være lite praktisk å fremstille en uavhengig gruppe som sådan for en domstol, da disse ofte ikke har et godt organisatorisk apparat som er ansvarlig for gruppens handlinger og som kan kontakte andre folkerettssubjekter. Er et slikt organisatorisk apparat totalt

¹⁰⁰ Jfr. I. Genèvekonvensjon kapittel IX.

fraværende, vil gruppene for øvrig sannsynligvis ikke være å regne som folkerettssubjekter.¹⁰¹

Når det gjelder uavhengige gruppers krenkelser av forbudet mot barnesoldater, vil det i de fleste praktiske tilfeller være aktuelt å fokusere på individuelt straffeansvar for de enkelte medlemmene i uavhengige grupper. Jeg velger derfor å konsentrere meg om medlemmenes individuelle straffeansvar og behandler dette nærmere i kapittel 6.7.2.

4.5.4.3 Ikke-statlige organisasjoner

Ikke-statlige organisasjoners arbeid betyr mye for bekjempelsen av barnesoldater. De har vært med på å rette fokus mot misbruket og utnyttelsen av barnesoldater, noe som blant annet ledet til utformingen av Barnekonvensjonens tilleggsprotokoll om bruk av barn i væpnende konflikter.¹⁰² Protokollen kom i stand etter stort press fra uavhengige internasjonale organisasjoner, såkalte NGOer. NGOers stilling i folkeretten er særlig relevant i forhold til spørsmålet om de kan fremme saker på vegne av individer. Ettersom NGOer ofte har spesifikk informasjon om barnesoldatbruk, er det hensiktsmessig at disse kan fremme påtale på vegne av individene.

NGOer kan både være nasjonale, regionale og globale. For bekjempelsen av barnesoldater er det de regionale og globale organisasjonene som er mest sentrale. I dag anerkjenner man til en viss grad NGOer som egne folkerettssubjekter.¹⁰³ Ettersom det finnes mange former for NGOer kan man ikke si at de generelt sees på som folkerettssubjekter.¹⁰⁴ NGOene er gjerne interesseorganisasjoner som belyser bestemte problemer og jobber med enkelte kjernesaker. I forhold til forbudet mot bruk av barnesoldater er ”The Coalition to stop the use of Child soldiers” en sentral global NGO som fremmer saken. Organisasjonen er en paraplyorganisasjon som knytter sammen ulike organisasjoner som arbeider mot bruk av barnesoldater.

¹⁰¹ Se Ruud, Ulfstein, s. 88.

¹⁰² Omtales gjerne som ”Tilleggsprotokollen” eller ”Tilleggsprotokollen om barn og væpnede konflikter” i det følgende. Se kapittel 5.5.2.6.

¹⁰³ Se Ruud, Krigens folkerett s. 24.

¹⁰⁴ NGOer kan være lokale, nasjonale, regionale eller internasjonale. Ofte arbeider de for å fremme en spesiell type saker eller et synspunkt.

I de senere år har det vokst frem en rekke NGOer som har innvirkning på mellomstatlig politikk. Ettersom NGOene gjerne er utstyrt med ekspertkunnskap, har det blitt mer og mer akseptabelt å lytte til deres budskap. Dette har ført til at de har fått en sterkere stilling folkerettslig. Det er blant annet vanlig at NGOene stiller som observatører i ulike sammenhenger. Et eksempel på dette er NGOene som deltar på ECOSOCs toppmøter.¹⁰⁵ Disse har ikke stemmerett, men talerett, og anses derfor som rettighetssubjekter.¹⁰⁶ Statene har ikke plikt til å følge NGOenes kommentarer, så NGOenes stilling som rettighetssubjekt i denne sammenheng er derfor ikke veldig sterk.

NGOenes stilling som påtalesubjekt er heller ikke særlig sterk. De internasjonale konvensjonene inneholder som regel ikke bestemmelser om organisasjonenes stilling som påtalesubjekt, noe som tilsier at de ikke har denne retten. Et unntak finner vi imidlertid i EMK som gir NGOer adgang til å fremme en sak for EMD hvis den føler seg utsatt for en krenkelse.¹⁰⁷ Det er imidlertid ikke vanlig at NGOene er tildelt slik påtalekompetanse i de internasjonale domstolene. Verken i ICC eller ICJ er NGOer gitt slik kompetanse, men i ICJ er internasjonale organisasjoner gitt adgang til å uoppfordret levere inn rapporter etter artikkel 34 (2).¹⁰⁸ At adgangen gjelder NGOer og ikke bare mellomstatlige organisasjoner som FN er naturlig ettersom ICJ er et FN-organ. Det er uansett i alle parter interesse at sakene blir så godt opplyst som mulig. I saker for ICC har domstolen selv adgang til å innhente rapporter fra NGOer.¹⁰⁹

En NGO som har fått tildelt påtalekompetanse er Den Internasjonale Røde Kors komité. Kompetansen er gitt gjennom Genèvekonvensjonene som gir komiteen stilling som såkalt "beskyttelsesmakt" for krigens ofre. Kompetansen gir komiteen adgang til å ivareta og beskytte interessene til stater og enkeltpersoner overfor andre stater.¹¹⁰ I forhold til bruken av barnesoldater vil sannsynligvis komiteens kompetanse være av betydning hvis man anser barnesoldater for å være en form for krigsofre. Jeg mener at

¹⁰⁵ ECOSOC er FNs økonomiske og sosiale råd.

¹⁰⁶ Jfr. FN-pakten artikkel 71.

¹⁰⁷ Jfr. EMK artikkel 25.

¹⁰⁸ Jfr. Romastatuttene artikkel 13 og ICJ-Statuttene artikkel 36.

¹⁰⁹ Jfr. Romastatuttene artikkel 15(2.).

¹¹⁰ Jfr. Se for eksempel IV. Genèvekonvensjon artikkel 143, siste ledd.

barnesoldater faller inn under denne kategorien og at Den Internasjonale Røde Kors komité derfor kan påtale saker på vegne av barnesoldater. Påtalekompetansen til komiteen har imidlertid begrenset betydning da kompetansen kun gjelder overfor andre stater og ikke internasjonale domstoler.

NGOer anses ikke som pliktsubjekter og kan derfor ikke opptre som handlings- eller ansvarssubjekter. Dette er uansett upraktisk i og med at det ville vært vanskelig å forfølge en organisasjon som en enhet.

De andre formene for globale organisasjoner er mellomstatlige organisasjoner (inter-governmental organisations – IGOer) og multinasjonale selskaper. Det er klart at de mellomstatlige organisasjonene regnes som folkerettssubjekter fordi de likner statene i organisering og struktur. Statene gir også gjerne fra seg beslutningsmyndighet til slike organisasjoner slik at organisasjonene kan forplikte dem. Også dette taler for å anse denne typen organisasjoner for folkerettssubjekter. FN stiller i en egen kategori i forhold til andre mellomstatlige organisasjoner. FN er opprettet i regi av statene og således fått delegert en viss makt. Et eksempel på dette er at de faste medlemmene i Sikkerhetsrådet som har anledning til å nedlegge veto ved stemmegivning. Videre får FN direkte støtte av statene ettersom omtrent alle (191) av verdens stater er medlemmer. Endelig har FN en meget sterk posisjon i og med at organisasjonen indirekte har stått for straffeforfølgning av enkeltindivider ved opprettelsen av de ulike internasjonale domstolene. FNs arbeid belyses nærmere i denne fremstillingen, da FN og de ulike FN-organene er sentrale aktører i bekjempelsen mot bruk av barnesoldater.

Det finnes også regionale IGOer, NATO er et eksempel på en slik organisasjon.¹¹¹

¹¹¹ Dette kapitlet er hovedsakelig basert på Ruud, Ulfstein s. 84-85.

5 Statsansvar og det internasjonale forbudet mot bruk av barnesoldater

5.1 Innledning

Det finnes flere internasjonale konvensjoner som inneholder bestemmelser som verner om barnesoldater og som hjemler forbud mot rekruttering av barn til væpnende styrker. Eksempler på dette er tilleggsprotokollene til Genèvekonvensjonene av 1949 som setter en nedre aldersgrense på femten år for bruk av barnesoldater.¹¹² Videre forbyr FNs Barnekonvensjon fra 1989 bruk av barnesoldater under femten år.¹¹³ Både Genèvekonvensjonenes tilleggsprotokoller og Barnekonvensjonen setter opp forbud mot frivillig og ufrivillig rekruttering. Den viktigste overenskomsten når det gjelder forbudet mot bruk av barnesoldater er imidlertid Barnekonvensjonens tilleggsprotokoll om bruk av barn under atten år i væpnet konflikt,¹¹⁴ som hever Barnekonvensjonens nedre aldersgrense for tvungen rekruttering fra femten til atten år.

Fordi det er tale om et forbud mot barnesoldater må en spørre seg hvilken verdi forbudet har. Vil det bli igangsatt sanksjoner og tvangsmekanismer hvis forbudet brytes? Hvis dette ikke kan igangsettes, har da forbudet noen realitet? Folkeretten er svakt utbygget med hensyn til håndheving og rettsforfølgning ved brudd på folkerettslige regler. Det finnes imidlertid organer, som for eksempel de ulike FN-komiteene, som gjør overoppsyn med statenes implementering av konvensjonene de har bundet seg til.¹¹⁵ Stort sett ender overoppsynet bare med kritikk i form av uforpliktende anbefalinger til statene. Prinsipper som suverenitet og komplementaritet står sentralt i folkeretten, og begrunner hvorfor man ikke har utbygget håndhevingsorganer i disiplinen bedre. Jeg vil i dette kapittelet gå nærmere inn på de ulike konvensjonene hvor forbudet hjemles og

¹¹² I. Tilleggsprotokoll til Genèvekonvensjonene, artikkel 77(2). II. Tilleggsprotokoll til Genèvekonvensjonene, artikkel 4(3)(c).

¹¹³ Barnekonvensjonen artikkel 38.

¹¹⁴ Tilleggsprotokoll til FNs barnekonvensjon om bruk av barn under atten år i væpnet konflikt, vedtatt i henhold til Generalforsamlingens resolusjon A/RES/54/263.

¹¹⁵ Se 5.5.3.

vurdere statsansvar ved krenkelser av konvensjonene, mens jeg i kapittel 6 ser på de strafferettlige konsekvensene for individer som bryter forbudet.

5.2 Statene som folkerettssubjekter

I folkeretten generelt er det statene som er de mest interessante subjektene. Statenes stilling som folkerettssubjekter betyr at statene er bundet av de folkerettslige reglene. Dette gjelder både de regler statene har bundet seg til gjennom konvensjoner, men også gjeldende regler som følger av internasjonal praksis og sedvanerett. Statenes sentrale posisjon er fremtredende i forhold til bruken av barnesoldater. Det er statene som har inngått de ulike konvensjonene som forbyr bruk av barnesoldater, og det er først og fremst deres ansvar at forpliktelsene overholdes. Det finnes mange tilfeller hvor det statlige forsvaret rekrutterer barnesoldater inn i styrkene sine, eller hvor staten ikke hindrer at uavhengige grupper bruker barnesoldater. Blant annet på grunn av dette kan stater holdes ansvarlig som pliktsubjekter.

Statene kan også hevde folkerettslige rettigheter. Dette har den praktiske konsekvens at dersom en stat bryter en folkerettslig forpliktelse som skader en borger av en annen stat, er det staten vedkommende person tilhører som kan påtale dette folkerettsbruddet.¹¹⁶ På denne måten er statene interessesubjekter og påtalesubjekter i folkeretten. Det er først og fremst individene - barna selv - som får sine rettigheter krenket når de rekrutteres som barnesoldater. Utgangspunktet er at statene vil kunne påtale disse krenkelsene for barna. Denne påtalemuligheten er imidlertid ikke alltid like effektiv i og med at en rekke statsstyrker selv rekrutterer barnesoldater. Det er klart at en stat ikke vil anklage seg selv for å ha begått et menneskerettsbrudd. Borgerne vil som hovedregel da ikke ha noen mulighet til å påtale krenkelsene, da det er deres egne rettigheter - som individer - som er krenket.

Også andre staters mulighet for påtale folkerettsbrudd er svært begrenset som følge av suverenitetsprinsippet, som går ut på at statene er suverene og ikke underkastet noen annen vilje enn sin egen.¹¹⁷ Her gjelder det imidlertid enkelte unntak som jeg særlig

¹¹⁶ Se Ruud, s. 23.

¹¹⁷ Se Ruud, s. 22.

kommer tilbake til i 5.8.2. I utgangspunktet kan altså ikke en eller flere stater binde en annen stat. En stat er kun forpliktet til en konvensjon hvis den selv uttrykkelig har bekreftet det, for eksempel ved ratifikasjon av konvensjonen, eller hvis konvensjonen er å regne som sedvanerett. Mange stater har for øvrig gitt fra seg myndighet til å forfølge folkerettsbrudd ved å forplikte seg til vedtektene til Den internasjonale domstolen i Haag og Den internasjonale straffedomstolen.¹¹⁸ Statene som sådan kan derfor bli klaget inn for domstolen i Haag.

Ettersom statene er pliktsubjekter, og da også handlingssubjekter og ansvarssubjekter, er det statenes oppgave å påse at de folkerettslige bestemmelsene overholdes av statens tjenestemenn som er de egentlige handlingssubjekter for statene. Når en tjenestemann handler på vegne av staten er det i utgangspunktet staten, og ikke tjenestemannen selv, som bindes av disposisjonen. Hvordan en tjenestemann kan binde stat etter traktater er nedfelt i Wienkonvensjonen del II. Tjenestepersonell som handler på vegne av staten kan imidlertid i noen tilfelle holdes strafferettslig ansvarlig som følge av sine handlinger og derfor få stilling som ansvarssubjekter.¹¹⁹

5.3 Genèvekonvensjonene

De ulike konvensjonene som faller inn under samlebetegnelsen Genèvekonvensjonene er Konvensjonen om forbedring av såredes og sykes kår i de væpnede styrker i felten, Konvensjonen om forbedring av såredes, sykes og skipbrudnes kår i de væpnede styrker til sjøs, Konvensjonen om behandling av krigsfanger og Konvensjonen om beskyttelse av sivile i krigstid. Genèvekonvensjonene er gjeldende for de stater som har bundet seg til konvensjonene ved tiltredelse eller ratifikasjon.¹²⁰

¹¹⁸ Suverenitetsprinsippet har imidlertid ikke gjennomslagskraft i alle situasjoner. En stat kan bli bundet gjennom sedvanerett eller alminnelige rettsgrunnsetninger til tross for at den ikke eksplisitt har akseptert disse. Et annet utslag av suverenitetsprinsippet er at interne anliggender i en stat, anses for å være uvedkommende for folkeretten og andre stater. Se Ruud, s. 22.

¹¹⁹ Se 6.6.

¹²⁰ Jfr. Første Genèvekonvensjon artikkel 62. For nærmere behandling av hvordan statene kan binde seg til konvensjoner, se Ruud, Ulfstein og Fauchald s. 49-52.

Konvensjonene selv inneholder ikke forbud mot bruk av barnesoldater. I ettertid er det imidlertid vedtatt to tilleggsprotokoller til konvensjonene og det er disse som er av særlig interesse for barnesoldaters stiling.¹²¹ Etter I. Tilleggsprotokoll om beskyttelsen av ofre i internasjonale konflikter, artikkel 77 (Beskyttelse av barn), andre og tredje ledd, presiseres det et forbud mot bruk av barnesoldater:

”2. Partene i konflikten skal treffe ethvert mulig tiltak for å hindre at barn som ikke har fylt femten år, deltar direkte i fientligheter, og særlig skal de avstå fra å rekruttere slike barn til væpnede styrker. Ved rekruttering blant personer som har fylt 15 år, men ikke fylt 18 år, skal partene i konflikten søke å gi prioritet til dem som er eldst.

3. Dersom barn som ikke har fylt femten år, i ekstraordinære tilfeller og til tross for bestemmelsene i paragraf 2, deltar direkte i fientlighetene og faller i hendene på motparten, skal de fortsatt nyte godt av den særbeskyttelse som er gitt dem ved denne Artikkel, enten de er krigsfanger eller ikke.”

Forbudet er sannsynligvis ikke absolutt i og med at partene kun pålegges å ”treffe ethvert mulig tiltak for å hindre at barn som ikke har fylt femten år, deltar direkte i fientligheter”. Hadde man ønsket å sette opp et totalforbud mot bruk av barnesoldater under femten år i internasjonale konflikter, kunne man trolig presisert dette klarere. Hva som ligger i å pålegge statene å ”treffe ethvert mulig tiltak” synes å måtte avgjøres skjønnsmessig og dette gir trolig statene en viss mulighet til å fravike forbudet i noen situasjoner. At statene også bare pålegges å ”særlig (...) avstå” fra slik rekruttering begrunner også denne tolkningen av bestemmelsen. Annet ledd regulerer de ekstraordinære tilfelle hvor barn anvendes i væpnet konflikt. Dette kan også tale for at forbudet ikke er absolutt. Det synes likevel å være riktig å tale om et forbud, ettersom statene pålegges å treffe tiltak for å hindre bruk av barnesoldater under femten år.

Forbudet mot bruk av barnesoldater under femten år er tydeligere presisert i II. Tilleggsprotokoll som gjelder beskyttelse av ofre i ikke-internasjonale konflikter. Etter artikkel 4 (3.) c fremkommer det at ”barn under femten år ikke [*skal*] rekrutteres til de væpnede styrker eller grupper og heller ikke tillates å ta del i fientligheter.” (min utheving). At de to protokolltekstene er utformet forskjellig må begrunnes i at de har

¹²¹ Per i dag er det 156 stater som har signert den første protokollen og 149 stater som har ratifisert den andre protokollen.

ulike anvendelsesområder. Selv om man trolig må tillate mer i krigføring i internasjonale konflikter enn i interne, kan jeg imidlertid ikke se at dette også må gjelde barns stilling. Barn bør alltid ha det samme vern, og en stats behov for beskyttelse kan ikke hindre dette. Protokollene ble for øvrig utformet i 1977 og det er ikke sikkert de ville sett like ut hvis de hadde blitt laget i dag. Utbredelsen av barnesoldater har økt enormt de siste tjue årene, noe som kanskje ville ført til absolutte forbud etter begge protokollene i dag. Det fremkommer for øvrig av II. Tilleggsprotokoll artikkel 4 (3.) d, at barn som blir rekruttert som barnesoldater til tross bestemmelsens punkt c, skal få den særlige beskyttelse som artikkel 4 gir. Punktet er utformet som et forsøk på å gi barn under femten år som blir brukt som barnesoldater et visst vern. Hvilken realitet det ligger i denne beskyttelsen kan imidlertid diskuteres.

Genèvekonvensjonene med tilleggsprotokoller har hatt mye å si i bekjempelsen mot barnesoldater. Konvensjonssamlingen var en av de første internasjonale overenskomstene som satte forbudet mot bruk av barnesoldater på dagsordenen. Videre er Genèvekonvensjonene anerkjent og respektert i verdenssamfunnet, til tross for at det stadig gjøres brudd på konvensjonssettet. Det er derfor positivt at en såpass viktig konvensjon for krigssituasjoner forbyr bruk av barn i soldatsammenheng, selv om den nedre aldersgrensen for bruk av barnesoldater bare er femten år.

Når dette er sagt, må det fremheves at Genèvekonvensjonene og tilleggsprotokollene faller inn i rekken av internasjonale konvensjoner som setter opp en rekke forbud, men som ikke inneholder sterke tvangsmekanismer som sørger for at bestemmelsene faktisk blir overholdt. I henhold til konvensjonen pålegges heller ikke statene sanksjoner hvis bestemmelsene krenkes. Som jeg utdyper i 5.8, kan imidlertid statene holdes ansvarlig for brudd på konvensjonsplikter i enkelte tilfelle. For øvrig plikter statspartene i henhold til konvensjonene å vedta nødvendige nasjonale straffebestemmelser til anvendelse ved brudd på Genève-reglene.¹²²

¹²² Se 6.5.3.

5.4 ILO konvensjoner

5.4.1 ILO Konvensjon nr. 138

ILO konvensjon nr. 138 om minstealder for sysselsetting er en relevant konvensjon når det gjelder bekjempelsen av bruk av barnesoldater.¹²³ Etter artikkel 1 pålegges statspartene først og fremst å avskaffe barnearbeid, men der det ikke er mulig å avskaffe det totalt, pålegges de å sette en minstealder i forhold til ulike arbeidsformer tilpasset barns fysiske og psykiske utvikling. Minstealderen skal ikke være lavere enn femten år.¹²⁴

Ettersom konvensjonen tillater barnearbeid for personer over femten år, kan dette tale for at konvensjonen ikke forbyr bruk av barnesoldater over femten år. Å delta i militær virksomhet kan imidlertid overhodet ikke være stimulerende for mindreårige under atten år. Begrensningen om at minstealderen skal være tilpasset barnets fysiske og psykiske utvikling, vil derfor sannsynligvis hindre statspartene å tillate bruk av barnesoldater under atten år etter konvensjonen. Videre settes det opp en begrensning i artikkel 3 (1.) som går ut på at ved arbeid som kan være skadelig for barns helse, sikkerhet og moral, må minstealderen settes til atten år. Soldattjeneste må falle inn under denne form for arbeid, og statspartene må derfor være forpliktet til å sette en minstealdersgrense for bruk av barnesoldater på atten år.

Det kan muligens argumenteres for at ILO Konvensjon 138 tillater statene å involvere mindreårige i enkelte former for militærvirksomhet, såfremt dette ikke er skadelig for deres utvikling, samt helse, sikkerhet og moral. På bakgrunn av at konvensjonen ikke er helt klar når det gjelder arbeid som kan være skadelig for barn, bestemte man seg for å utforme en konvensjon som vernet om dette spesielt. Jeg vil i neste punkt gå nærmere inn på denne konvensjonen.

¹²³ ILO Konvensjon nr. 138 om minstealder for adgang til sysselsetting av 6. juni 1973.

¹²⁴ Jfr. ILO Konvensjon nr. 138, artikkel 2(3.).

5.4.2 ILO Konvensjon nr. 182

ILO konvensjon nr. 182 om de verste former for barnearbeid forbyr bruk av barnesoldater.¹²⁵ Konvensjonen forbyr i utgangspunktet all tvungen eller obligatorisk arbeid for barn. Den lister opp hva slags arbeid som kan falle inn under denne kategorien, og tvungen rekruttering av barnesoldater under 18 år faller inn under forbudet.¹²⁶ Etter dette regnes tvungen rekruttering av barnesoldater som en av de verste formene for barnearbeid etter konvensjonen. Konvensjonen forbyr også arbeid som skader barns helse, sikkerhet og moral.¹²⁷ Den presiserer ikke hva slags arbeid dette gjelder, men det er naturlig å se det som at all bruk av barnesoldater er å regne som en slik form for arbeid. Således forbyr konvensjonen trolig også frivillig rekruttering av barnesoldater under atten år.

Det er antatt at ILO konvensjon nr. 182 er et nyttig instrument i kampen mot bruk av barnesoldater, da den - historisk sett - var den første internasjonale konvensjonen som satte atten år som en nedre aldersgrense for all form for rekruttering av barnesoldater. Konvensjonen er et viktig supplement til Barnekonvensjonen og ILOs minstealderkonvensjon. 150 stater har ratifisert konvensjonen og ved ratifikasjon forpliktet statspartene til å gjennomføre umiddelbare og effektive tiltak for å forby og avskaffe de verste former for barnearbeid, som for eksempel bruk av barnesoldater.¹²⁸

Igen stilles det spørsmål til den praktiske betydningen av en slik internasjonal konvensjon som forbyr bruk av barnesoldater. Det er klart at ILO, som er en såpass sterk og anerkjent organisasjon, har en viss tyngde og at konvensjonen spiller en relevant rolle for statenes interne organisering. Hvor effektivt den forbyr barnesoldater kan det likevel stilles spørsmål ved. ILO er intet tvangsorgan og har ingen domstolliknende funksjon. Det er derfor grunn til å være kritisk til hvordan ivaretagelsen av konvensjonen gjennomføres. Som nevnt overfor i forhold til Genèvekonvensjonene, vil sannsynligvis det sterkeste pressmiddelet for gjennomføring

¹²⁵ ILO Konvensjon nr. 182 om forbud mot og umiddelbare tiltak for å avskaffe de verste former for barnearbeid av 17. juni 1999.

¹²⁶ Jfr. ILO Konvensjon nr. 182, artikkel 3(a), jfr. artikkel 2.

¹²⁷ Jfr. ILO Konvensjon artikkel 3 (d).

¹²⁸ Jfr. ILO Konvensjon nr. 182, artikkel 7 (1.).

av konvensjonen være at krenkelser kan vurderes av internasjonale domstoler.¹²⁹ På grunn av at forfølgning kan foretas av de internasjonale domstolene, presses både statene og individer til å overholde bestemmelsene i konvensjonen.

5.4.3 ILO Anbefaling nr. 190

Til ILO Konvensjon nr. 182 knytter det seg en anbefaling (nr. 190) som gir statspartene rettledning om implementering av konvensjonen.¹³⁰ Anbefalingen er et supplement til konvensjonen og er ikke bindende for statspartene, men har en veiledende funksjon.

For å sikre en effektiv gjennomføring av konvensjonen oppfordres statspartene til å gjennomføre konvensjonen i nasjonal lovgivning. Anbefalingen gir også opplysninger om hva slags type arbeid som anses for å være skadelig, og som derfor er forbudt etter konvensjonen. Dette gjelder arbeid av mange slag, hvorav bruken av barnesoldater faller inn under forbudet.¹³¹ Anbefalingen oppfordrer også statspartene til å kriminalisere bruk av barnesoldater.¹³² Ettersom anbefalingen ikke er bindende for statspartene, er de ikke juridisk forpliktet til å kriminalisere bruk av barnesoldater i nasjonal lovgivning. Det er imidlertid grunn til å tro at statspartene føler en viss forpliktelse på dette området, ettersom ILO har en sterk posisjon og at det gjerne vil foreligge et press fra andre stater om å gjennomføre konvensjonen i tråd med ILOs anbefalinger.

5.5 FN-konvensjoner

5.5.1 Innledning

Av FN-konvensjoner som er av betydning for forbudet mot barnesoldater må Barnekonvensjonen og tilleggsprotokollen om bruk av barn under atten år i væpnede konflikter, særlig trekkes frem. Da jentesoldater settes i en spesiell stilling og behandles

¹²⁹ Se 6.5.1.5.

¹³⁰ ILO Anbefaling nr. 190 om forbud mot og umiddelbare tiltak for å avskaffe de verste former for barnearbeid av 17. juni 1999.

¹³¹ Jfr. ILO Anbefaling nr. 190, artikkel 3 - "hazardous work".

¹³² ILO Anbefaling nr. 190, del III, artikkel 12 (a).

på en kjønnsdiskriminerende måte, er også FNs Kvinnekonvensjon relevant for problematikken. Jeg vil i dette kapitlet gå nærmere igjennom de ulike konvensjonsbestemmelsene som er av betydning for barnesoldatproblemet og vurdere deres praktiske betydning i folkeretten.

5.5.2 FNs Barnekonvensjon

5.5.2.1 Innledning

Den første internasjonale overenskomsten om barns rettigheter, Erklæringen om barns rettigheter,¹³³ ble vedtatt av FNs Generalforsamling i 1959. Erklæringen verner ikke spesielt om barnesoldater, men gir retningslinjer om beskyttelse av alle barn. Den er ikke bindende for FNs medlemsstater og har av den grunn liten betydning rettslig sett. Arbeidet mot bruk av barnesoldater fikk derfor et gjennomslag da FNs Barnekonvensjon, som blant annet forbyr bruk av barnesoldater, ble vedtatt av FNs Generalforsamling 20. november 1989.¹³⁴ Konvensjonen ble utformet av en arbeidsgruppe bestående av medlemmer av FNs Menneskerettskommisjon, uavhengige eksperter og observatører fra ikke-medlemsstater, NGOer og representanter fra ulike FN-organer. Barnekonvensjonen er det første juridisk bindende dokument for barns sivile og politiske, samt økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter.

Konvensjonen trådte i kraft 2. september 1990 i henhold til artikkel 49, tretti dager etter at tjue stater hadde ratifisert eller tiltrådt den.¹³⁵ Fra og med denne datoen har man regnet konvensjonen for å være et svært viktig rettighetsdokument for barn. Norge var den 67. staten som ratifiserte konvensjonen. Dette skjedde i 1990¹³⁶ og i 2003 ble den inkorporert ved norsk lov.¹³⁷ Barnekonvensjonen fikk ved inkorporasjonen stilling som nasjonal lov. Det følger for øvrig av Menneskerettsloven at ved konflikt mellom en

¹³³ Declaration of the rights of the child), 20. november 1959.

¹³⁴ Jfr. A/RES/44/25.

¹³⁵ The Convention on the Rights of the Child, A/RES/44/25 av 20. november 1989.

¹³⁶ Jfr. St.prp. nr. 104 (1989-90).

¹³⁷ Jfr. Menneskerettsloven av 21. mai nr. 30 1999.

nasjonal bestemmelse og en bestemmelse i konvensjonen, skal konvensjonsbestemmelsen gå foran.¹³⁸

I dag er det hele 192 stater som har ratifisert Barnekonvensjonen. Den store oppslutningen gir konvensjonen en sterk stilling i forhold til mange andre internasjonale konvensjoner og har ført til at den har oppnådd stor anerkjennelse internasjonalt. Kun USA og Somalia har valgt å ikke ratifisere konvensjonen. Disse statene har imidlertid signert konvensjonen, noe som kan tyde på en vilje til å ratifisere den en gang i fremtiden.¹³⁹

Barnekonvensjonen er kun formelt bindende for statene som har tiltrådt eller ratifisert den, men den kan neppe ignoreres av USA og Somalia. I og med den store oppslutningen kan konvensjonen sees på som en internasjonal standard som inneholder enkelte aspekter av sedvanerett. Prinsippet om ”barnets beste” har for eksempel trolig slik rang.¹⁴⁰

5.5.2.2 Reservasjoner og erklæringer

Wienkonvensjonen om traktatretten artikkel 19-23 gir statene mulighet til å foreta reservasjoner i forhold til konvensjonene de slutter seg til. Den rettslige virkningen av reservasjoner er at staten er ikke bundet av det den har reservert seg mot. Det finnes imidlertid noen unntak for å foreta reservasjoner. Et eksempel finnes i Barnekonvensjonen artikkel 51 (2) som forbyr statene å foreta reservasjoner som er uforenlig med konvensjonens formål og hensikt.

Det er også anledning til å avgi erklæringer (”declarations”) i forhold til Barnekonvensjonen og tilleggsprotokollene. En erklæring går ut på at staten uttaler seg om sin stilling i forhold til den aktuelle konvensjon eller tilleggsprotokoll. I

¹³⁸ Jfr. Menneskerettsloven § 3.

¹³⁹ Etter artikkel 46 i konvensjonen og artikkel 9 i tilleggsprotokollen, er både konvensjonen og tilleggsprotokollene åpen for signering. Å signere gir som hovedregel ingen juridiske forpliktelser, men indikerer at staten intenderer å vurdere konvensjonen nærmere og bestemme seg for hvilken holdning den har til konvensjonen.

¹⁴⁰ Jfr. Barnekonvensjonen artikkel 3.

erklæringene hevder gjerne statene at de vil gå lenger i sin nasjonale lovgivning enn det de forpliktes til etter konvensjonen eller protokollen. Det er også vanlig at erklæringene inneholder protester mot andre staters reservasjoner. Når det gjelder tilleggsprotokollens nedre aldersgrense for frivillig rekruttering som er satt til seksten år, er det flere stater som ved erklæring har uttrykket at de vil sette en høyere aldersgrense enn seksten.¹⁴¹ Det er imidlertid full adgang for en stat å gå lenger i å verne barnets rettigheter gjennom nasjonal lovgivning enn Barnekonvensjonen og protokollene, uten å statuere dette gjennom en erklæring overfor FN. Norge har for eksempel ikke avgitt en erklæring om at barn under atten ikke kan verve seg til militære, men det fremgår av norsk lovgivning at man må i utgangspunktet være atten år for å kunne gjøre det.¹⁴²

5.5.2.3 Artikkel 38 - Barn i krig

Barnekonvensjonen artikkel 38 er helt sentral i forhold rekruttering av barnesoldater ettersom den pålegger statene å forhindre dette. Forbudet har imidlertid en vesentlig begrensning. Da konvensjonen ble utformet fikk man bare statuert et forbud mot frivillig og tvungen rekruttering av barnesoldater under femten år, til tross for at flere aktører, både stater og organisasjoner, hadde jobbet for en nedre aldersgrense på atten år for all rekruttering.

Konvensjonsforhandlingene endte altså ikke i et fullt tilfredsstillende resultat for alle parter. Bakgrunnen for at man ikke lyktes i å sette en høyere aldersgrense for tvungen militær rekruttering, var at flere stater på grunn av nasjonal lovgivning og tradisjoner ikke kunne godta en såpass høy minstealdersgrense som atten år. Mange stater har imidlertid hevet femtenårsgrensen etter ratifisering av Barnekonvensjonens tilleggsprotokoll om bruk av barn under atten år i væpnet konflikt, som pålegger statspartene å gjøre dette.¹⁴³

Artikkel 38 beskytter barn fra all deltagelse i væpnede konflikter, som soldater eller på annen måte. Bestemmelsen lyder:

¹⁴¹ Se kapittel 5.5.2.6.

¹⁴² Jfr. Vernepliktsloven § 3, Se kapittel 5.9.3.

¹⁴³ Se 5.5.2.6.

”Staten skal hindre at barn under 15 år blir soldater eller tar del i krigshandlinger. Alt må gjøres for å hjelpe barn som rammes av krig.

1. Partene påtar seg å respektere og sikre respekten for de bestemmelser i internasjonal menneskerettslovgivning som gjelder for dem i væpnede konflikter og berører barnet.
2. Partene skal treffe alle gjennomførbare tiltak for å sikre at personer under 15 år ikke deltar direkte i fiendtligheter.
3. Partene skal avstå fra å rekruttere til sine væpnede styrker personer som ikke er fylt 15 år. Ved rekruttering blant de personer som er fylt 15, men ikke 18 år, skal partene bestrebe seg på å først velge ut de som er eldst.
4. I samsvar med sine forpliktelser i henhold til internasjonal menneskerettighetslovgivning om å beskytte sivilbefolkningen under væpnede konflikter, skal partene treffe alle gjennomførbare tiltak for å verne og dra omsorg for barn som berøres av en væpnet konflikt.”

Artikkelen er omfattende og gir et bredt menneskerettslig vern mot bruk av barnesoldater, samtidig som tidligere barnesoldater gis rettigheter til rehabilitering ved at statene er forpliktet til å gjøre alt for å hjelpe barn som blir rammet av krig.

5.5.2.4 FNs Ekspert og Spesialrepresentant for barn og væpnede konflikter

Siden Verdens Toppmøte for barn, som ble arrangert i regi av FN i 1990, ble fokuseringen på barn i krigssituasjoner og bruken av barnesoldater forsterket.

Toppmøtet var startskuddet til FNs storsatsing for arbeidet med barn og væpnede konflikter. På møtet vedtok statene som deltok en erklæring om barns overlevelse, beskyttelse og utvikling og en Handlingsplan for implementering av erklæringen.¹⁴⁴

Ved siden av temaer som mat og ernæring, utdanning og helse, fokuserte Toppmøtet også på barn og væpnede konflikter. Det ble presisert at barn i væpnede konflikter har et spesielt behov for beskyttelse og statene ble anmodet til å handle både på nasjonalt og internasjonalt nivå for å fremme barns rettigheter generelt og i krigssituasjoner. Verken erklæringen eller handlingsplanen medførte juridiske forpliktelser for statene. Likevel

¹⁴⁴ Plan of Action for Implementing the World Declaration on the Survival, Protection and Development of Children in the 1990's.

har Toppmøtet hatt stor betydning for barns rettigheter på grunn av det sterke fokuset som ble rettet mot emnet.

Siden Toppmøtet har FN jobbet iherdig med å vekke internasjonal oppmerksomhet mot barn og væpnede konflikter. I 1993 vedtok Generalforsamlingen en resolusjon som anbefalte generalsekretæren å utnevne en uavhengig ekspert for å vurdere krigs påvirkning på barn.¹⁴⁵ Eksperten skulle samarbeide med UNICEF (United Nations Children's Fund) og gjennomføre en omfattende studie vedrørende spørsmålet. Studien skulle fokusere på barns deltagelse i krig og gi spesifikke anbefalinger for å beskytte barn i væpnede konflikter. Man håpet satsingen ville forbedre barns stilling i krig ettersom barn stadig ble tilfeldige ofre for våpenbruk. Mineproblematikken var i denne forbindelse et sentralt tema. I august 1994 ble Graca Machel, tidligere utdanningsminister i Mosambik, utnevnt som FNs Ekspert for barn og væpnede konflikter.

Etter to år med feltarbeid, forskning og rådspørring la Machel frem sin rapport med tittelen "Væpnede konflikters innvirkning på barn" for FNs Generalforsamling på dens femtiførste sesjon.¹⁴⁶ Rapportens konklusjon var rett og slett at barn har ingen ting å gjøre i væpnede konflikter. Den avslørte omfanget av barns deltagelse i konflikter og ytret ønsker og anbefalinger til stater, FN-systemet, andre organisasjoner og individer om hvordan forbedre barns stilling i krig. Rapporten var den første vurdering av hvordan barns rettigheter blir krenket i krigssituasjoner. Machel var tildelt et ad-hoc mandat, og har avsluttet sitt arbeid.

Som respons til Machels rapport vedtok Generalforsamlingen en resolusjon om å utnevne en Spesialrepresentant for barn og væpnede konflikter.¹⁴⁷ Rollen til Spesialrepresentanten var å kartlegge behov til barn som har opplevd krig eller lever i krig. Representantens skulle utforme og fremlegge en rapport med relevant informasjon om barn i væpnede konflikter for Generalforsamlingen og FNs Menneskerettskomité. For å lette Spesialrepresentantens arbeid oppfordret Generalforsamlingen

¹⁴⁵ Se A/RES/48/280 (1993).

¹⁴⁶ Se A/51/306 and Add. 1 (Impact of Armed Conflict on Children).

¹⁴⁷ Se A/RES/51/77.

medlemsstatene og organisasjoner til å gi bidrag for å støtte Spesialrepresentantens arbeid.

I september 1997 ble Olara A. Otunnu utnevnt som Spesialrepresentant for barn og væpnede konflikter. Avdelingen for Spesialrepresentanten har i dag en viktig rolle i FN-systemet. Avdelingen arbeider med å øke bevisstheten rundt barn i krig og deres behov. Den fremlegger forslag og arbeider for å fremme beskyttelsen av barn i væpnede konflikter. I samarbeid med andre FN-organer som UNICEF, FNs Høykommissjonær for Flyktninger, og Avdeling for fredsbevarende Operasjoner, utvikler Spesialrepresentanten hjelpeprogrammer for barn som har opplevd krig. Spesialrepresentanten samarbeider også med andre ikke-statlige aktører som driver programmer i ulike land og konfliktområder for å utforme hjelpeprogrammer. Særlig har demobiliseringsprogrammer for barnesoldater og integrasjonsprogrammer for barn som har opplevd krig stått i særlig fokus den siste tiden.

De siste årene har Otunnu fungert som en advokat for å fremme barns rettigheter i konfliktområder ved å promotere barns behov for beskyttelse i krig og behov for behandling og reintegrasjon i tiden etter konflikt. I løpet av de siste årene har han besøkt flere land som er i konflikt eller har vært i konflikt. Blant annet har det vært fokusert på Sierra Leone, Colombia, Sri Lanka, Mozambique, Kosovo, Liberia, Sudan og Burundi. I flere tilfeller har Spesialrepresentanten sikret at de stridende parter i konfliktområder ikke har rekruttert barnesoldater og unnlatt å angripe sivile mål som skoler og sykehus.

Siden Spesialrepresentanten startet sitt arbeid i 1997 har Representanten utformet flere rapporter til Sikkerhetsrådet, Generalforsamlingen og Menneskerettighetskommisjonen.¹⁴⁸ I rapportene fremlegges arbeidets progresjon og det blir foreslått måter å handle videre på. I tillegg inneholder de refererende aspekter som forteller om barns stilling i krig verden over.

Både Eksperten for barn og væpnede konflikter og Spesialrepresentanten har arbeidet for å fremme barns rettigheter i krig, men det er likevel et klart skille mellom stillingene. Eksperten har hatt en mer forskende og rapporterende rolle, mens

¹⁴⁸ Se for eksempel A/59/695-S/2005/72, 9. februar 2005.

Spesialrepresentanten arbeider aktivt i samarbeid med Generalsekretæren og andre FN-organer. Spesialrepresentanten setter i verk handlingsprogrammer og har en mer aktiv rolle enn Eksperten som jobbet mer uavhengig. Mens Machel har avsluttet sitt arbeid, pågår Spesialrepresentantens arbeid fremdeles.

5.5.2.5 Cape Town prinsippene

For å arbeide mot det tragiske og økende barnesoldatproblemet gikk Barnekonvensjonens arbeidsgruppe og UNICEF sammen og arrangerte en konferanse i Cape Town i april 1997, for å bekjempe problemet.¹⁴⁹ Formålet med konferansen var å bringe sammen eksperter for å utvikle strategier for å forebygge barnesoldatrekruttering. Cape Town prinsippene er et resultat konferansen. Prinsippene retter seg mot barnesoldatrekruttering i Afrika, men det er allment akseptert at de også har betydning utenfor Afrika.¹⁵⁰

Cape Town prinsippene setter opp ulike mål og forslag til hvordan man skal få slutt på rekruttering av barnesoldater. Det kommer frem av prinsippene at det burde utformes en folkerettslig attenårs grense for bruk av barnesoldater som statene bør implementere nasjonalt. Som kjent klarte man ikke å bli enig om en attenårs grense ved vedtagelsen av Barnekonvensjonen, og man satte da femten år som nedre aldersgrense i stedet. Cape Town Prinsippene er en reaksjon på Barnekonvensjonens utfall som viser oppslutningen vedrørende arbeidet for å heve femtenårs grensen i Barnekonvensjonen. Konferansen arbeidet i tillegg for demobilisering og reintegrering av tidligere barnesoldater.

Cape Town Prinsippene gir også en definisjon av barnesoldatbegrepet hvor omfanget av de som tradisjonelt har vært å regne som barnesoldater utvides. Det fremheves at en barnesoldat er en person under atten år, som deltar på hvilken som helst måte - direkte eller indirekte - i armeer eller andre militære grupper. Kokker, vakter, budbringere eller andre som hjelper til i slike grupper, omfattes blant annet av definisjonen.

¹⁴⁹ Cape Town Principles and Practices on the Recruitment of Children into the Armed Forces and on Demobilization and Social Reintegration of Child Soldiers in Africa, Cape Town 27-30 april 1997.

¹⁵⁰ Cape Town Prinsippene er ikke å regne som en FN-konvensjon, men jeg finner det naturlig å behandle prinsippene i denne sammenheng, da prinsippene ledet frem mot vedtagelsen av Barnekonvensjonens tilleggsprotokoll om barn og væpnede konflikter, som behandles nedenfor i 5.5.2.6.

Familiemedlemmer til de som hjelper til eller støtter slike militære grupper, omfattes derimot ikke. Definisjonen omfatter videre jenter som er rekruttert som følge av seksuelle hensikter og tvungne ekteskap. Definisjonen omfatter altså ikke bare barn som har båret våpen, men også de barna som har bistått i militære styrker på andre måter. Opplistingen av hvem som anses for å være barnesoldater er imidlertid ikke uttømmende. Cape Town definisjonen er i dag allment akseptert på verdensbasis, og anvendes aktivt når det er tale om barnesoldater. Å utvide soldatdefinisjonen når det er snakk om barnesoldater er verdifullt, ettersom barn ofte blir brukt til mye annet enn tradisjonelle krigshandlinger i styrkene.

Cape Town prinsippene er ikke juridisk bindende, men oppfordrer alle stater til å vedta og ratifisere tilleggsprotokollen om barn og væpnede konflikter (som for øvrig var under utforming da Cape Town prinsippene ble utferdiget). I prinsippene presiseres det også at statene bør ratifisere og implementere alle relevante regionale og internasjonale traktater og inkorporere disse i nasjonal lovgivning. Traktatene det siktes til er The African Charter on the Rights and Welfare of the Child og Genèvekonvensjonenes tilleggsprotokoller. Det Afrikanske Charteret setter opp en attenårsgrense for rekruttering, mens tilleggsprotokollene til Genèvekonvensjonene setter opp en femtenårsgrense. Når prinsippene adresserer sine oppfordringer til ”governments” eller ”statene”, antas det at dette er rettet til aller verdens stater, og ikke kun de som har forpliktet seg til Barnekonvensjonen. Spørsmålet er imidlertid lite relevant i og med at 191 av verdens stater har vedtatt konvensjonen.

Prinsippene inneholder i tillegg et avsnitt om straffeansvar ved bruk av barnesoldater, da ileggelse av straff var ansett som et viktig preventivt virkemiddel for å motvirke bruken av barnesoldater. Cape Town Prinsippene legger kun opp til straffeansvar for de som har stått for rekruttering av barnesoldater, og ikke for barnesoldatene selv.¹⁵¹

5.5.2.6 Tilleggsprotokollen om bruk av barn under atten år i væpnet konflikt

I årene etter vedtagelsen av Barnekonvensjonen pågikk det et aktivt arbeid for å heve femtenårsgrensen i artikkel 38. Arbeidsgruppen som hadde utformet

¹⁵¹ Se kapittel 6 for straffeansvar ved bruk av barnesoldater.

Barnekonvensjonen ble på bakgrunn av dette satt til å utforme en tilleggsprotokoll til Barnekonvensjonen om barns deltakelse i væpnede konflikter. Bakgrunnen for organiseringen av gruppen var oppfordringer fra medlemsstatene, Spesialrepresentanten for barn og væpnede konflikter, ulike FN-organer og andre ikke-statlige organisasjoner. Særlig The Coalition to Stop the Use of Child Soldiers drev et aktivt arbeid for å heve femtenårsgrensen i Barnekonvensjonen.

Den 25. mai 2000 på FNs Generalforsamling, ble konvensjonens tilleggsprotokoll om barn i væpnet konflikt vedtatt.¹⁵² 5. juni 2000 åpnet tilleggsprotokollen for signatur og ratifikasjon for alle stater som enten hadde signert eller ratifisert Barnekonvensjonen, mens andre stater hadde fra den samme datoen anledning til å tiltre protokollen.¹⁵³ Protokollen trådte i kraft 12. februar 2002, en måned etter at ti stater hadde ratifisert eller tiltrådt protokollen.¹⁵⁴ Per mai 2005 har 117 stater signert protokollen, mens kun 88 har ratifisert den. Norge har ratifisert protokollen, og den ble inkorporert sammen med Barnekonvensjonen i 2003.¹⁵⁵ USA er forøvrig en av statene som har valgt å ratifisere protokollen, i motsetning til selve konvensjonen. Tilleggsprotokollen er som konvensjoner generelt, kun bindende for stater som har ratifisert eller tiltrådt den. På bakgrunn av dette omtales protokollen gjerne som en valgfri tilleggsprotokoll ("optional protocol") til Barnekonvensjonen.

Protokollen hever Barnekonvensjonens aldersgrense for tvungen rekruttering til statlige væpnede styrker til atten år,¹⁵⁶ mens for frivillig rekruttering heves grensen til seksten år.¹⁵⁷ Videre oppfordrer protokollen statspartene å også heve aldersgrensen for frivillig

¹⁵² Tilleggsprotokoll til FNs barnekonvensjon om barn i væpnet konflikt av 2000, vedtatt i henhold til Generalforsamlingens resolusjon A/RES/54/263.

¹⁵³ Jfr. Tilleggsprotokollen om bruk av barn under atten år i væpnet konflikt, artikkel 9.

¹⁵⁴ Jfr. Tilleggsprotokollen om bruk av barn under atten år i væpnet konflikt, artikkel 10(1.).

¹⁵⁵ Menneskerettsloven 21. mai 1999 nr. 30 § 2(4.), Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) Om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av Barnekonvensjonen i norsk lov).

¹⁵⁶ Jfr. Tilleggsprotokollen artikkel 2.

¹⁵⁷ Protokollen anmoder medlemsstatene om å øke den nedre aldersgrensen i Barnekonvensjonen på femten år for frivillig rekruttering. I realiteten medfører dette at tilleggsprotokollen setter opp en nedre aldersgrense på seksten år for frivillig rekruttering. Se tilleggsprotokollen artikkel 3 (1.) jfr. Barnekonvensjonen artikkel 38(3.).

rekruttering av barnesoldater til 18 år. For all rekruttering til uavhengige militære grupper, ble aldersgrensen satt til atten år.¹⁵⁸ Protokollen oppfordrer også statene om å bidra med teknisk og finansiell støtte for å hindre den økende rekrutteringen av barnesoldater, og å forbedre rehabiliteringsprosessene og den sosiale reintegrasjon av tidligere barnesoldater.¹⁵⁹

Som i selve konvensjonen er statspartene gitt en adgang til å avgi erklæringer i tilknytning til tilleggsprotokollen. Uganda har avgitt en slik erklæring hvor det hevdes at aldersgrensen for frivillig rekruttering til det nasjonale forsvaret er 18 år og at det ikke finnes verneplikt i landet. I dette tilfellet ser vi at Uganda velger å følge tilleggsprotokollens anbefaling om å også heve den frivillige aldersgrensen for rekruttering. Uganda får honnør for at de går lenger i barnets favør enn det protokollen krever, men det er selvfølgelig meget uheldig at landet verken etterlever Barnekonvensjonen, protokollen eller erklæringen i praksis.

I Uganda er bruk av barnesoldater svært vanlig, men det skal ikke sees bort fra at staten viser vilje til å avskaffe bruken. Som kjent tar det ofte lang tid å reformere grunnleggende oppfatninger i et samfunn, og ettersom barnesoldater har vært brukt i mange år i Uganda, vil det nok ta tid før problemet er utryddet. Ugandas erklæring i forhold til tilleggsprotokollen sees derfor på som et lite, men viktig skritt på veien mot et barnesoldatfritt Uganda. Ugandas ønske om å få en slutt på urolighetene og bruken av barnesoldater har også blitt klart ytret av President Museveni i en henvendelse til ICC. Jeg kommer nærmere tilbake til dette i 6.8.5.

5.5.2.7 Tilleggsprotokollen om salg av barn, barneprostitusjon og barnepornografi

På grunn av den seksuelle utnyttelsen av jentebarna som skjer i militærgruppene, kan man stille seg spørsmålet om også forbudet mot barneprostitusjon krenkes. I så fall vil det ved den seksuelle utnyttelsen av jentesoldatene foreligge en krenkelse av flere

¹⁵⁸ Jfr. Tilleggsprotokollen artikkel 4(1).

¹⁵⁹ Jfr. Tilleggsprotokollen artikkel 6 og 7.

artikler i Barnekonvensjonen,¹⁶⁰ samt av konvensjonens tilleggsprotokoll om salg av barn, barneprostitusjon og barnepornografi og tilleggsprotokollen om bruk av barn under atten år i væpnede konflikter. Etter tilleggsprotokollen som omhandler barneprostitusjon artikkel 1 skal konvensjonspartene forby barneprostitusjon. Bestemmelsen lyder:

”Partene skal forby salg av barn, barneprostitusjon og barnepornografi slik det er fastsatt i denne protokoll.”

Tilleggsprotokollen er ikke direkte rettet mot seksuelt misbruk av barnesoldater ettersom barnesoldater er beskyttet av tilleggsprotokollen om bruk av barn under atten år i væpnet konflikt. Jeg mener det likevel er relevant å vurdere om jentebarna er beskyttet av begge protokollene, da de i så fall vil være vernet enda sterkere. Artikkel 2 gir en definisjon av hva protokollen anser for å være barneprostitusjon:

”I denne protokoll betyr: (...)

b. Barneprostitusjon: bruk av et barn i seksuelle aktiviteter mot betaling eller enhver annen form for motytelse.”

Det kreves altså at det er involvert en type vederlag for at den seksuelle utnyttelsen ligger innenfor protokollens virkeområde. Kommer man til at dette ikke er tilfelle når det gjelder utnyttelsen av jentesoldatene, må det imidlertid presiseres at seksuell utnyttelse av barn alltid vil være forbudt etter annen nasjonal og internasjonal lovgivning.¹⁶¹

Hvorvidt jentesoldatene mottar vederlag for utnyttelsen foretatt av kommandantene, varierer etter all sannsynlighet fra tilfelle til tilfelle. Men i og med at de militære gruppene og kommandantene underholder barnesoldatene til en viss grad med mat og husly, kan man kanskje se dette som vederlag. Til tross usikkerhet rundt vederlagsspørsmålet og at jentesoldatene uansett er beskyttet av protokollen om bruk av barn under atten år i væpnet konflikt, kan jeg ikke se andre argumenter som taler sterkt imot at jentesoldatene er beskyttet av protokollen om barneprostitusjon. Denne beskyttelsen vil selvfølgelig også gjelde gutter hvis de blir seksuelt utnyttet i leirene.

¹⁶⁰ Se blant annet artikkel 32, 33, 34, 35, 36 og 38.

¹⁶¹ Se for eksempel Barnekonvensjonen artikkel 34, jfr. artikkel 35.

Det kan neppe være avgjørende at seksuell utnyttelse av barnesoldater ikke er å anse som klassisk barneprostitusjon. At jentesoldatene selv ikke prostituerer seg frivillig for å motta vederlag er irrelevant, da barneprostitusjon alltid skjer under en form for tvang. Formålet til protokollen er å hindre barneprostitusjon samt annen seksuell utnyttelse av barn, og intet tilsier at enkelte former for prostitusjon er unntatt. At noen barn er spesielt beskyttet av andre lover eller konvensjoner kan ikke hindre vern etter tilleggsprotokollen.

Statenes plikt etter tilleggsprotokollen om salg av barn, barneprostitusjon og barnepornografi går i all hovedsak ut på at statsparten skal hindre slik aktivitet. Det finnes ingen direkte tvangsmidler bak verken Barnekonvensjonen eller protokollene. For å iverksette dette må man gå til nasjonale eller internasjonale domstoler. Disse kan avgjøre om det er skjedd krenkelser av konvensjonsbestemmelser og sedvanerett.¹⁶² Barnekonvensjonen og protokollene har likevel stor betydning for ivaretagelse av barns særegne menneskerettigheter. Når en stat forplikter seg til en konvensjon forventer andre statsparter at staten vil implementere konvensjonen på best mulig måte. Videre medfører det også en plikt til å inngi rapporter til Barnekomiteen som igjen vil gi rådgivende uttalelser til den enkelte stat. Alle disse ovennevnte faktorer er med på å gi Barnekonvensjonene og protokollene en reell funksjon.

5.5.2.8 Mangelen på sanksjonsapparat ved krenkelser av konvensjonen

Det er ikke opprettet et sanksjonsapparat for krenkelser av bestemmelsene i Barnekonvensjonen. Følgelig finnes det ingen internasjonal domstol som er opprettet for å behandle krenkelser. Av samme grunn kan heller ingen sanksjoner i utgangspunktet inntre ved brudd. ICC har imidlertid en viss mulighet til å foreta straffeforfølgning ved brudd på Barnekonvensjonen, hvis slike brudd skulle falle inn under saker ICC har jurisdiksjon over.¹⁶³ Denne adgangen er svært begrenset og ICC har således ingen reell prøvelsesadgang i forhold til Barnekonvensjonen.¹⁶⁴ Den

¹⁶² Se 5.8.

¹⁶³ Jfr. Roma -statuttene artikkel 5 og 21.

¹⁶⁴ Se kapittel 6.5.1.5.

viktigste kontrollmetoden med statenes gjennomføring av konvensjonen er derfor rapporteringsplikten til Barnekomiteen.¹⁶⁵

5.5.3 Barnekomiteen

5.5.3.1 Innledning

FNs komité for barns rettigheter (Committee on the Rights of the Child) ble etablert i overensstemmelse med Barnekonvensjonen artikkel 43 i 1991. Den består av ti internasjonale eksperter i barnerettsspørsmål som blir valgt for en periode på fire år. Komiteen møtes tre ganger i året. I dag sitter det en nordmann i komiteen, professor dr. juris Lucy Smith.

5.5.3.2 Komiteens mandat

Komiteens oppgave er å overvåke statspartenes gjennomføring av Barnekonvensjonen og tilleggsprotokollene. Statene som har ratifisert eller tiltrådt konvensjonen og/eller protokollene, er forpliktet til å inngi såkalte landrapporter til komiteen.¹⁶⁶ De stater som er part til både Barnekonvensjonen og tilleggsprotokollen er forpliktet til å levere rapporter innen to år etter ratifikasjon av disse, deretter hvert femte år. De stater som ikke er part til konvensjonen, men bare til protokollen, er forpliktet til å levere rapporter hvert femte år.

Rapportene skal inneholde en utredning om hva staten har gjort for å implementere konvensjonsbestemmelsene nasjonalt. Komiteen får også ofte inn såkalte skyggerapporter fra uavhengige organisasjoner (NGOer) og FN-organer ved bekymring for enkelte statsparters gjennomføring av konvensjonen og protokollene. Disse er av

¹⁶⁵ Se kapittel 5.5.3.

¹⁶⁶ Jfr. Barnekonvensjonen artikkel 44 og Tilleggsprotokollen om bruk av barn i væpnede konflikter artikkel 8.

stor verdi for komiteens arbeid. Redd barna og UNICEF er eksempler på institusjoner som ofte rapporterer til komiteen.¹⁶⁷

Komiteens overvåking skjer først og fremst på bakgrunn av rapportene. Komiteen vurderer disse og er i denne forbindelse i dialog med den aktuelle statspart. Praktisk foregår vurderingen ved at komiteen har møte med representanter fra den enkelte stat i en dag, hvor komiteen stiller spørsmål på grunnlag av rapportene. Komiteen har som mål å hente tilleggsopplysninger om forholdene i den enkelte stat gjennom dialogene. Dialogene er svært verdifulle for komiteens vurderinger, da de gir en utveksling av synspunkter og et klarere bilde av barns stilling i de ulike statene.

Etter å ha vurdert landrapportene og vært i dialog med den aktuelle stat, gir komiteen staten en tilbakemelding i form av en anbefaling ("recommendation") om hva som bør forbedres når det gjelder gjennomføringen. Anbefalingen kan også meddeles generalforsamlingen. Komiteen har imidlertid ingen tvangsmyndighet og kan ikke uten videre presse igjennom sine anbefalinger. Barnekomiteen har heller ikke individuell klageadgang slik for eksempel FNs Kvinnekomité har.¹⁶⁸

I Norge er det Barne- og familiedepartementet som er ansvarlige for rapporteringen til Barnekomiteen. Per i dag er det få land som har vært behandlet med tanke på gjennomføringen av tilleggsprotokollen om barn og væpnet konflikt. Nærmere informasjon om hvordan rapporten skal utformes og hva den skal inneholde er uttrykt i tilleggsprotokollens retningslinjer.¹⁶⁹

5.5.3.3 Kontrollering av statenes gjennomføring av tilleggsprotokollen om barn og væpnede konflikter

Når det gjelder tilleggsprotokollen om barn og væpnet konflikt, har komiteen vedtatt at den skal vurdere de fleste statspartene på bakgrunn av skriftlige rapporter av

¹⁶⁷ Jfr. Barnekonvensjonen artikkel 45. UNICEF bistår Barnekomiteen med rådgivning og ekspertise, rapportering om statenes gjennomføring. UNICEF kan også hjelpe statene med utforming av landrapportene.

¹⁶⁸ Se 5.5.4.

¹⁶⁹ Jfr. CRC/OP/AC/1, 12. oktober 2001.

tidsbesparende hensyn. Det skal bare foreligge dialog mellom komiteen og den enkelte stat når det er klart at forbudet mot bruk av barnesoldater krenkes. I de aller fleste stater i verden finnes det ikke barnesoldater, og det å skulle ha en omstendelig prosedyre med dialoger med alle statspartene, sees derfor på som unødig arbeid for komiteen. Så langt har komiteen satt av en eller en halv dag til behandling av statenes rapporter om gjennomføring av tilleggsprotokollen. Dette har blitt foretatt på samme sesjon som behandlingen av statenes gjennomføring av selve konvensjonen. Komiteen er for øvrig i ferd med å fastsette de endelige bestemmelser for hvordan behandlingen av statenes implementering av tilleggsprotokollen skal foregå.

Komiteen har fått kritikk av blant annet UNICEF og Redd Barna fordi den har valgt å ikke føre den samme behandlingsprosedyre for alle stater. Etersom prosedyren ikke er lik for alle statsparter, vil det si at stater hvor det faktisk finnes barnesoldater, kan slippe unna med å kun levere inn skriftlige rapporter og unngå dialog med komiteen. Dette kan føre til at barnesoldatproblematikken blir svakt belyst i noen stater. Uavhengige aktører og organisasjoner vil imidlertid fortsette å levere inn sine rapporter. Dette taler for at Barnekomiteen vil få nok informasjon for å gjøre sine evalueringer.

5.5.3.4 Den rettskildemessige verdien av komiteens uttalelser

Noen folkerettslig forpliktelse for statspartene til å følge komiteens uttalelser er verken fastsatt i Barnekonvensjonen eller i tilleggsprotokollene. Dette taler for at den rettskildemessige verdien av anbefalinger og generelle kommentarer er begrenset. Til tross for at det ikke er traktatfestet en plikt til å følge anbefalingene, kan de neppe ignoreres helt. Om betydningen av konvensjonsorganers praksis for statsparter uttales det i Ot. prp. nr 3 (1998-99) - Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett - på side 68:

”Når det gjelder betydningen av avgjørelser, uttalelser og (...) må det sees hen til sammensetningen av det aktuelle organ (er medlemmene uavhengige og faglig godt kvalifisert?), om dets tolkning er uttrykk for en festnet oppfatning som med sannsynlighet vil bli lagt til grunn også i fremtiden, og om denne har fått bred aksept.”

Etter forarbeidene er det vanskelig å si noe generelt om den rettskildemessige verdien av Barnekomiteens uttalelser. For å vurdere hvorvidt statspartene er forpliktet til å legge

til grunn komiteens tolkninger av Barnekonvensjonen i nasjonale rettsavgjørelser, må man gjøre en konkret vurdering av komiteen som har gitt uttalelsen og uttalelsen selv.

Til tross for at uttalelsene ikke er rettslig bindende, taler mye for at anbefalingene har en viss betydning ettersom medlemslandene ofte føler en plikt til å praktisere i henhold til komiteens praksis.

5.5.4 FNs Kvinnekonvensjon

5.5.4.1 Innledning

FNs Kvinnekonvensjon om å avskaffe alle former for diskriminering mot kvinner¹⁷⁰ beskytter alle kvinner og har ingen nedre aldersgrense. Således regulerer Kvinnekonvensjonen og Barnekonvensjonen - i et samspill – jentebarns, og da også jentesoldaters, rettigheter.

5.5.4.2 Kvinnekonvensjonens bakgrunn

Kvinnekonvensjonen har en stor, men noe mindre oppslutning enn Barnekonvensjonen. Den ble vedtatt av FNs Generalforsamling i 1979. To år senere, i september 1981 trådte den i kraft, tretti dager etter at tjue stater hadde ratifisert den.¹⁷¹ I dag har 180 stater ratifisert eller tiltrådt konvensjonen, dette er over nitti prosent av FNs medlemmer totalt.

Statene som har ratifisert eller tiltrådt konvensjonen, er forpliktet til å levere inn landrapporter om nasjonal gjennomføring av konvensjonen til FNs Kvinnekomité. Komiteen er i stor grad bygget opp på samme måte som Barnekomiteen og det vises derfor til 5.5.3 for nærmere redegjørelse for komiteens arbeid. Kvinnekomiteen skiller seg imidlertid fra Barnekomiteen ved at den møtes kun to ganger i året og ved at enkeltpersoner har individuell klagerett for Kvinnekomiteen. Klageadgangen åpner for at individer som mener at deres rettigheter etter konvensjonen er krenket, kan hevde

¹⁷⁰ The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW).

Heretter omtalt som "Kvinnekonvensjonen".

¹⁷¹ Jfr. Kvinnekonvensjonen artikkel 27 (1).

dette for komiteen, som igjen vil behandle klagen. Det er i dag ingen norsk ekspert i komiteen.

5.5.4.3 Jentesoldaters beskyttelse etter Kvinnekonvensjonen

Kvinnekonvensjonen har ingen bestemmelser om bruk av jentebarn som soldater i væpnet konflikt, men konvensjonen inneholder andre relevante bestemmelser for jentesoldater. Jentesoldater blir som nevnt utsatt for andre menneskerettsbrudd enn gutter, hvorav voldtekt og mishandling er konkrete eksempler. Videre blir også jenter utsatt for de samme overgrepene som gutter, hvorav flere av disse er brudd på rettigheter jenter har etter Kvinnekonvensjonen.

Kvinnekonvensjonens grunnleggende formål er å avskaffe alle former for diskriminering av kvinner. Ut i fra å se konvensjonen i et likestillingslys, kan det være vanskelig å se hvordan konvensjonen kan ha en direkte betydning for bruken av jentesoldater. Som kjent brukes også gutter som barnesoldater og man kan da spørre seg om det er verdifullt å snakke om likestilling mellom gutter og jenter, når begge kjønn blir utsatt for grusomme handlinger som barnesoldater. Det er imidlertid klart at Kvinnekonvensjonen har betydning i forhold til bruken av jentesoldater. Å fremme jenters rettigheter behøver ikke gå bekostninger av gutters rettigheter. Jenter utsettes ofte i større grad for overgrep - som voldtekt og tvangsekteskap - enn gutter, samtidig som de har andre behov enn gutter. På denne bakgrunn synes det riktig å anvende Kvinnekonvensjonen når det gjelder krenkelse av jentesoldaters rettigheter. Jeg vil derfor i den videre fremstilling ta for meg de mest sentrale bruddene på Kvinnekonvensjonen som blir gjort når jentebarn blir rekruttert og brukt som barnesoldater.

Når det gjelder jentesoldaters vern under Kvinnekonvensjonen sammenholdt med beskyttelsen i henhold til Barnkonvensjonen, kan det stilles spørsmål til hvilken av konvensjonene som gir jenter det sterkeste vernet. Kvinnekonvensjonen gjelder kvinner og jentebarns rettigheter, mens Barnekonvensjonen retter seg mot barn av begge kjønn. Mye taler for at Barnekonvensjonen er den viktigste konvensjonen for jentesoldater og således gir det sterkeste vernet. Barnekonvensjonen og tilleggsprotokollen har egne bestemmelser om forbud mot barnesoldater, noe Kvinnekonvensjonen ikke er utstyrt

med. Det er imidlertid utvilsomt at Barnekonvensjonen og Kvinnekonvensjonen gjelder side om side. Etersom de dekker ulike områder kan man ikke avgjøre hvilken av konvensjonene som gir det beste vernet mot bruk av jentesoldater. Konvensjonene har også lik rettslige stilling, ettersom ingen av dem har tvangsmidler som kan iverksettes direkte ved krenkelser av konvensjonsbestemmelsene.

5.5.4.4 "tjenelige tiltak"

Et fellestrekk for bestemmelsene i Kvinnekonvensjonen er at de i hovedsak retter seg mot konvensjonspartene og hva de er forpliktet til å gjøre for å sikre kvinners rettigheter. En formulering som går igjen er at konvensjonspartene skal "treffe egnede eller tjenelige tiltak" for å fremme diverse rettigheter. Etter artikkel 6 skal for eksempel konvensjonspartene treffe "alle tjenelige tiltak" for å få en slutt på trafficking og prostitusjon. Dette innebærer at statene selv må foreta nasjonale tiltak for å motvirke dette. Det kan imidlertid stilles spørsmål til hva som ligger i "alle tjenelige" tiltak. Det presiseres at tiltak i "lovs form" omfattes, men det er klart at bestemmelsen også viser til andre tiltak. Akkurat hvilke tiltak som kan iverksettes er av liten interesse, det er mer relevant å se nærmere på hva som ligger i at tiltaket må være "tjenelig". Sannsynligvis innebærer denne formuleringsmåten at tiltaket må ha en verdi for å motvirke trafficking og prostitusjon. Hvis et land setter opp en lovbestemmelse som forbyr bruk prostitusjon, men hvor loven har ingen verdi da den ikke respekteres av borgerne, er det rimelig klart at dette ikke er et "tjenelig" tiltak. Et tjenelig tiltak må derimot være et tiltak med allmenn- og individualpreventiv virkning som faktisk forhindrer trafficking og prostitusjon og som bidrar til at slike forbrytelser forekommer sjeldnere. Dette kan kanskje bestå i aktiv bøtelegging og fengselsstraff som blir iverksatt når det gjøres brudd på den aktuelle lovbestemmelse.

5.5.4.5 Artikkel 3 - "hel og full utvikling og fremgang"

Etter artikkel tre er konvensjonspartene forpliktet til å "sikre kvinner hel og full utvikling og fremgang, slik at de garanteres utøvelsen og nytten av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter på lik fot med menn". Igjen ser vi presiseringen om at det er likebehandling i forhold til menn konvensjonen skal fremme. På bakgrunn av ovennevnte vil jeg ikke problematisere dette nærmere, men gå inn på

det relevante brudd på Kvinnekonvensjonen. Kvinners rettigheter etter artikkel 3 må bety at alle kvinner har rett til normal utvikling, samt et liv hvor menneskerettighetene ivaretas. Jentebarn som tjener som soldater kan ikke si å få sikret den fulle livsutvikling og fremgang, samtidig som det at de er barnesoldater i seg selv er et brudd på menneskerettighetene. Som barnesoldat lever jentene i utrygge omgivelser borte fra familie og venner. De er ofte ofre for sykdommer og underernæring, samtidig som mangelen på medisinsk hjelp er stor. Videre forsømmes jentenes utvikling ved at de ikke får skolegang. Dette er bare noen av de faktorene som forsømmer jentenes utvikling.

5.5.4.6 Artikkel 6 - Trafficking og prostitusjon

Artikkel 6 i Kvinnekonvensjonen tar for seg handel med kvinner, eller ”trafficking”, og prostitusjon. Når det gjelder bruken av barnesoldater er det mulig det er uholdbart å hevde at det gjøres brudd på denne artikkelen når jenter rekrutteres som barnesoldater, men jeg mener det likevel er viktig å nevne bestemmelsen.

Som nevnt blir ofte jentesoldatene ofte tatt inn som soldater for å bli brukt som ”koner” til sine overordnede. Selv om også hensikten med å rekruttere jentene er å bruke dem i krigføring, er det klart at en annen årsak for at jentene blir tatt inn er at overordnede soldater skal ha tilgang til jenter de kan utnytte seksuelt. Om dette kvalifiserer til det vi vanligvis tenker på som prostitusjon eller ikke, mener jeg er av liten interesse. Som diskutert ovenfor i 5.5.2.7 er det mye som taler for at jentenes deltagelse er å regne som en form for prostitusjon. Hovedsaken er at jentene blir tvunget til å utføre seksuelle tjenester, noe som sannsynligvis kan lede til et brudd på artikkel 6. Når en det foregår rekruttering av jentesoldater som brukes som såkalte ”sex-slaver” i en stat og de nasjonale myndigheter ikke treffer alle de ”tjenelige tiltak” for å motvirke dette, er det mye som taler for at man står overfor et brudd på artikkelen.

5.5.4.7 Artikkel 10 - Utdanning

Etter artikkel 10 har kvinner rett til like utdanningsmuligheter som menn, og det er statspartenes oppgave å sørge for dette. Når det er tale om bruk av barnesoldater og

særlig jenter i denne henseende, er det klart at disse ikke får den rett til utdanning som de har krav på etter artikkel 10 i Kvinnekonvensjonen.

Som vi ser er konvensjonspartene forpliktet til å treffe en rekke tiltak for å sikre kvinners rettigheter. Selv om Kvinnekonvensjonen kan synes å bli forsømt i en rekke tilfeller, er det imidlertid klart at den har stor betydning likevel. Som regel er det slik at det er krenkelsene av rettighetene en legger merke til, mens det at konvensjonen følges opp ikke fokuseres på i like stor grad.

5.5.5 FN-komiteenes betydning i praksis

Til tross for FN-systemets anerkjennelse og verdenssamfunnets tiltro til organisasjonen, har de ulike FN-organene gjennom tidene vært utsatt for kritikk. Også i forhold til komiteenes overvåking av konvensjonene mener jeg det er nødvendig å ta opp denne problematiseringen.

Komiteene har som nevnt ingen tvangsmyndighet som kan presse igjennom tiltak overfor medlemslandene, og derfor slutter komiteenes arbeid ved anbefalingene de gir statene. De kan heller ikke pålegge statene sanksjoner som følge av at konvensjonene ikke er gjennomført på best mulig måte. På bakgrunn av dette kan det kan stilles spørsmål ved komiteenes praktiske verdi.

Til tross for at FN-komiteene ikke er tvangsorganer som kan pålegge tiltak eller ilegge sanksjoner, taler likevel mye for at FN-komiteene har stor betydning for statspartenes overholdelse og gjennomføring av konvensjonene. For det første er statenes rapporteringsplikt med på å sette statene under et press til å gjennomføre konvensjonsbestemmelsene i praksis. For det annet er det vanlig at statspartene retter seg etter komiteenes anbefalinger. Å ikke følge komiteenes uttalelser vil si å ikke vise respekt for verken menneskerettighetene som staten har forpliktet seg til å følge, eller FN-systemet generelt. Endelig har komiteenes arbeid uansett en verdi ved at de gjennom såkalte General Comments setter fokus på relevante problemstillinger knyttet til tolking av konvensjonsbestemmelsene. Komiteene utformer også resolusjoner som tar for seg spesielle problemstillinger som ønskes belyst.

Det er for øvrig klart at Barnekomiteens arbeid har hatt mye å si for fokuseringen på bruk av barnesoldater. Komiteen har arbeidet aktivt i samarbeid med FNs Ekspert og Spesialrepresentant en for barn og væpnede konflikter for utformingen av tilleggsprotokollen om bruk av barn under atten år i væpnede konflikter, som har stor betydning for barns stilling i krig. Videre har komiteen skaffet barns rettigheter generelt internasjonal oppmerksomhet. På grunn av deres anbefalinger har mange stater endret nasjonal lovgivning, og stater som ikke har hatt lovgivning på enkelte områder har utformet dette.¹⁷² I mange stater som har fått en god lovgivning har imidlertid implementeringen sviktet totalt. Barnekomiteen har altså ikke kunnet stoppe bruken av barnesoldater øyeblikkelig, men arbeidet den utfører er svært viktig på sikt.

Det er klart at det tar tid før folkerettslige institusjoner oppnår full legitimitet og anerkjennelse og oppnår klare resultater. Etableringen av FN-komiteene og utføringen av deres arbeid sees derfor på som et skritt i riktig retning når det gjelder fokus på ivaretagelsen av menneskerettigheter.

5.6 Resolusjoner fra Sikkerhetsrådet

5.6.1 Innledning

FNs Sikkerhetsråd spiller en stor rolle i bekjempelsen av barnesoldater. I november 2001 presiserte Rådet at barn og væpnede konflikter er et tema som truer internasjonal fred og sikkerhet. Det ble i denne forbindelse vedtatt tre resolusjoner. Resolusjon 1379 anmodet Generalsekretæren om å offentliggjøre gruppene som bruker barnesoldater, videre stadfestet resolusjon 1460 Rådets intensjon om å starte dialog med disse gruppene for påvirke dem til å stoppe bruken, mens resolusjon 1539 anmodet igangsettelse av mellomstatlig overvåkingsmekanismer av gruppene, samt å ilegge sanksjoner hvis progresjon uteblir. Det finnes også en spesifikk resolusjon for kvinner og væpnet konflikt, hvor jentebarn er omfattet.¹⁷³

¹⁷² Se 5.9.

¹⁷³ Se S/RES/1325.

Sikkerhetsrådet er ansett for å være det mest maktrike organet i FN-systemet på grunn av de faste medlemmenes vetorett i ikke-prosedyremessige spørsmål.¹⁷⁴ Rådet kan i motsetning til andre FN-organer, treffe bindende vedtak for medlemsstatene.¹⁷⁵ Rådet har også tvangsmyndighet ved at det kan sette i gang tvangstiltak overfor medlemsstatene.¹⁷⁶ Sikkerhetsrådet er opprettet for å sikre fred i verden, noe som taler for at Sikkerhetsrådet vil være varsom med å gripe inn i enkelte staters interne anliggender, dersom forholdene der ikke anses for å være en trussel mot verdensfreden. Sjansen for at Sikkerhetsrådet vil gripe inn i en borgerkrig kun fordi det brukes barnesoldater i konflikten, er derfor svært liten. Sikkerhetsrådet har heller ikke per i dag mai 2005, grepet inn i en situasjon på grunn av dette.

5.6.2 Statenes forpliktelser i henhold til resolusjoner fra Sikkerhetsrådet

Til tross for at Sikkerhetsrådet anses for å være et meget sterkt organ i FN-systemet, medfører ikke organets resolusjoner alltid automatisk forpliktelser for medlemslandene. I juridisk sammenheng oppfattes en resolusjon ofte som en handlingsplan for gjennomføringen av en rettsakt. Den er ofte ikke bindende, men har likevel gjerne stor betydning.¹⁷⁷

Sikkerhetsrådet utformer både konkrete resolusjoner til enkelte land og mer generelle resolusjoner rettet mot alle medlemslandene. Gjennom disse resolusjonene oppfordres medlemslandene til å foreta seg noe spesielt, utvise generell oppførsel eller holdninger til noe. Resolusjonene brukes forøvrig stadig av NGOer og andre arbeidsgrupper i enkeltsaker for å oppfordre og presse stater til å foreta seg noe bestemt i forbindelse med en konkret sak.

Sikkerhetsrådets kompetanse er gitt en generell presisering i Pakten artikkel 24. For det første konstaterer bestemmelsen at FNs medlemsstatene overdrar hovedansvaret for å opprettholde internasjonal fred og sikkerhet til Sikkerhetsrådet. For det annet at

¹⁷⁴ Se FN-pakten artikkel 27, nr. 3.

¹⁷⁵ Jfr. FN-pakten artikkel 25.

¹⁷⁶ Se FN-pakten kapittel VII.

¹⁷⁷ Se Jon Gisle m.fl., Jusleksikon.

bakgrunnen for denne overdragelsen er å sikre raske og effektive tiltak for å opprettholde internasjonal fred og sikkerhet, og for det tredje at for å sikre dette skal tiltakene utøves av Sikkerhetsrådet på medlemsstatenes vegne.

Etter FN-pakten artikkel 25, som lyder:

“The Members of the United Nations agree to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter.”

er medlemslandene forpliktet til å følge avgjørelser (”decisions”) fattet av Sikkerhetsrådet i henhold til FN-pakten. I motsetning til andre FN-organer som kan gi uforpliktende anbefalinger (såkalte ”recommendations”), har Sikkerhetsrådet altså også mandat til å treffe bindende avgjørelser for medlemsstatene.¹⁷⁸ Det må derfor avgjøres hvorvidt resolusjoner fra Rådet er slike ”decisions” som alltid er bindende for medlemsstatene. I så fall er medlemslandene forpliktet til å slutte opp om og gjennomføre dem nasjonalt.

Det er i juridisk teori vært diskutert hvorvidt ”decisions” i artikkel 25 bør tolkes som alle resolusjoner fattet av Sikkerhetsrådet, eller bare avgjørelser fattet i henhold til FN-pakten. Man er kommet frem til at det kun er resolusjoner fattet i henhold til Pakten artikkelen henviser til.¹⁷⁹ Dette begrunnes i suverenitetsprinsippet. Statene har kun gitt fra seg myndighet i henhold til Pakten og et bindende vedtak kan derfor ikke gå utover det som er hjemlet her.

Resolusjoner fattet av Sikkerhetsrådet kan med andre ord være bindende eller helt uforpliktende for medlemsstatene. Brukes ”decide” i resolusjonen, taler dette for at resolusjonen er bindende for staten/statene den retter seg til. I de tilfelle Rådet tar ikke bindende beslutninger for medlemsstatene, har man valgt å ikke kalle disse decisions, men heller brukt andre betegnelser. Det fremkommer for øvrig av flere artikler i Pakten

¹⁷⁸ Resolusjoner fra Generalforsamlingen er formelt sett ikke juridisk bindende, men kan gi uttrykk for hva som anses å være bindende folkerettslig sedvanerett. (Se Ruud, Ulfstein og Fauchald, s. 39).

¹⁷⁹ Se Kelsen, s. 95-96 og s. 293.

at Rådet har mulighet til å treffe ikke-bindende avgjørelser, da slike vedtak er beskrevet som ”recommendations” eller ”plans” i Pakten.¹⁸⁰

I henhold til Pakten artikkel 39 jfr. artikkel 25, kan Sikkerhetsrådet fatte både uforpliktende og bindende vedtak for medlemsstatene for å forhindre brudd på, samt opprettholde, fred og sikkerhet. Sikkerhetsrådet skal da gå inn i konkrete situasjoner for å løse trusler og brudd mot freden.¹⁸¹ Rådet skal altså først gripe inn når det er høyst nødvendig, noe som igjen er et utslag av statenes suverenitet.

5.6.3 Sikkerhetsrådets rolle i bekjempelsen mot barnesoldater

Når det gjelder bruk av barnesoldater har Rådet ikke gått inn i konkrete konflikter og besluttet iverksettelse av tiltak, men i stedet konsentrert seg om forebyggende og gjenopprettende aktivitet. I resolusjons form har medlemsstatene blitt oppfordret til å ta spesielt vare på og igangsette tiltak for å forbedre sårbare grupper, som kvinner og barn i væpnede konflikter.¹⁸² Straffeløpfølging av individer som har begått overgrep mot barn i krig, har vært et annet tema. Rådet har også i flere tilfelle oppfordret Generalsekretæren og andre FN-organer om å ta affære for å bekjempe bruken av barnesoldater.

De relevante resolusjonene har ikke vært bindende for medlemsstatene, men oppfordret til ulike handlinger. Rådet har brukt ord som ”call upon” og ”urge” for å anmode statene om å foreta seg ulike aktiviteter for å beskytte individene. At ”decide” ikke har blitt brukt viser at resolusjonene ikke har vært bindende for statene.

Sikkerhetsrådet har for øvrig spilt en sentral rolle i forhold til internasjonal straffefølging ved bruk av barnesoldater. I henhold til Pakten kapittel VII har Rådet opprettet ICC, samt flere ad hoc-domstoler som driver et meget viktig arbeid. Videre kan Sikkerhetsrådet bringe inn saker til ICC i henhold til Pakten kapittel VII.¹⁸³ I

¹⁸⁰ Se for eksempel FN-pakten artikkel 26, 36 og 38.

¹⁸¹ Se Ruud, Ulfstein, s. 216-219.

¹⁸² Se for eksempel S/RES/1325 (2000) og S/RES/1379 (2001).

¹⁸³ Jfr. Romastatuttene artikkel 13 (b).

opprettelsen av domstolene har Rådet brukt betegnelsen ”decide” og medlemsstatene er derfor forpliktet til å støtte opp om deres mandat.

5.7 Andre konvensjoner

Som nevnt innledningsvis avgrenses det mot regionale konvensjoner og nasjonal lovgivning. Likevel vil jeg trekke frem The African Charter on the Rights and Welfare of the Child som forbyr rekruttering og deltagelse av barn under atten år i fientligheter eller interne strider.¹⁸⁴ Konvensjonen trådte i kraft i november 1999. At Afrika regionen selv har satt opp et forbud mot bruk av barnesoldater under atten år er av svært stor betydning for bekjempelsen av denne type soldatrekruttering. Bruk av barnesoldater er svært utbredt i Afrika og det at regionen selv setter opp et slikt forbud viser et ønske om å få en slutt på rekrutteringen. Det er en lang vei å gå for å oppnå et Afrika uten bruk av barnesoldater, men uansett er dette et skritt i riktig retning. Andre konvensjoner som er av en viss interesse for barnesoldatproblematikken, men som jeg har valgt å utelate i denne fremstillingen, er FN-konvensjonen av 9. desember 1948 om forebygging og straff av folkemord og Ottawa konvensjonen om landminer av desember 1997.

5.8 Statlig ansvar for rettsbrudd

5.8.1 Innledning

Det er de folkerettslige ansvarsreglene som avgjør om en krenkelse av statenes konvensjonsforpliktelser eller sedvanerett medfører ansvar. Ansvarsreglene følger av sedvanerett, men er kodifisert i Folkerettskommisjonens utkast om statsansvar.¹⁸⁵ I følge utkastet kan en stat holdes ansvarlig hvis den har brutt en folkerettsforpliktelse. For å konstatere om det er skjedd et brudd må handlingen holdes opp mot konvensjonsforpliktelser eller sedvanerett.¹⁸⁶ Bryter statspartene forbudet mot bruk av barnesoldater som følger av en rekke konvensjoner og trolig også sedvanerett, kan de altså i utgangspunktet holdes ansvarlig. Ansvar må følgelig også kunne gjøres gjeldende

¹⁸⁴ The African Charter of the Rights and Welfare of the Child, artikkel 22(2.) jfr. artikkel 2.

¹⁸⁵ Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts, the International Law Commission (2001).

¹⁸⁶ Jfr. Ruud, Ulfstein, s. 235.

for stater som ikke er forpliktet til en konvensjon som hjemler forbudet, da forbudet gjelder som sedvanerett.¹⁸⁷ Jeg vil i det følgende gå nærmere inn på hva som skal til for å konstatere statsansvar.

Det er ikke avklart i folkeretten hvilket ansvarsgrunnlag som kreves for at en stat skal kunne bli ansvarlig for et folkerettsbrudd. I rettspraksis finner man støtte både for at det kreves utvist skyld og objektivt ansvar.¹⁸⁸ Sannsynligvis må det foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfelle for å slå fast hvilket ansvarsgrunnlag som kreves. I forhold til krenkelser av forbudet mot bruk av barnesoldater er det mye som taler for at det gjelder et objektivt ansvar ettersom både statlige og ikke-statlige armeer rekrutterer barnesoldater. At statene kan holdes ansvarlig hvis de statlige styrkene bevisst bryter forbudet må være klart, men statene kan neppe avskrive seg ansvar selv om det bare er uavhengige grupper som bryter forbudet i landet. Når statene forplikter seg til konvensjoner som statuerer forbud, er de pliktige til å sørge for at krenkelser ikke skjer i landet. Dette må også gjelde sedvanlige forpliktelser i folkeretten.¹⁸⁹ Når det er tale om menneskerettskrenkelser overfor barn, må dette for øvrig også tale for at det gjelder et objektivt ansvar.

5.8.2 Hvem som kan gjøre statsansvar gjeldende

Den internasjonale domstolen (ICJ) er opprettet for å ta seg av saker hvor statene selv kan klandres for å ikke ha gjennomført sine folkerettslige forpliktelser.

For at en stat skal kunne bli ansvarlig for å ha brutt en folkerettsregel, må en annen stat gjøre ansvaret gjeldende. Men de folkerettslige ansvarsreglene sier at staten som gjør ansvaret gjeldende, må selv ha vært utsatt for en krenkelse.¹⁹⁰ En stat kan altså ikke

¹⁸⁷ Se nærmere 7.2.

¹⁸⁸ Se Ruud, Ulfstein, s. 239.

¹⁸⁹ Som tidligere nevnt gjelder det trolig et sedvanerettslig forbud mot bruk av barnesoldater i folkeretten. Jeg kommer nærmere tilbake til dette i 7.2.

¹⁹⁰ De folkerettslige ansvarsreglene er hovedsakelig gjeldende som sedvanerett, men FNs Folkerettskommisjon arbeider med å kodifisere reglene. Foreløpig er de ikke vedtatt i bindende form, men er å finne i Report of the International Law Commission, 53rd Session (23 April – 1 June og 2 July - 10 August 2001). Se nærmere for eksempel Ruud, Ulfstein s. 235.

gjøre ansvar gjeldende hvis den selv ikke er berørt av krenkelsen.¹⁹¹ Når det gjelder brudd på forbudet mot bruk av barnesoldater, enten det følger av konvensjoner eller et sedvanlig menneskerettslig forbud mot dette, er det individer som blir utsatt for krenkelser og ikke statene som sådanne. Hovedregelen må derfor være at stater ikke kan gjøre ansvar gjeldende hvis en annen stat krenker forbudet mot barnesoldater. Krenkelsen av forbudet kan enten bestå i å rekruttere barn til sine armeer eller å ikke gripe inn hvis uavhengige grupper i landet gjør det.

ICJ har imidlertid fastslått at visse grove brudd på menneskerettighetene er å anse som en krenkelse av alle stater og at slike brudd kan derfor påtales av alle stater.¹⁹² Hvorvidt krenkelse av forbudet mot bruk av barnesoldater er å anse som et slikt grovt brudd, er ikke avgjort av ICJ eller noe annet folkerettslig organ. Det er likevel sannsynlig at rekruttering av barnesoldater er å anse som et grovt brudd og at statsansvar kan gjøres gjeldende, ettersom det er tale om krenkelser av barns fundamentale rettigheter når de rekrutteres til væpnede styrker. Ved statlige rettsbrudd i denne henseende, er det påklaging til ICJ som først og fremst vil være aktuelt.¹⁹³ Etter ICJ-Statuttene artikkel 36, kan ICJ blant annet behandle saker om problemstillinger som omhandles i andre konvensjoner som er i kraft. Det vil derfor for eksempel kunne være aktuelt at en stat klager inn en annen stat som har forbrutt seg på Barnekonvensjonen artikkel 38 og tilleggsprotokollen om barn og væpnede konflikter.

Man kan stille seg kritisk til en stats adgang til å gjøre ansvar gjeldende når den selv ikke er berørt av en krenkelse. Som tidligere nevnt står suverenitetsprinsippet meget sterkt i folkeretten og ved at stater kan blande seg inn i hverandres interne anliggender settes prinsippet til side. Ettersom det kun er ved grove brudd på menneskerettighetene statene har denne adgangen, kan et unntak fra hovedregelen neppe kritiseres.

Verdenssamfunnet kan ikke bare stå på sidelinjen og se på at grusomheter skjer i en stat, av hensynet til suverenitet. I mange tilfeller har man valgt å opprette straffedomstoler i etterkant av konflikter og unnlatt å gjøre statlig ansvar gjeldende. Dette er i mange

¹⁹¹ Se Ruud, Ulfstein, s. 240.

¹⁹² Jfr. ICJ Rep. 1970 s. 3 (Barcelona Traction).

¹⁹³ Jfr. ICJ-Statuttene artikkel 34 som sier at kun stater kan være part i saker for domstolen.

tilfelle mer praktisk, i og med at det ofte er enkeltpersoner som bør holdes ansvarlig for ulike krenkelser.

Det er ikke statene som sådanne som utfører handlinger selv, men statenes tjenestemenn. Likevel er det i mange tilfeller ikke aktuelt å klandre statsansatte og man ønsker derfor å pålegge staten i seg selv ansvar. I disse tilfelle hefter staten både for handlinger og unnløtelser foretatt av lovgivende, utøvende og dømmende organer. Når det gjelder klandring av stater som for eksempel ikke griper inn når uavhengige grupper rekrutterer barnesoldater, er det den utøvende makt som har sviktet ved å ikke hindre dette.¹⁹⁴

Stater kan også bli klaget inn for EMD ved krenkelser av EMK. I forhold til EMD¹⁹⁵ er individer gitt klageadgang i tillegg til statene, noe som innebærer at individer alene kan bringe inn en sak for domstolen.¹⁹⁶ Ordningen har vært en suksess i EMD og det er naturlig å tro at å gi individer stilling som påtalesubjekt vil være en trend videre i forhold til andre internasjonale domstoler. Motsetningsvis er individer ikke påtalesubjekter i forhold til ICC og ICJ.¹⁹⁷ EMK inneholder imidlertid ingen bestemmelser om barnesoldater og setter heller ikke en nedre aldersgrense for militær deltagelse. EMK og EMDs praksis faller derfor i hovedsak utenfor denne oppgaven, men den er likevel av en viss interesse. Dette skyldes at Barnesoldatproblematikken også har dukket opp i Europa og fordi EMK har en meget sterk posisjon i denne delen av verden.¹⁹⁸

Jeg vil særlig trekke frem EMK artikkel 3 om forbudet mot tortur og artikkel 5 om retten til frihet og sikkerhet. Som kjent blir barnesoldater ofte tvangsrekruttert inn i soldatgruppene hvor de vanligvis blir utsatt for mishandling. Artikkel 3 og 5 er av denne grunn viktige rettighetsbestemmelser for barnesoldater. I forhold til tvangsrekruttering vil jeg også trekke frem artikkel 4 (3.) b som presiserer at forbudt tvunget arbeid ikke omfatter tjeneste av militær art. I kraft av denne bestemmelsen har konvensjonspartene med andre ord anledning til å tvangsrekruttere personer inn i egne styrker. Som følge av artikkel 3 og 5 er imidlertid tvangsrekruttering av barnesoldater sannsynligvis et unntak

¹⁹⁴ Se nærmere Ruud, Ulfstein s. 237.

¹⁹⁵ Se for øvrig 5.8.2 om forbud mot barnesoldater etter EMK.

¹⁹⁶ Jfr. EMK artikkel 33 og 34.

¹⁹⁷ Jfr. Romastatuttene artikkel 13 og ICJ-Statuttene artikkel 35.

¹⁹⁸ Se kapittel 5.9.

fra dette. Artikkel 4 sier intet om rekruttering til uavhengige soldatgrupper, men det er nærliggende å anta at slik rekruttering også faller utenom bestemmelsen. Etersom det er snakk om "tjeneste av militær art" er det naturlig å forstå dette som tjeneste i det statlige forsvaret. Tvungen rekruttering til for eksempel uavhengige geriljagrupper vil derfor ikke kunne aksepteres etter konvensjonen.

EMD har ved flere anledninger henvist til Barnekonvensjonen ved tolkninger av EMK.¹⁹⁹ Sannsynligvis vil tolkning i henhold til tilleggsprotokollene derfor også kunne bli aktuelt. Fordi tilleggsprotokollen om barn og væpnede konflikter setter opp et absolutt forbud mot tvungen rekruttering av barnesoldater under atten år, er det nærliggende at EMD ikke vil akseptere slik rekruttering ved en tolkning av EMK i lys av protokollen.

5.8.3 Sivilrettslige sanksjoner

Hvis det blir slått fast av en internasjonal domstol eller organ at en stat har brutt en folkerettslig forpliktelse, pålegges staten naturlig nok å sørge for at virksomheten som førte til folkerettsbruddet opphører. Det kan også bli aktuelt å pålegge staten erstatningsansvar for de skader som er skjedd. I folkeretten, som i nasjonal rett, gjelder de alminnelige erstatningsvilkårene om økonomisk tap, årsakssammenheng og påregnelighet. Vilkåret om økonomisk tap er ikke alltid fremtredende ved krenkelser av menneskeretter overfor individer, men man har valgt å ikke la dette hindre muligheten for å få erstatning. Ved krenkelse av forbudet mot barnesoldater vil det til en viss grad foreligge et element økonomisk tap ved at barnesoldatene går glipp av skolegang som senere kunne hjulpet dem til å få arbeid og inntekt. Det er imidlertid ikke problematisk hvis det ikke kan fastslås et økonomisk tap i forhold til barnesoldater, da det finnes flere folkerettslige eksempler på at erstatning er blitt gitt ved ikke-økonomisk skade.²⁰⁰

En annen sanksjon som kan inntre ved krenkelser av folkerettsforpliktelser er represalier. Represalier er definert som "... ellers rettsstridige handlinger som foretas som gjengjeldelse for en folkerettskrenkelse, og som derfor kan være

¹⁹⁹ Se for eksempel Keegan mot Irland (1994), EMD.

²⁰⁰ Se for eksempel Rainbow Warrior-saken, 26 ILM 1346 (1987).

rettmessige...”.²⁰¹ Represalier vil imidlertid sannsynligvis ikke være aktuelt når stater krenker forbudet mot barnesoldater, ettersom man per i dag ikke har sett stater iverksette represalier på dette grunnlag.

5.8.4 Statlig straffeansvar

I de fleste stater er det en folkevalgt gruppe som står bak statens politiske beslutninger og handlinger. Det har i denne forbindelse blitt vurdert om man kan gjøre gjeldende såkalt statlig straffeansvar. Ansvar et skulle bestå i at den beslutningsbemyndigede gruppen og statens innbyggere skulle holdes strafferettslig ansvarlig for forbrytelser den beslutningsbemyndigede gruppen har begått. Tanken bak etableringen av et slikt ansvar ble begrunnet i at innbyggere kan forebygge forbrytelser ved å ha valgt en annen gruppe, samt at vissheten om at statlig straffeansvar ville inntre, ville kunne virke avskrekkende både for statens innbyggere og for den folkevalgte gruppen. Det finnes imidlertid ingen internasjonale konvensjoner som eksplisitt hjemler slikt statlig straffeansvar i folkeretten, og man må derfor se hen til sedvaneretten.²⁰²

FNs Folkerettskommisjons utkast over regler om statsansvar, som kodifiserer gjeldende sedvanerett, hadde tidligere en bestemmelse (artikkel 19) som til en viss grad hjemlet statlig straffeansvar. Innholdet i bestemmelsen ble kritisert for å ikke være effektivt nok, noe som førte til en forventning om etablering av statlig straffeansvar i folkeretten.²⁰³ I det endelige utkastet fra 2001 ble bestemmelsen imidlertid forkastet og det finnes derfor ingen skriftelige bestemmelser om statsansvar. Det endelige utkastet er ikke vedtatt i bindende form, men det er dekkende for hva som er innholdet i folkerettslig sedvanerett på området.²⁰⁴ At bestemmelsen ble forkastet taler derfor for at statsansvar heller ikke følger av sedvaneretten.

Det kan stilles spørsmål til hvor hensiktsmessig det vil være å videreutvikle bestemmelser om statlig straffeansvar da gjennomføringen av ansvaret synes å ville være problematisk. Statene kan som nevnt i 5.8.3 pålegges sivilt erstatningsansvar som

²⁰¹ Se Gisle, m.fl. s. 238.

²⁰² Se Bassiouni, s. 28.

²⁰³ Se Bassiouni, s. 30.

²⁰⁴ Se Ruud, Ulfstein, s. 235.

er langt enklere å gjennomføre i folkeretten. Innføringen av statlig ansvar synes også å stride mot grunnleggende strafferettslige prinsipper i og med at personer som ikke har hatt en direkte medvirkning i forbrytelsen, og som heller ikke ville blitt holdt strafferettslig ansvarlig etter det individuelle straffeansvaret, blir pålagt ansvar.²⁰⁵

5.9 Bruk av barnesoldater i vestlige land

5.9.1 Innledning

Barnesoldater blir naturlig nok først og fremst forbundet med ikke-vestlige land og brutale borgerkriger. Fenomenet har imidlertid de siste årene også vært knyttet opp mot militære kulturer i den vestlige delen av verden. I denne sammenhengen er det ikke snakk om bruk av barnesoldater i tradisjonell forstand, men først og fremst frivillig rekruttering av mindreårige til såkalte "cadet forces" eller kadettstyrker. Det har blitt fokusert på at denne treningen av mindreårige fører til at de senere verver seg til soldattjeneste. Det problematiske aspektet ved kadetttreningen kan neppe være den indirekte oppfordringen om å verve seg til militærtjeneste senere. Det sentrale spørsmålet må være om statene bryter forbudet mot bruk av barnesoldater ved å organisere slike kadettstyrker. Selv om barna ikke deltar i direkte væpnede konflikter, trenes de i våpenbruk og opplæres i militær atferd. Til tross for at denne fremstillingen har et gjennomgående folkerettslig perspektiv, mener jeg det er relevant å se nærmere på enkelte lands nasjonale regulering av bruk av barnesoldater, da forpliktelsen til regulering følger av internasjonale overenskomster.

Mye taler for at all deltagelse i kadettstyrker ikke er forbudt. Alt tilsier at en må skjelne mellom bruk av mindreårige i kadettstyrker i vestlige land og ren utnyttelse barnesoldater i væpnede konflikter. Det er klare nyanseforskjeller som kommer til syne, men det går imidlertid en grense for hva som kan aksepteres når det gjelder bruk av mindreårige i militære styrker. Nedenfor vil jeg se nærmere på situasjonen i New Zealand og Norge, hvor problematikken har dukket opp.

²⁰⁵ Romastatuttene på sin side inneholder for øvrig ingen artikler om statlig straffeansvar fordi man anså etableringen av et slikt ansvar for å ligge utenfor ICCs virkeområde og formål.

Problemstillingen har for øvrig også nylig dukket opp i Storbritannia, hvor The Coalition to stop the use of child soldiers har oppfordret myndighetene til å forby all form for militær deltakelse for personer under atten år. Bakgrunnen for dette er at Storbritannia er det landet i Europa med høyest deltakelse i militær virksomhet av personer mellom seksten og atten år. Selv om mindreårige ikke deltar i stridsrelatert virksomhet, har det blitt reist kritikk til opplæringen. Siden 1995 har fire personer mellom seksten og atten år mistet livet i slik trening.²⁰⁶ Om myndighetene vil følge oppfordringen er for tidlig å si. Det er imidlertid nærliggende å anta at dette ikke vil skje, ettersom Storbritannia holder seg innenfor internasjonale forpliktelser ved å ikke la sekstenåringer delta i krig og stridsrelatert virksomhet. At Storbritannia har lang tradisjon for å la mindreårige delta i militær virksomhet, taler også for at lovgivningen ikke vil bli endret.

5.9.2 Cadet forces i New Zealand

5.9.2.1 Innledning

New Zealand er et av landene som er blitt kritisert for å bruke mindreårige i cadet forces. På Barnekomiteens 34. sesjon i 2003 ble landet gransket i forbindelse med gjennomføringen av Barnekonvensjonens tilleggsprotokoll om bruk av barn under atten år i væpnet konflikt.²⁰⁷ Som nevnt setter protokollen opp en nedre aldersgrense på atten år for tvungen rekruttering og seksten for frivillig rekruttering.²⁰⁸

5.9.2.2 Uttalelser fra FNs Barnekomité

I sin observasjonsrapport til New Zealand uttalte Barnekomiteen seg i forhold til de satte aldersgrensene for frivillig og tvungen rekruttering til landets forsvar og cadet forces.²⁰⁹ Komiteen uttalte seg om "The Defence Force Orders for Administration", tillegget eller forskriften til landets forsvarslov; "The Defence Act".²¹⁰ Forskriften setter

²⁰⁶ Se The Coalition to stop the use of child soldiers, - press release, London 14 March 2005.

²⁰⁷ Se nærmere kapittel 5.5.3.

²⁰⁸ Se nærmere kapittel 5.5.2.6.

²⁰⁹ Jfr. CRC/C/OPAC/CO/2003/NZL, 5. november 2003.

²¹⁰ Jfr. Defence Act, Public Act 1990 No 28.

en nedre aldersgrense på sytten år for frivillig rekruttering til cadet forces. I og med at aldersgrensen ikke var spesifisert i forsvarsloven og heller ikke i "The Guardianship Act",²¹¹ anbefalte Komiteen at aldersgrensen også skulle innlemmes i disse lovene. Endelig anbefalte Komiteen New Zealand å heve aldersgrensen for den frivillige rekrutteringen fra sytten til atten år, slik protokollen anbefaler.

New Zealand fikk også kritikk av komiteen for sin politikk i henhold til tvungen rekruttering til forswarets virksomhet. Forskriften sier at alle under atten år skal være unntatt "active service". Ettersom Komiteens uttalelse på dette punkt er lagt til avsnittet om "Use in hostilities", må "active service" i denne sammenhengen bety militær deltagelse i fientligheter. Komiteen viste seg positiv til at New Zealand hadde satt en attenårsgrense, men vektla at den aktuelle regelen kun henvender seg til aktiv deltagelse *utenfor* New Zealand. Etter dette konkluderte Komiteen med at loven og forskriften implisitt tillater barn under atten år å delta i militære handlinger på New Zealand. På bakgrunn av dette anbefalte Komiteen at forskriften bør presisere at militær deltagelse for barn under atten år er forbudt så vel utenfor som innenfor New Zealands grenser.

5.9.2.3 New Zealands respons til komiteens uttalelser

I New Zealands tilfelle har man valgt å ikke endre lovbestemmelsene om de nedre aldersgrensene for frivillig og tvungen rekruttering til militære grupper foreløpig.²¹² Det er imidlertid bestemt at New Zealand vil foreta de nødvendige endringer i lovgivingen for å forby tvungen rekruttering av barn under atten år i styrker på New Zealand og utenfor. New Zealand har satt opp denne endringsprosessen på agendaen for 2005/2006 og det forventes derfor at endringene vil skje.²¹³ Man kan stille seg spørsmålet om det vil ha noen reell betydning at New Zealand lar aldersgrensen for militær deltagelse også gjelde på nasjonale områder. Det har ikke skjedd noen form for væpnet konflikt på New Zealand i nyere tid, og det er heller intet som tyder på at dette vil bli aktuelt i nærmeste fremtid.

²¹¹ The Guardianship Act er New Zealands formynderskapslov fra 1968.

²¹² Jfr. Defence Act 1990, Part 4 - Terms and conditions of service in the armed forces, Appointments and enlistments, article 33 (1.).

²¹³ Se United Nations Convention on the Right of the Child, Ministry of Youth Development, Five-year work programme 2004-2008, September 2004.

Når det gjelder den frivillige rekrutteringen har man vurdert å øke aldersgrensen til atten år, men foreløpig er dette ikke blitt gjort. Som følge av forpliktelsen etter Tilleggsprotokollen, er det ventet at endringsspørsmålet vil bli vurdert igjen i forkant av innleveringen av New Zealands rapport til Komiteen i 2008. Forsvarsloven er heller ikke blitt endret med tanke på å presisere syttenårsgrensen. New Zealand har valgt en mellomløsning som går ut på at de anser "enlistment", eller verving, for å også omfatte frivillig rekruttering. Etter dette ligger det altså implisitt i The Defence Act²¹⁴ at frivillig rekruttering av mindreårige under sytten år er forbudt.²¹⁵

At komiteen bruker tid og ressurser på stater som i det store og det hele ikke bryter Barnekonvensjonens bestemmelser kan synes lite hensiktsmessig. Det er mye annet å ta tak i ettersom mange stater stadig vekk begår klare konvensjonsbrudd. Komiteen har imidlertid tatt hensyn til dette i forhold til tilleggsprotokollen om bruk av barn under atten år i væpnede konflikter, hvor behandlingen i komiteen er noe forenklet.²¹⁶

5.9.3 Mindreårige i det norske forsvar

5.9.3.1 Innledning

En følge av ratifiseringen av Barnekonvensjonen og tilleggsprotokollene er at Norge forpliktet seg til å gjennomføre konvensjonene og protokollen i norsk lovgivning.²¹⁷ Spørsmålet om bruk av barnesoldater kom imidlertid opp for Norges vedkommende allerede før tilleggsprotokollen om bruk av barn i væpnede konflikter åpnet for undertegning.

Problemstillingen var aktuell i forbindelse med den alminnelige verneplikten og Heimevernets inntak av mindreårige aspiranter, eller frivillige som de gjerne omtales

²¹⁴ Jfr. The Defence Act, section 33.

²¹⁵ Se United Nations Convention on the Right of the Child, Ministry of Youth Development, Five-year work programme 2004-2008, September 2004.

²¹⁶ Se 5.5.3.3.

²¹⁷ Jfr. Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (Menneskerettighetsloven), 1999 nr. 30, § 2, nr. 4, a, b.

som. Et spørsmål som ble tatt opp var om det fantes en parallell mellom Heimevernsaspiranter og bruk av barnesoldater. Heimevernet er en del av det norske forsvar og trer inn side om side ved Forsvaret hvis det skulle oppstå krig eller en krigsliknende situasjon.²¹⁸ Som Heimevernsaspirant tar man altså del i en organisasjon som har sitt grunnlag i militær virksomhet. Adgangen til å pålegge syttenåringer verneplikt ble også vurdert.

5.9.3.2 Barnekonvensjonens tilleggsprotokoll og norsk lovgivning

Tidligere kunne unge gutter helt ned i syttenårs alderen bli innkalt til militærtjeneste,²¹⁹ men i dag er loven endret slik at verneplikten ikke inntreer før 1. januar det året man fyller nitten.²²⁰ Man kan imidlertid bli innkalt fra den dag man fyller atten i særskilte situasjoner når landet trues av eller er i krig.²²¹ At man kan pålegges verneplikt i krigssituasjoner før den allmenne verneplikten inntreer, er også i overensstemmelse med Heimevernsloven § 4 siste ledd. I krig kan man altså enten pålegges verneplikt eller tjenestepunkt i Heimevernet fra den dag man fyller atten. Hvilken realitetsforskjell disse tjenestene innebærer vil jeg ikke gå nærmere inn på her, da det ikke er tale om mindreårige som utfører tjeneste i Forsvaret. Det er i utgangspunktet bare mannlige norske statsborgere som har verneplikt i Norge.

I henhold til Heimvernsloven § 5 kan menn og kvinner som har fylt seksten år verve seg til tjeneste i Heimevernet. Det følger av bestemmelsen at frivillige har de samme plikter og tjenestevilkår som pliktige heimevernssoldater, men at frivillige under atten år ikke skal gis opplæring i eller delta i stridsrelatert virksomhet. Oppstår det krig eller krigsliknende situasjoner, skal de straks fritas fra tjenesten.²²² Verken Heimevernsloven eller Vernepliktsloven har imidlertid alltid hatt det samme innholdet, og i tiden frem mot slik lovene ser ut i dag, pågikk det en sentral lovendringsdebatt.

²¹⁸ Jfr. Lov om Heimevernet, § 1.

²¹⁹ Jfr. Vernepliktsloven, 1953 nr. 29, historisk versjon, § 4 jfr. § 20, 1. og 2. ledd.

²²⁰ Jfr. Vernepliktsloven § 3 (1).

²²¹ Jfr. Vernepliktsloven § 4.

²²² Jfr. Heimeversloven § 6.

Tidligere satt Heimevernsloven § 6 en nedre aldersgrense på seksten år for frivillig deltakelse. Etersom tilleggsprotokollen forbyr tvangsrekruttering av soldater under atten år og setter en aldersgrense på seksten år for frivillig rekruttering, så det ikke ut til at Heimevernsloven stred mot protokollen. Heimevernsloven § 6 inneholdt imidlertid ingen begrensning i hva slags trening Heimevernets frivillige under atten år skulle få. Alle frivillige – også mindreårige – hadde de samme plikter og tjenestevilkår som andre heimevernssoldater. Bakgrunnen for at det ble fremsatt ytringer om å endre Heimevernsloven var tilleggsprotokollen artikkel 1 som lyder:

”Partene skal treffe alle nødvendige tiltak for å sikre at personer i væpnede styrker som ikke er fylt atten år, ikke deltar direkte i fientligheter”.

På grunn av begrensningen om å ikke delta i fientligheter, måtte man vurdere om adgangen til å bruke mindreårige heimevernsaspiranter ville være et brudd på tilleggsprotokollen. I så fall ville det forligge en konvensjonskrenkelse fra norsk hold.

I forhold til Vernepliktsloven var en umiddelbar endring påkrevet, i og med at loven ga adgang til å tvangsinnkalle syttenåringer til tjeneste.²²³

Viser det seg å være motstrid mellom gjeldende nasjonal lovgivning og Norges internasjonale forpliktelser, må det avgjøres hvilken av bestemmelsene som skal være gjeldende. Jeg velger å holde meg til den tradisjonelle dualistiske teori og presumsjonsprinsippet som springer ut av teorien. Prinsippet går i hovedsak ut på at ved konflikt mellom en nasjonal bestemmelse og en internasjonal forpliktelse, presumeres den nasjonale bestemmelsen å være i overensstemmelse med den internasjonale. Prinsippet anvendes både i tilfeller hvor en ikke har en norsk regel som passer til det aktuelle forhold og når den norske bestemmelsen kan tolkes på ulike måter. Når det ikke finnes en norsk regel er det naturlig å konsstatere at den folkerettslige forpliktelsen også er gjeldende som norsk rett, og ved tolkningstvil velger man det tolkningsalternativ som samsvarer best med folkeretten.²²⁴

Det har vært hevdet at presumsjonsprinsippet ikke kan anvendes i forhold traktater, men kun i forhold til folkerettslige sedvanerett.²²⁵ Dette har det imidlertid blitt argumentert mot og jeg velger å slutte meg til denne oppfatningen.²²⁶ Det følger uansett av menneskerettsloven § 3 at ved motstrid mellom nasjonal lovgivning og konvensjonsbestemmelser som er inkorporert

²²³ Jfr. Vernepliktsloven, historisk versjon, § 5 første ledd.

²²⁴ Avsnittet er hovedsakelig basert på Ruud, Ulfstein s. 42-44.

²²⁵ Se bl.a. Fleischer, s. 330-332 og 362-365.

²²⁶ Se bl.a. Ruud, Ulfstein, s. 44.

gjennom loven, går konvensjonsforpliktelsen foran. For øvrig er det blitt hevdet at menneskerettigheter bør ha en særlig gjennomslagskraft ved motstrid, i og med at de er menneskerettigheter og fordi det stemmer med rettsfølelsen i vår tid at de bør ha en slik gjennomslagskraft.²²⁷

Forsvarsdepartementet sendte 30. august 1999 ut et lovutkast på høring til ulike instanser. At Heimevernsloven og Vernepliktsloven stred mot Norges internasjonale forpliktelser var det, etter høringsuttalelsene å dømme, liten uenighet om. Begrunnelsen var gjennomgående at lovene tillot mindreårige å få den samme opplæring i Forsvaret som de over atten. Den eneste høringsinstansen som motsatte seg lovendring var Norske Reserveoffiserers Forbud (NROF). Forbundet la særlig vekt på at de unges deltakelse var viktig for videre rekruttering til Forsvaret. Det ble også hevdet at en lovendring ville være helt unødvendig og lite relevant for det norske bidraget for å fremme arbeidet mot bruk av barnesoldater. Videre ble det fremhevet at mindreårige i andre sammenhenger får opplæring i å bruke skytevåpen, som i skyttergrupper og skiskytingtrening, og at Heimevernets våpentrening burde ikke stilles i noen annen klasse.²²⁸ NROFs synspunkter fikk imidlertid ikke avgjørende betydning i endringsspørsmålet.

Barneombudet gikk i bresjen for å endre Heimevernsloven og Vernepliktsloven for at mindreårige ikke skulle kunne delta i militær virksomhet på noen måte. Ombudet var særlig imot at mindreårige hadde adgang til å verve seg til Heimevernet, i og med at Heimevernet er en del av det norske forsvaret. Ombudet mente det ville foreligge en konflikt mellom lovene og tilleggsprotokollen når Norge ratifiserte denne, selv om en lovendring ville begrense mindreåriges opplæring og deltakelse i stridsrelatert virksomhet. Ombudet hevdet at loven burde endres med henblikk på den nedre aldersgrense for *all deltakelse*, for å unngå konflikt med protokollen. Det ble også uttalt at enhver våpentrening for barn var uheldig når rammen rundt våpentreningen er en del av det militære forsvaret. Endelig la Barneombudet vekt på at barn ikke burde være en del av organisasjoner som har kombattant virksomhet som sitt "idégrunnlag".

Jeg er delvis enig i Barneombudets argumentasjon. Det er neppe stimulerende for barn å delta i organisasjoner som driver våpentrening av militær karakter. Jeg ser

²²⁷ Se Carsten og Lucy Smith, s. 217.

²²⁸ Jfr. Ot.prp. nr. 61 (1999-2000).

imidlertid ikke at dette kunne være til hinder for at lovtekstene stred mot Norges forpliktelser etter tilleggsprotokollen hvis enkelte endringer ble gjort. Ombudets syn fikk heller ikke gjennomslag under høringen.

De fleste instansene mente det ville bli konflikt mellom Heimevernsloven og Vernepliktsloven og tilleggsprotokollen når Norge ratifiserte denne, men at den norske lovgivningen ikke ville være i strid med tilleggsprotokollen hvis man foretok nødvendige endringer. I stedet for å anvende presumsjonsprinsippet, endret man altså de relevante norske bestemmelsene for å unngå motstrid. Det ble lagt stor vekt på at Norge burde være et foregangseksempel for andre stater og derfor ha klare forbud mot at mindreårige skulle kunne delta i krig eller krigsliknende virksomhet.

5.9.3.3 Påkrevde lovendringer som følge av Norges internasjonale forpliktelser

Endringene i Heimevernsloven og Vernepliktsloven trådte i kraft 1. juli 2002.²²⁹ Man satte opp et absolutt forbud mot tvungen rekruttering av personer under atten år til Forsvaret både i fred og krigstid. Det ble også satt opp et forbud mot at mindreåriges frivillige deltakelse skulle omfatte stridsrelatert opplæring og deltakelse. Som følge av lovendringen skulle mindreårige Heimevernsaspiranter få tilpasset opplæring som ikke innebar stridsrelatert virksomhet.

Den viktigste endringen i Heimevernsloven finner vi i § 6 første ledd nytt andre punktum hvor det ble tatt hensyn til tilleggsprotokollen som krever at mindreårige soldater under atten år ikke skal ta direkte del i fientligheter. Vernepliktsloven ble også endret i henhold til Forsvarsdepartementets lovutkast. Man forbød ikke mindreåriges deltakelse totalt, men begrenset opplæring og deltakelse til å ikke omfatte krigsdeltakelse eller stridrelatert virksomhet.²³⁰ Når det gjelder den ”frivillige verneplikten” har man valgt å sette en lavere aldersgrense enn atten år, slik en har gjort for frivillig deltakelse etter Heimevernsloven. Etter § 20, 2. ledd kan man i særskilte tilfeller få adgang til å tjene verneplikt fra 1. januar det året man fyller sytten.²³¹

²²⁹ Lov om endringer i lov 17. juli 1953 nr. 28 om Heimevernet og lov 17. juli 1953 nr. 29 om verneplikt (heving av aldersgrenser for militær teneste).

²³⁰ Se Vernepliktsloven § 4 siste ledd.

²³¹ Sml. Heimevernsloven § 5.

Grensen for hva slags virksomhet de vernepliktige kan delta i gjelder imidlertid også her.²³²

I og med begrensningen i lovene om opplæring og deltakelse for mindreårige, er ikke de relevante bestemmelsene i konflikt med Norges internasjonale forpliktelser etter Barnekonvensjonen og tilleggsprotokollen. Det kan likevel stilles spørsmål til hensiktsmessigheten av at mindreårige har mulighet til å gjennomgå trening i Forsvaret. Selv om mindreårige ikke får kombattant trening og heller ikke delta i krig, er jeg kritisk til at mindreårige har mulighet til å delta i Forsvarets virksomhet. Som Barneombudet presiserte i sin høringsuttalelse, har Heimevernet et militært idégrunnlag.

Et sentralt poeng i lovendringsprosessen var at Norge skulle fremstå som et foregangseksempel for andre stater. Da man jobbet frem mot tilleggsprotokollen var det mange stater som hadde problemer med å sette en nedre aldersgrense på atten år for tvungen rekruttering av barnesoldater. Tross mange motsigelser lyktes man. Man kom ikke frem til et forbud mot frivillig rekruttering av barn under atten år, men det var mange stater som mente man burde satt en attenårsgrense også på dette punkt. Jeg mener Norge kunne ha vært et eksempel for andre stater ved å forby all bruk av barn i militær virksomhet i denne forbindelse.

²³² Jfr. Vernepliktsloven § 4, femte ledd.

6 Individuell straffeforfølgning ved brudd på forbudet mot bruk av barnesoldater

6.1 Innledning

Man har i utgangspunktet overlatt forfølgning av brudd på folkerettslige regler til nasjonale domstoler. I forhold til individuell straffeforfølgning har imidlertid ofte nasjonale overoppsynet ikke fungert optimalt, og man har derfor opprettet internasjonale domstoler som trer inn når dette er tilfelle. De aktuelle internasjonale domstolene er ICC og de ulike mellomstatlige ad hoc-domstolene. Jeg vil i det følgende se nærmere på det folkerettslige regelverket som hjemler individuell straffeforfølgning ved bruk av barnesoldater, da konvensjonene som forbyr bruk av barnesoldater og det eventuelle sedvanerettslige forbudet ikke nødvendigvis hjemler straffeansvar ved krenkelse av forbudet.

I forhold til brudd på forbudet mot bruk av barnesoldater er individuelt straffeansvar mer relevant enn statsansvar, ettersom rekrutteringen som regel kan spores tilbake til enkeltpersoner i statlige og uavhengige militære styrker. Det vil derfor være aktuelt å straffe bakmenn i begge grupper. Individuelt straffeansvar vil også muligens kunne pålegges tidligere barnesoldater selv.

6.2 Individenes stilling som ansvarssubjekter i folkeretten

Det individuelle straffeansvaret for brudd på forbudet mot bruk av barnesoldater er særlig relevant for kommandanter og medlemmer av uavhengige frigjøringsgrupper, samt ledere i militære styrker som bryter dette. Individenes stilling som ansvarssubjekt vil derfor bli belyst nærmere her. Individene har for øvrig ikke evnen til å binde seg folkerettslig og er derfor ikke å anse som handlingssubjekter i folkeretten.²³³ Individene har derimot stilling som ansvarssubjekt og kan derfor tiltales og straffes for

²³³ Se Ruud, Ulfstein s. 92.

internasjonale forbrytelser. I alle praktiske tilfeller er det enkeltindivider som har utført handlinger selv eller som følge av ordre,²³⁴ selv om en stats politikk har ligget bak. Det er derfor som regel alltid av interesse å straffeforfølge individene som har utført krenkelsene. For straffeforfølgning ved brudd på forbudet mot bruk av barnesoldater, er som nevnt straffeforfølgning de internasjonale domstolene aktuelt.²³⁵ ICCs mulighet til å straffeforfølge enkeltindivider er av stor betydning for de individene som har blitt utsatt for krenkelser. I EMD og ICJ foretas det ikke straffeforfølgning av individer.

6.3 Straffbarhetsvilkår

Som i nasjonal strafferett er det visse subjektive og objektive vilkår som må være oppfylt for at en person kan straffes etter internasjonal strafferett. Det subjektive skyldkravet omtales gjerne som ”mens rea” og innebærer at gjerningsmannen må ha utvist en form for intensjon, likegyldighet eller uaktsomhet ved utførelsen av handlingen. Etter Romastatuttene artikkel 30 – ”Mental element”, kreves det at gjerningspersonen har utvist forsett (”intent and knowledge”) hvis ikke annet bestemmes i artiklene. Kravet om intensjon eller hensikt (”intent”) og viten (”knowledge”) glir til en viss grad over i hverandre. Hensiktskravet innebærer at den forbryterske handlingen eller konsekvens må ha vært tilsiktet, eller at gjerningspersonen var klar over at utfallet av handlingen ville oppstå.²³⁶ Kravet om viten (”knowledge”) innebærer at gjerningsmannen måtte forstå de omstendigheter som forelå da forbrytelsen ble begått og hva de ville føre til, eller at han måtte forstå hva utfallet av handlingen måtte bli.²³⁷

Jeg velger å ikke gå dypere inn i skyldkravet og tar i det følgende utgangspunkt i at forsett som hovedregel utgjør skyldkravet i internasjonal strafferett.²³⁸ Det er for øvrig hevdet at kravet om forsett ikke har sedvanerettslig rang i internasjonal strafferett.²³⁹

²³⁴ Utførelse av militære ordre fritar ikke for straff, jfr. Genèvekonvensjonenes tilleggsprotokoll I, art. 86 nr. 2.

²³⁵ I dag er den midlertidige spesialdomstolen i Sierra Leone svært aktuell for straffeforfølgning av personer som har stått for rekruttering av barnesoldater.

²³⁶ Jfr. artikkel 30(2.)(a)(b).

²³⁷ Jfr. artikkel 30(3.).

²³⁸ Se Eskeland, s. 169. Se også Cassese, kapittel 8.

Også andre vilkår for straff må være oppfylt for at man skal kunne bli straffet for en forbrytelse etter internasjonal strafferett. I denne fremstillingen er Romastatuttene og straffeforfølgning i ICC sentralt, og jeg velger derfor å ta utgangspunkt i vedtektene på dette punkt. For at det i det i det hele tatt skal bli snakk om å ilegge straff må gjerningsmannen ha krenket en konvensjonsbestemmelse (artikkel 5- Crimes within the jurisdiction of the Court). Det må videre ikke foreligge straffrihetsgrunner eller straffritaksgrunner (artikkel 31- Grounds for excluding criminal responsibility, artikkel 32- Mistake of fact or mistake of law og artikkel 33- Superior orders and prescription of law),²⁴⁰ krav om gjerningspersonens tilregnelighet faller inn under dette. Et generelt vilkår for straffeforfølgning i ICC er for øvrig at saken er brakt inn for domstolen av en kompetent aktør eller at anklageren har iverksatt etterforskning/straffeforfølgning (artikkel 13- Exercise of jurisdiction, jfr. 34- Organs of the Court og artikkel 42- The Office of the Prosecutor).

6.4 Straffrihets- og straffritaksgrunner

Som nevnt finnes det, som i nasjonal rett, mange omstendigheter i internasjonal strafferett som kan begrunne straffrihet. Disse omstendighetene er det vi kaller straffrihets- og straffritaksgrunner.²⁴¹ Straffrihetsgrunner kan for eksempel være selvforsvar (nødrett/nødverge), mens eksempler på straffritaksgrunner er at gjerningspersonen har vært utsatt for tvang eller villfarelse.²⁴² I internasjonal strafferett snakker man om ”justifications” (straffrihetsgrunner) og ”excuses” (straffritaksgrunner). For øvrig regnes mindreårighet som en straffritaksgrunn etter norsk rett,²⁴³ mens etter internasjonal strafferett er dette en straffrihetsgrunn eller en handling som medfører ”justification”.

²³⁹ Se Cassese, s. 160.

²⁴⁰ Se 6.4.

²⁴¹ Straff kan også bortfalle som følge av straffopphørsgrunner (for eksempel ved samarbeid med politiet), noe som anses irrelevant i denne sammenheng.

²⁴² Se 6.8.

²⁴³ Se for eksempel Eskeland, s. 399.

I henhold til folkeretten kan soldater og offiserer ikke straffes for sine handlinger så lenge de holder seg innefor de gjeldende reglene i humanitærretten.²⁴⁴ Gjøres det brudd på reglene kan de imidlertid bli stilt personlig ansvarlige for handlingene. En aktuell problemstilling her er hvorvidt utførelse av overordnede ordre fritar for straff. Etter The London Agreement, vedtektene til Nürnbergdomstolen, vil utførelse av ordre aldri fritar for straff. Utførelse av ordre er imidlertid en faktor som kan komme inn som formildende omstendighet ved straffeutmåling. Det er blitt hevdet at det er mulig å anse regelen for å være folkerettslig sedvanerett.²⁴⁵ Bestemmelsen lyder:

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

Prinsippet om at overordnet ordre ikke fritar for straff er også nedfelt i Romastatuttene artikkel 33 (3) og Genèvekonvensjonenes første tilleggsprotokoll artikkel 86. Etter Romastatuttene er det imidlertid grunnlag for straffritak hvis den underordnede var rettslig forpliktet til å adlyde ordren, og at han heller ikke visste at den var rettsstridig, samt at dette ikke var åpenbart. Det skal altså mye til før straff faller bort som følge av en straffritaksgrunn etter Romastatuttene. I forhold til barnesoldater er straffritak etter overordnet ordre særlig relevant i forhold til barnesoldatene selv, hvis de kan straffes for sine handlinger.²⁴⁶ Unntaket kan imidlertid neppe komme inn i forhold til soldater som har blitt tvunget til å rekruttere og mishandle barnesoldater, de vil trolig i alle tilfeller måtte bøte for dette.

Ettersom straffritaksprinsippet er blitt fulgt konsekvent og nedfelt i ICCs vedtekter, har sannsynligvis prinsippet sedvanerettslig rang i dag.²⁴⁷ Dette samsvarer også med den allmenne rettsfølelsen om at man ikke kan slippe straff fordi man er blitt bedt om å utføre en kriminell handling, og at enhver må ta ansvar for sine egne handlinger. I Erdemović-avgjørelsen fra krigsforbryterdomstolen for det tidligere Jugoslavia ble for

²⁴⁴ Se Eskeland, s. 164.

²⁴⁵ Se Ruud, Ulfstein, s. 274.

²⁴⁶ Se kapittel 6.8.3.

²⁴⁷ Se for eksempel Cassese, s. 231-232 og Ruud, Ulfstein s. 274.

øvrig tvang fra overordnet befal akseptert som en formildende omstendighet ved straffutmåling, men det fritok ikke for straff.²⁴⁸

Som nevnt finnes det også andre straffrihets- og straffritaksgrunner, men jeg velger å ikke gå inn på disse, da de anses for å være mindre sentrale i denne sammenheng.²⁴⁹

6.5 Individuell straffeforfølgning i henhold til internasjonale konvensjoner

6.5.1 Den internasjonale straffedomstolen

6.5.1.1 Romastatuttene

Romastatuttene, vedtektene til ICC, er den mest sentrale konvensjonen som hjemler strafferettslig ansvar ved bruk av barnesoldater. Bakgrunnen for dette er at ICC kan behandle saker om forbrytelser skjedd i hele verden, samt at vedtektene har oppnådd stor anerkjennelse. Det er derfor grunn til å tro at ICC og ICCs praksis vil få meget stor betydning i internasjonal strafferett fremover. Romastatuttene er domstolens grunnpilar som presiserer domstolens jurisdiksjon, struktur og funksjoner. Enhver som begår en forbrytelse som i følge statuttene faller inn under domstolens jurisdiksjon, skal bli straffeforfulgt av domstolen.²⁵⁰ Statuttene trådte i kraft 1. juli 2002 etter at seksti stater hadde ratifisert eller tiltrådt dem. Til tross for at ICC er opprettet i regi av FN, er domstolen ikke å anse som et FN-organ, men et selvstendig folkerettssubjekt.²⁵¹

Før vedtagelsen av Romastatuttene hadde verdenssamfunnet i lang tid ment at det var et stort behov for en permanent internasjonal straffedomstol. Det hadde tidligere blitt etablert midlertidige krigsforbryterdomstoler for rettsoppgjørene etter annen verdenskrig og etter konfliktene i Jugoslavia og Rwanda. Ved opprettelsen av en permanent domstol kunne man i stor grad unngå opprettelsen av nye ad hoc-domstoler. En permanent domstol ville også sikre hensynet til enhetlig praksis. ICC kan imidlertid ikke overta saker fra de allerede eksisterende ad hoc-domstolene, men skal avgjøre nye

²⁴⁸ Jfr. Erdemović (Appeal), Case No. IT-96-22-A, 7. oktober 1997, ICTY.

²⁴⁹ Se for eksempel Romastatuttene artikkel 31.

²⁵⁰ Jfr. Romastatuttene artikkel 5 (1.).

²⁵¹ Jfr. Romastatuttene artikkel 4.

saker i andre konflikter. Som jeg kommer tilbake til nedenfor, begrenser for øvrig komplementaritetsprinsippet omfanget av hvilke saker som kan fremmes for ICC.

6.5.1.2 Domstolens jurisdiksjonsområde

Etter artikkel 1 har nasjonale domstoler førsteprioritet til å behandle saker som faller inn under ICCs jurisdiksjon.²⁵² Med dette konstateres komplementaritetsprinsippet som også kommer til uttrykk i artikkel 17-20 og fortalens fjerde, sjette og tiende ledd. Komplementaritetsprinsippet er et utslag av suverenitetsprinsippet som innebærer at verken andre stater eller aktører skal kunne blande seg inn i en stats interne anliggender. ICC kan imidlertid overta en sak hvis den aktuelle stat ikke har evne eller vilje til å gjennomføre tilfredsstillende etterforskning eller straffeforfølgning. Man har gitt komplementaritetsprinsippet sentral betydning i Romastatuttene for å begrense mengden av saker som kommer inn til behandling i ICC. ICC har altså ikke forrang foran nasjonale rettssystemer og fungerer derfor kun som en sikkerhetsventil der de nasjonale rettssystemene svikter.

ICC har jurisdiksjon over alle saker om rekruttering av barnesoldater som faller inn under artikkel 5, jfr. artikkel 8,²⁵³ med mindre det utelukkes av komplementaritetsprinsippet.

6.5.1.3 Bruk av barnesoldater som krigsforbrytelse

ICC har jurisdiksjon over saker som først og fremst omhandler alvorlige forbrytelser som folkemord, forbrytelser mot menneskeheten og krigsforbrytelser. Dette fremkommer av

Romastatuttene artikkel 5 (1.) som lister opp hva slags forbrytelser ICC har jurisdiksjon over. Bestemmelsen lyder:

“The jurisdiction of the Court shall be limited to the most serious crimes of concern to the international community as a whole. The Court has jurisdiction in accordance with this Statute with respect to the following crimes:

²⁵² Jfr. artikkel 1 ”...shall be complementary to national criminal jurisdictions.”

²⁵³ Se 6.5.1.3.

- (a) The crime of genocide;
- (b) Crimes against humanity;
- (c) War crimes;
- (d) The crime of aggression. (...)

Det fremkommer av utkast til Romastatuttene,²⁵⁴ artikkel 5 – War crime, B. (subparagraph t) option 2, at bruk av barnesoldater under femten år er å anse som krigsforbrytelse. Bestemmelsen lyder:

“For the purpose of this Statute, ”war crimes” means: (...) recruiting children under the age of fifteen years into armed forces or using them to participate actively in hostilities.”

Noten til forbudsbestemmelsen i utkastet (fotnote 12) sier at termene ”using” og ”participate” er valgt for å dekke både direkte deltagelse i kamper, samt aktiv militær deltagelse uten kombattant karakter som speiding, spionering og sabotasjevirksomhet. Deltagelse som klart ikke kan relateres til fiendtligheter faller derimot utenom om forbudet. Dette vil typisk være bistand som levering av forsyninger og tjenestearbeid i en offisers private bolig. Utkastet presiserer imidlertid at direkte bistand, som frakting av utstyr til frontlinjene eller aktivitet på frontlinjen, omfattes av forbudet.

På Roma-konferansen ble imidlertid ”recruiting” endret til ”conscripting or enlisting” i den endelige konvensjonsteksten. Dette ble gjort for å omfatte rekruttering av passiv art, som administrative handlinger som å sette et navn på en liste over personer knyttet til væpnede styrker.

I den endelige konvensjonsteksten ble forbudet mot barnesoldater satt ned i artikkel 8 (2.)(b)(xxvi):

“2. For the purpose of this Statute, ”war crimes” means: (...)

(b) Other serious violations of the laws and customs applicable in International armed conflict, within the established framework of international law, namely, any of the following acts: (...)

²⁵⁴ Draft Statute for the International Criminal Court.

(xxvi) Conscripting or enlisting children under the age of fifteen years into the national armed forces or using them to participate actively in hostilities. (... .)”

Etter bestemmelsen er altså både ”conscripting” og ”enlisting” av barn under femten år til nasjonale væpnede styrker i internasjonale konflikter forbudt. Dette skillet mellom tradisjonell verneplikt og generell verving til styrkene vil jeg ikke gå nærmere inn på. Det sentrale er at all form for verving, frivillig eller ufrivillig, av barn under femten år i militære styrker er forbudt etter statuttene.

Som kjent blir barnesoldater brukt av både nasjonale forsvarsstyrker og av uavhengige frigjørings- og geriljagrupper. Etter artikkel 8 (2)(e)(vii) er bruk av barn under femten år også forbudt i væpnede konflikter uten internasjonal karakter. Det følger av bestemmelsen at:

“2. For the purpose of this Statute, "war crimes" means: (...)

(e) Other serious violations of the laws and customs applicable in armed conflicts not of an international character, within the established framework of international law, namely, any of the following acts: (...)

(vii) Conscripting or enlisting children under the age of fifteen years into armed forces or groups or using them to participate actively in hostilities; (... .)”

I og med at uavhengige frigjørings- og geriljagrupper opererer i interne konflikter, er også deres rekruttering av barn under femten år forbudt, og de som står for dette kan bli holdt strafferettslig ansvarlig. Statlige styrker som bruker barnesoldater i interne konflikter rammes også av bestemmelsen, da rekruttering til alle typer væpnede styrker er forbudt (”armed forces”).²⁵⁵

Både artikkel 8 (2)(b)(xxvi) og (2)(e)(vii) må tolkes i lys av utkastet til vedtektene som presiserer ordlyden i bestemmelsene. I henhold til utkastet er det nærliggende å anta at tilnærmet all form for deltagelse i militære grupper er forbudt etter bestemmelsene. I tillegg til den tradisjonelle vervingen (”conscripting or enlisting”) til tradisjonell soldattjeneste, er det forbudt å bruke barn aktivt i fiendtligheter (”or using them to

²⁵⁵ Artikkel 8 (2)(e)(vii) om bruk av barnesoldater under femten år i interne konflikter, er for øvrig i tråd med Genèvekonvensjonenes II. tilleggsprotokoll. Se Sok Kim, s. 189-190.

participate actively in hostilities.”). Bestemmelsen må tolkes slik at den forbyr (i) å rekruttere barn, frivillig eller ufrivillig, inn i væpnede styrker og (ii) å bruke barn på en aktiv måte uten tradisjonell militær karakter, i fiendtligheter. At bestemmelsen favner om bruk av barn i soldattjeneste i så mange situasjoner er av særlig relevans for vestlige land som sjelden deltar i væpnede konflikter, men som likevel har et forsvar.²⁵⁶ Også deres bruk av soldater under femten år vil være forbudt etter konvensjonen.

I og med kravet om å delta aktivt i fiendtligheter, kan det stilles spørsmål ved lovligheten av å anvende jenter i væpnede styrker til annet enn tradisjonell soldattjeneste.²⁵⁷ Disse deltar indirekte i konflikter ved at de opptrer som ”koner” for kommandantene, og/eller lager mat, steller syke, samt bidrar på andre måter i styrkene. Jentenes bistand ved å lage mat, pleie syke etc. faller etter utkastet å dømme, klart inn under forbudet ettersom denne form for bistand kan relateres til styrkenes virksomhet. Selv om dette ikke er aktiv tjeneste i tradisjonell forstand, bidrar jentene til at styrkene kan utøve sine aktiviteter. Etter en streng ordlydsfortolkning av forbudene i artikkel 8 omfattes imidlertid ikke jenter som utelukkende opptrer som koner for kommandantene. Utkastet sier ingen ting om slike jenters stilling, men det er likevel nærliggende å anta at også rekruttering til dette formål er forbudt etter artikkelen. Et forbud mot seksuell utnyttelse av mindreårige i krigssituasjoner, faller trolig inn under vedtektenes formål og hensynet bak artikkel 8. Når dette er sagt, må det fremheves at jentesoldater som regel ikke bare opptrer som koner innad i styrkene. Som oftest bistår de også på andre måter og man vil derfor som regel unngå spørsmålet om deres deltagelse er forbudt etter vedtektene.

Det fremkommer av artikkel 8 (1.) at krigsforbrytelsen faller inn under ICCs jurisdiksjonsområde når forbrytelsen har vært en del av en plan eller en planlagt fremgangsmåte. Bestemmelsen lyder:

”The Court shall have jurisdiction in respect of war crimes in particular when committed as a part of a plan or policy or part of a large-scale commission of such crimes.”

²⁵⁶ Se kapittel 5.9.

²⁵⁷ Se kapittel 3.3.

Det er naturlig å tolke bestemmelsen som at den ikke er utømmende, fordi den kun gir eksempler på når forbrytelser faller inn under domstolens jurisdiksjon ("in particular"). Formuleringen i artikkel 8 (1.) er valgt for å indikere hvilke forbrytelser domstolen har jurisdiksjon over og bestemmelsen utelukker derfor ikke at domstolen har jurisdiksjon over enkeltforbrytelser listet opp i artikkelen, men som ikke er del av en plan eller planlagt fremgangsmåte.²⁵⁸ Rekrutteringen av barnesoldater må altså ikke være et resultat av en plan eller planlagt fremgangsmåte for et en person som har stått for dette kan holdes ansvarlig. Dette vil imidlertid ofte være tilfelle, da rekrutteringen av barn bevisst planlegges og foretas fordi de ofte er enklere å bruke enn voksne.

For å bli holdt ansvarlig for en krigsforbrytelse må de øvrige vilkår for straff være oppfylt. Skyldkravet etter artikkel 30 (Mental element) er som tidligere nevnt forsett.²⁵⁹ Kravet vil i de aller fleste tilfelle være oppfylt i saker hvor barnesoldater er blitt rekruttert. Som tidligere nevnt foregår bruken av barnesoldater fordi det er mange fordeler ved å bruke barn i væpnede konflikter. Det er med andre ord ikke tilfeldig at dette skjer. Dette er klart et resultat av en bevisst eller planlagt handling, hvor de som sto for rekrutteringen var fullt og helt klar over hva de gjorde.

Etter Romastatuttene er altså tilnærmet all form for rekruttering av barnesoldater under femten år en krigsforbrytelse som kan medføre straffeansvar. Dette resulterer i at de personer som er ansvarlig for en slik rekruttering kan bli stilt til ansvar for dette så fremt de andre vilkårene for straff også er oppfylt.²⁶⁰

6.5.1.4 ICCs begrensning i tid og sted

ICC har kun har myndighet til å forfølge forbrytelser begått etter at Romastatuttene trådte i kraft. Begrensningen følger av artikkel 11- "Jurisdiction *ratione temporis*". I tillegg til å forfølge krenkelser av Romastatuttene, kan ICC også straffeforfølge etter brudd på internasjonal sedvanerett.²⁶¹ I denne forbindelse kan det stilles spørsmål til hvorvidt ICC har adgang til å straffeforfølge en forbrytelse begått før ikrafttredelsen av

²⁵⁸ Jfr. Sok Kim, s. 110.

²⁵⁹ Se 6.3 om mens rea.

²⁶⁰ Se 6.3 og 6.4.

²⁶¹ Jfr. Romastatuttene artikkel 21 (b), "...rules of international law...".

Romastatuttene, når forbrytelsen var anerkjent som internasjonal sedvanerett allerede før ikrafttreddelsen av statuttene.

Prinsippet om at nasjonale lover og internasjonale konvensjoner ikke skal gis tilbakevirkende kraft er et velkjent prinsipp i strafferetten som sikrer forutberegnelighet. Til tross for tanken om gjengjeldelse og at mye taler for at man bør kunne straffeforfølge individer som har begått alvorlige forbrytelser, er det altså en allmenn oppfatning at rettsregler ikke skal ha virkning for allerede begåtte handlinger. Romastatuttene er også helt klar på dette punkt. Dette fremgår både av artikkel 11 (1.) og artikkel 24, som presiserer at bestemmelsene i statuttene ikke har tilbakevirkende kraft. ICC har derfor aldri adgang til å straffeforfølge forbrytelser begått før vedtakelsen av statuttene, selv om forbrytelsen var anerkjent som en internasjonal forbrytelse før den tid.

At man setter opp en begrensning for hvor langt tilbake i tid en domstol skal ha kompetanse til å avgjøre saker er hensiktsmessig. Prinsippet om forutberegnelighet kan imidlertid ikke alltid slå igjennom. Ved opprettelsen av ad hoc-domstoler er det nødvendig å gi domstolene kompetanse til å forfølge forbrytelser som er begått for en tid tilbake. Men man har også ved i vedtektene til slike midlertidige domstoler satt opp en endelig begrensning i tid for domstolens jurisdiksjon. Det vanlige har vært å gi domstolen adgang til å vurdere forbrytelser begått for eksempel i perioden det herjet borgerkrig i landet domstolen opererer i. Det er for øvrig svært vanlig at vedtektene til ad hoc-domstolene kodifiserer gjeldende rett eller bygger på vedtekter til andre domstoler. I og med at ICC ikke ble opprettet med tanke på en bestemt konflikt, men med tanke på å forfølge forbrytelser i fremtiden, ville det imidlertid vært galt å gi Romastatuttene tilbakevirkende kraft. Den midlertidige domstolen i Sierra Leone har uttalt seg om Romastatuttens kodifisering av gjeldende rett når det gjelder kriminalisering av handlinger som innebærer bruk av barnesoldater. Jeg kommer nærmere tilbake til dette i 6.5.2.2.

ICCs begrensning i forhold til hvor de aktuelle forbrytelsene må ha skjedd, ligger i at ICC har jurisdiksjon over saker hvor den anklagede er statsborger i en stat som er part til Romastatuttene, eller at forbrytelsen ble begått på territoriet til en stat som er part til

statuttene. Dette gjelder uavhengig av om staten personen er statsborger i er part til statuttene.²⁶²

6.5.1.5 ICCs bruk av andre konvensjoner

Det fremgår av artikkel 21 (a) at Romastatuttene fungerer som primærkilde i saker for domstolen. Etter bestemmelsens punkt (b) vil imidlertid andre konvensjoner ("applicable treaties") komme inn som sekundærkilde hvis det er formålstjenlig eller hensiktsmessig ("appropriate").²⁶³ Dette vil typisk være når statuttene er uklare og man trenger annet kildemateriale å støtte seg til. Sannsynligvis vil det være mest aktuelt for ICC å anvende andre konvensjoner som tolkningsfaktor i tolkninger av Romastatuttene, men det nærliggende å tolke artikkel 21 (b) som at ICC også kan dømme etter brudd på andre konvensjoner. "Applicable treaties" i artikkel 21 synes for øvrig å henseile til "international conventions" i ICJ Statuttene artikkel 38, som gir den internasjonale domstolen i Haag rett til å dømme etter brudd på andre konvensjoner.²⁶⁴

Romastatuttene setter som nevnt en nedre aldersgrense på femten år for bruk av barnesoldater. Etersom ICC har adgang til å bruke andre traktater som rettskilder i enkelte tilfeller, er det relevant å vurdere hvilken betydning traktater som setter en høyere aldersgrense enn Romastatuttene, vil ha i saker for ICC. Utkastet til vedtektene går ikke nærmere inn på hva slags konvensjoner det siktes til i artikkel 21 (b) og det må derfor avgjøres hva som ligger i "applicable treaties" som oversettes til blant annet "anvendelige", "brukbare", "egnende" og "gjeldende".²⁶⁵ Siktes det til "gjeldende" konvensjoner er det naturlig å anta at dette viser til konvensjoner som staten tiltalte kommer fra, har forpliktet seg til. Dette virker imidlertid uholdbart, ettersom det er individer og ikke stater, som kan være parter for domstolen. Hvilke andre internasjonale overenskomster staten har sluttet seg til, burde derfor ikke spille en avgjørende rolle.

²⁶² Jfr. Romastatuttene artikkel 12.

²⁶³ Romastatuttene gir for øvrig domstolen adgang til å benytte annet materiale enn konvensjoner, dette synes ikke å være av spesiell interesse for barnesoldatproblematikken. Emnet utelates av denne grunn.

²⁶⁴ Se Sok Kim, s. 298.

²⁶⁵ Se Kunnskapsforlaget - Engelsk blå ordbok og Clue Lock-up Norge.

Sannsynligvis sikter Romastatuttene til ”egnete” eller ”anvendelige” konvensjoner. For å avgjøre hva som ligger i dette, må man ta for seg den enkelte konvensjon og se på dens stilling i folkeretten. En konvensjon som regulerer omtrent det samme området som den aktuelle saken og som har en sterk stilling internasjonalt, vil trolig være en slik ”egnet” eller ”anvendelig” konvensjon.

Barnekonvensjonens tilleggsprotokoll om bruk av barn i væpnet konflikt vil sannsynligvis være en egnet eller anvendelig konvensjon i saker for ICC. Protokollen setter som kjent en nedre aldersgrense på atten år for tvungen rekruttering av barnesoldater. Protokollen har en relativt sterk stilling internasjonalt, ettersom den er signert av 117 stater og ratifisert av 88. En annen relevant konvensjon som setter atten år som aldersgrense for bruk av barnesoldater, er ILO konvensjon nr. 182.²⁶⁶ Når dette er sagt, må det fremheves at Barnekonvensjonen pålegger statene forpliktelser, mens Romastatuttene retter seg mot individer. Det må likevel kunne være relevant for domstolen å anvende Barnekonvensjonen, og andre konvensjoner som i utgangspunktet retter seg mot stater, når det er enkeltpersoner som har krenket bestemmelser i de enkelte konvensjonene.

Romastatuttene hjemler imidlertid et klart forbud mot bruk av mindreårige under femten år i internasjonale og nasjonale borgerkriger. Forbudet er verken uklart eller mangelfullt, og lite tilsier at man trenger innspill fra andre traktater for å avgjøre hva forbudet inneholder. Selv om Barnekonvensjonen og tilleggsprotokollen har en sterk stilling internasjonalt, vil dette neppe være nok for at ICC skal gå utover sine egne vedtekter og anvende en konvensjon som sier noe annet. ICC har med andre ord anledning til å gjøre dette, men det skal sannsynligvis svært mye til for at det skal bli aktuelt. Følgelig vil vi neppe se at bakmenn som har rekruttert barn mellom femten og atten år til soldattjeneste, vil kunne bli straffeforfulgt av ICC.

²⁶⁶ Ettersom den nevnte ILO konvensjon er fra 1999 og arbeidet for tilleggsprotokollen var godt i gang da Romastatuttene ble vedtatt, kan det stilles spørsmål til hvorfor den nedre aldersgrensen for bruk av barnesoldater ikke ble satt til atten år, men femten år. Sannsynligvis er aldersgrensen i vedtektene satt til femten år, fordi det var enklere å få flere stater til å akseptere en femtenårs grense i motsetning til en attenårs grense.

I forhold til ICC vil det aldri bli aktuelt å straffeforfølge barnesoldater under atten år, ettersom Romastatuttene setter opp en nedre aldersgrense på atten år for å kunne bli straffeforfulgt i ICC.²⁶⁷ Det vil derimot kunne bli aktuelt å straffeforfølge eldre soldater og de som har stått for rekruttering av barnesoldater under femten år.

6.5.1.6 Adgangen til å henvise saker til ICC

Romastatuttene artikkel 13 konstaterer tre måter saker kan bli brakt inn for ICC. For det første kan en sak bli brakt inn ved at en statspart selv klager inn den aktuelle forbrytelse for domstolen.²⁶⁸ En stat som ikke er part til statuttene kan derfor ikke anmode ICC om å etterforske en sak. Etter at statsparten har henvist saken til ICC vil ICC foreta etterforskning før det vedtas om straffeforfølging skal igangsettes.

For det annet kan Sikkerhetsrådet henvise en sak til domstolen.²⁶⁹ Romastatuttene presiserer at det er kun de situasjoner som faller inn under Sikkerhetsrådets kompetanse etter kapittel VII i FN-pakten og som er begått etter at vedtektene trådte i kraft,²⁷⁰ som kan henvises til ICC. Det har i denne forbindelse blitt diskutert hvorvidt en kan lese et rettslig grunnlag for henvisningsadgangen direkte ut at FN-pakten kapittel VII.²⁷¹ Som tidligere nevnt er ICC et selvstendig organ i forhold til FN-organer og andre institusjoner. Det kan imidlertid argumenteres for at ICC står i et visst avhengighetsforhold til Sikkerhetsrådet som følge av Rådets henvisningsadgang. Hvorvidt det foreligger en plikt for ICC til å straffeforfølge en sak etter henvisning fra ICC er det derfor relevant å se nærmere på. Foreligger det ingen slik plikt, taler dette for at ICC står på egne ben. Da artikkel 13 bruker uttrykket ”kan utøve sin jurisdiksjon” (”may exercise”), kan dette tyde på at ICC kan bestemme om forfølgning skal igangsettes etter anmodning fra en statspart eller Sikkerhetsrådet. Det er imidlertid uklart om det er noen realitet i denne valgfriheten. Sannsynligvis skal det mye til før ICC velger å gå imot en anmodning fra Sikkerhetsrådet. Dette vil imidlertid neppe være

²⁶⁷ Jfr. Romastatuttene artikkel 26.

²⁶⁸ Se Romastatuttene artikkel 13(a), jfr. artikkel 14.

²⁶⁹ Se Romastatuttene artikkel 13(b).

²⁷⁰ Jfr. Romastatuttene artikkel 13(b) jfr. artikkel 11(1.).

²⁷¹ Se for eksempel Kregnes, Forholdet mellom Sikkerhetsrådet og Den internasjonale straffedomstolen, 2003.

et stort problem, da det er sannsynlig at ICC og Sikkerhetsrådet i den enkelte sak vil ha samme syn på om straffeforfølgning bør igangsettes eller ikke.²⁷² Sikkerhetsrådet kan for øvrig også hindre en sak å bli fremmet for ICC.²⁷³

Ettersom medlemsstatene er forpliktet til å følge bindende avgjørelser tatt av Sikkerhetsrådet i henhold til kapittel VII,²⁷⁴ vil de også være forpliktet til å respektere saker som er brakt inn for domstolen i denne anledning,²⁷⁵ samt å samarbeide med ICC og støtte opp om domstolens mandat. Dette er av særlig betydning for stater som ikke har ratifisert Romastatuttene, men som er forpliktet i henhold til FN-pakten. Individuer som har begått forbrytelser kan derfor bli fremstilt for ICC, til tross for at hjemstaten ikke har ratifisert statuttene eller at forbrytelsen ikke er begått på territoriet til en stat som har gjort det.²⁷⁶ Plikten til samarbeid er av også av betydning fordi ICC er en dømmende institusjon uten politimyndighet. Samarbeidsplikten følger for øvrig også av Romastatuttene del ni, som pålegger statspartene å bistå i etterforskning og straffeforfølgning. Samarbeid med statspartene i denne relasjon gjør at ICC får utført sitt arbeid fullt ut.

Endelig kan som tidligere nevnt anklageren bringe en sak inn for etterforskning i ICC.²⁷⁷ Slik etterforskning er som regel satt i gang etter anmodning fra en statspart.²⁷⁸ Etter at anklager har etterforsket saken avgjøres det om den skal bringes inn for domstolen.²⁷⁹

Et eksempel på en statspart som har anmodet ICC om etterforskning fant sted i desember 2003 da Presidenten i Uganda, Yoweri Museveni, tok initiativ til å bringe barnesoldatproblemet i landet opp for domstolen. ICC uttalte i en pressemelding i 2004 at både statsparter og andre stater har vist bekymring for forholdene i Nord-Uganda, og

²⁷² For nærmere analyse av ICCs forhold til FNs Sikkerhetsråd, se Kregnes 2003.

²⁷³ Jfr. Romastatuttene artikkel 16.

²⁷⁴ Jfr. FN-pakten artikkel 39 jfr. artikkel 25.

²⁷⁵ Jfr. S/RES/827 (1993), S/RES/955 (1994).

²⁷⁶ Jfr. Romastatuttene artikkel 13(b) jfr. artikkel 12(2.).

²⁷⁷ Jfr. Romastatuttene artikkel 15.

²⁷⁸ Jfr. Romastatuttene artikkel 14(1.).

²⁷⁹ Jfr. Romastatuttene artikkel 15(c).

at disse oppfordret ICC til å starte etterforskning.²⁸⁰ I juli 2004 det ble det avklart at det forelå forhold i Nord-Uganda som utgjorde grunnlag for å etterforske omstendighetene nærmere. Etter dette begynte anklageren å planlegge etterforskning av forholdene i Nord-Uganda.²⁸¹ I dag pågår det etterforskning i regi av anklageren i forhold til LRA i Uganda, hvorav ca. 90 % av soldatene er barn. På bakgrunn av etterforskningen i Uganda, er det naturlig å tro at det senere vil bli igangsatt straffeforfølgning i ICC mot enkeltpersoner som har rekruttert barnesoldater i landet.

ICCs komplementære stilling medfører at en rekke saker domstolen har jurisdiksjon over, ikke blir behandlet av domstolen. Dette gjelder først og fremst når de nasjonale domstolene selv er egnet til å ta seg av saken. En annen årsak kan være at et av de faste medlemmene i Sikkerhetsrådet nedlegger veto mot at Rådet skal henvide en sak til ICC og ingen av de andre henvisningsmulighetene blir brukt.²⁸² Dette kan føre til at enkelte forbrytelser ikke blir straffeforfulgt verken nasjonalt eller av ICC. Selv om sjansen for at dette skjer er liten, er dette likevel et eksempel på en begrensning i ICC og den relativt svake håndhevingsmekanismen i internasjonal strafferett.

6.5.1.7 Svikt i nasjonal straffeforfølgning

Etter Romastatuttene artikkel 17 – ”Issues of admissibility”, kan ICC først og fremst utøve sin jurisdiksjon over saker som ikke blir tilfredsstillende behandlet i nasjonale rettssystemer. I henhold til bestemmelsens første ledd, punkt a, kan ICC forfølge en sak når statsparten mangler evne eller vilje til å straffeforfølge saken. Bakgrunnen for dette er komplementaritetsprinsippet, som skal sikre at domstolen i utgangspunktet ikke blander seg inn i nasjonale rettsoppgjør. Hensynet bak prinsippet er at statene skal ha mulighet til å forfølge forbrytelser begått i sitt eget land, ettersom den enkelte nasjonalstat gjerne har størst utbytte av å forfølge saken selv. Det ligger ofte sterke følelser bak forbrytelser det kan være aktuelt for ICC å forfølge. Dette taler både for og imot at statsparten selv bør rettsforfølge forbrytelsen. Sannsynligvis vil dette ikke være problematisk, da hensynet til objektivitet synes å veie tungt i de fleste rettssystemer.

²⁸⁰ Se www.icc-cpi.int/pressrelease_details&id=33&1=en.html.

²⁸¹ Se www.icc-cpi.int/pressrelease_details&id=16&1=en.html.

²⁸² Jfr. FN-pakten artikkel 27.

Et relevant spørsmål med hensyn til ICCs jurisdiksjonsadgang er hvorvidt ICC kan tvinge igjennom å straffeforfølge en sak når nasjonalstaten selv ønsker å foreta forfølgning, men ut i fra ICCs synspunkt ikke har evne til å gjøre det. Når en stat blir part til Romastatuttene, aksepterer den domstolens jurisdiksjon med hensyn til de former for forbrytelser domstolen kan straffeforfølge etter artikkel 5.²⁸³ Statsparter har altså ved ratifikasjon av vedtektene gitt fra seg myndighet til domstolen i saker som gjelder enkelte typer forbrytelser. ICCs overnasjonale myndighet må også gjelde hvilke saker ICC ønsker å behandle. Dette følger uansett av en ren ordlydsfortolkning av artikkel 17 (1.) som sier at domstolen skal avgjøre hvilke saker den ikke kan behandle, ("the Court shall determine") og således hvilke den kan behandle. Mener ICC at den enkelte stat er inkompetent til å straffeforfølge en sak, må det til syvende og sist være opp til domstolen om den skal tre inn eller ikke. Dette ble for øvrig presisert i forhandlingene om vedtektene, hvor man fremhevet at tolking og anvendelse av bestemmelsene i vedtektene var overgitt til domstolen selv.²⁸⁴ Sannsynligvis vil problemstillingen imidlertid neppe bli aktuell i mange saker, ettersom det er i alle parter interesse at forbrytelser straffeforfølges på best mulig måte.

6.5.2 Ad hoc-domstoler

6.5.2.1 Innledning

Ved siden av den internasjonale straffedomstolen har de internasjonale ad hoc-domstolene fått en sterk rolle i folkeretten de senere år. Ad hoc-domstolenes jurisdiksjon er begrenset i tid og sted som ICC, men deres virkeområde er snevrere. Vanligvis er domstolene opprettet i etterkant av interne konflikter hvor de nasjonale domstolene ikke makter å gjennomføre et rettmessig straffeoppgjør. Av nyere ad hoc-domstoler kan de internasjonale krigsforbryterdomstolene for det tidligere Jugoslavia og Rwanda, samt Spesialdomstolen i Sierra Leone nevnes. Dette er alle domstoler som er opprettet i regi eller i samarbeid med FN, men som står på egne ben og har egne vedtekter. I forhold til bruk av barnesoldater er først og fremst domstolen i Sierra Leone

²⁸³ Jfr. artikkel 12 nr.1.

²⁸⁴ Se Sok Kim, s. 259.

av interesse. Jeg vil i det følgende legge frem deler av en sak fra domstolen som omhandler barnesoldatproblemet.

6.5.2.2 Semi-internasjonalt rettsoppgjør i Sierra Leone

Spesialdomstolen i Sierra Leone er en ad hoc-domstol som behandler krigsforbrytelser begått siden 30. november 1996 og frem til i dag. Det oppsto borgerkrig i landet allerede i 1991, men datoen er satt som et skjæringspunkt for å begrense domstolens jurisdiksjon, da det var på dette tidspunkt konflikten trappet opp. Domstolen er en typisk ad hoc-domstol som er begrenset i tid og sted. At vi snakker om et semi-internasjonalt rettsoppgjør vil si at det er tale om et nasjonalt rettsoppgjør med et visst internasjonalt innslag. Opprettelsen av domstolen skjedde i samråd mellom FN og staten Sierra Leone, men domstolen er i dag uavhengig av både FN og de nasjonale myndighetene. Jeg velger likevel å omtale domstolen som internasjonal i denne fremstillingen. I motsetning til Jugoslavia og Rwandadomstolen, er domstolen i Sierra Leone ikke opprettet av Sikkerhetsrådet i henhold til kapittel VII. Dette gir domstolen en noe svakere stilling, ettersom medlemslandene ikke i samme grad er forpliktet til å støtte opp om denne domstolen.²⁸⁵ Dette har imidlertid minimal praktisk betydning, da dette ikke hindrer domstolen i å fullføre sitt mandat.

Spesialdomstolen ble opprettet i henhold til Sikkerhetsrådets resolusjon 1315 i 2000,²⁸⁶ etter at presidenten i Sierra Leone, Alhaji Ahmad Tejan Kabbah, tok kontakt med FNs Generalsekretær, Kofi Annan, vedrørende internasjonal straffeforfølgning av krigsforbrytere i landet. Som respons til denne henvendelsen vedtok Sikkerhetsrådet 14. august 2000 ovennevnte resolusjon. Først i januar 2002 signerte FN og Sierra Leone en avtale om etableringen i spesialdomstolen. Det var denne avtalen som i praksis satte domstolens arbeid i gang, og i juli samme år ankom domstolens første ansatte til Sierra Leone for å starte sitt arbeid.

Domstolen har fra den startet opp behandlet ulike former for forbrytelser, dette gjelder særlig krigsforbrytelser, forbrytelser mot menneskeheten, samt andre krenkelser av

²⁸⁵ Se 5.6.2.

²⁸⁶ Se SC/RES/1315 (2000).

humanitærretten. Det har hovedsakelig blitt fokusert på drap, voldtekt, utryddelse av menneskegrupper, terrorhandlinger og bruk av barnesoldater.²⁸⁷

Etter artikkel 1 første ledd, som omhandler domstolens jurisdiksjonsområde, kan domstolen straffeforfølge alvorlige brudd på humanitærrettslige regler og nasjonal lovgivning. Bestemmelsen lyder:

“The Special Court shall, (...) have the power to prosecute persons who bear the greatest responsibility for serious violations of international humanitarian law and Sierra Leonean law (...).”

Det er klart at når det vises til brudd på den internasjonale humanitærretten, må dette gjelde brudd på relevante internasjonale konvensjoner og sedvanerett. Etter ICJ-Statuttene artikkel 38 første ledd, b. kan Den internasjonale domstolen dømme etter sedvane som er uttrykk for *opinio juris* (“international custom, as evidence of a general practice accepted as law”). Når Vedtektene til Spesialdomstolen i Sierra Leone presiserer at domstolen kan straffeforfølge brudd på humanitærretten, må dette trolig tolkes i lys av ICJ-Statuttene som setter opp krav til sedvanen. Statspraksisen spesialdomstolen kan dømme på grunnlag av, må derfor være et uttrykk for *opinio juris*. Praksisen som har dannet grunnlaget for sedvaneretten må altså ha skjedd på grunnlag av en overbevisning om at den samsvarer med gjeldende rett.

Domstolen dømmer først og fremst etter sine egne vedtekter, men den kan også – i motsetning til de midlertidige krigsforbryterdomstolene for det tidligere Jugoslavia og Rwanda – drive straffeforfølgning etter både nasjonal og internasjonal lovgivning. Domstolen har på bakgrunn av dette for eksempel adgang til å anvende prinsipper nedfelt i Romastatuttene i sin rettergang.

Etter artikkel 4 kan domstolen straffeforfølge brudd på forbudet mot barnesoldater. Det fremkommer i bestemmelsen at:

“The Special Court shall have the power to prosecute persons who committed the following serious violations of international humanitarian law: (...)

²⁸⁷ Om Spesialdomstolen i Sierra Leone, se domstolens hjemmeside: <http://www.sc-sl.org>.

Conscripting or enlisting children under the age of 15 years into armed forces or groups or using them to participate actively in hostilities.”

I en avgjørelse i anledning saken mot Sam Hinga Norman, en av lederne i Civil Defence Forces som herjet i konflikten i Sierra Leone, ble det vurdert om domstolen kan straffeforfølge personer som rekrutterte barnesoldater før domstolens jurisdiksjonsperiode begynte.²⁸⁸ Bakgrunnen for dette var at bruken av barnesoldater var svært utbredt i Sierra Leone også før november 1996, og det var en generell oppfatning da spesialdomstolen startet sitt arbeid at man ønsket å kunne straffeforfølge alle som har stått for barnesoldatrekruttering i Sierra Leone. Domstolen drøftet i denne anledning hvorvidt man tillå vedtektene tilbakevirkende kraft, hvis man tillot å straffeforfølge personer som hadde rekruttert barnesoldater før 30. november 1996. Som tidligere nevnt er det sterk motstand mot å gi rettsregler tilbakevirkende kraft både i nasjonal og internasjonal strafferett.²⁸⁹ Det ble derfor vurdert hvorvidt rekruttering av barnesoldater under femten år medførte individuelt internasjonalt straffeansvar etter folkerettslig sedvanerett allerede før Romastatuttene presiserte dette i 1998.

For å besvare spørsmålet gjennomgikk domstolen relevante internasjonale konvensjoner og sedvanerett. Domstolen fastslo at forbudet mot bruk av barnesoldater hadde lenge vært etablert som gjeldende, uskreven internasjonal rett ettersom forbudet var anerkjent gjennom flere internasjonale konvensjoner, blant annet presisert i Genèvekonvensjonene, Barnekonvensjonen og The African Charter on the Rights and Welfare of the Child fra 1990. Det ble med andre ord raskt konstatert at det før 30. november 1996, gjaldt et forbud mot bruk av barnesoldater etter folkerettslig sedvanerett.

Domstolen vurderte videre hvorvidt det kunne ilegges individuelt straffeansvar ved krenkelse av forbudet skjedd før 30. november 1996. For å avgjøre spørsmålet så retten blant annet på Genèvekonvensjonenes II. Tilleggsprotokoll om interne konflikter artikkel 4 som presiserer at beskyttelse av barn er en av de viktigste garantiene etter

²⁸⁸ Prosecutor v Sam Hinga Norman, Case Number SCSL-2003-14-AR72(E), Vedtektene for den midlertidige krigsforbryterdomstolen i Sierra Leone artikkel 1 (1.).

²⁸⁹ Se 4.4.

protokollen. Videre anvendte man ulike rapporter fra ikke-statlige menneskerettsorganisasjoner som blant annet fremhevet at barnesoldatrekuttering kan få de mest fatale konsekvenser for barn. På bakgrunn av dette ble det stadfestet at bruk av barnesoldater var allerede anerkjent som en internasjonal forbrytelse som medførte individuelt straffeansvar da Roma-statuttene konstaterte dette. Bestemmelsen i Romastatuttene ble derfor ansett for å være kodifisering av en sedvanerettsregel som ga uttrykk for statspartenes opinio juris, i motsetning til en nykonstruert bestemmelse. Gjennom Romastatuttene sikret et man derfor et effektivt forbud av allerede gjeldende rett.²⁹⁰

Det kan utledes av dommen at en norm som presiserer et handlingsforbud, ikke behøver å være klart presisert i en internasjonal konvensjon for å etablere hva som kvalifiserer til å være en forbrytelse etter gjeldende rett. Domstolen hevdet at de fant støtte for dette i ulike staters nasjonale lovgivning.

Domstolen konkluderte med at rekruttering av barnesoldater var ansett som en kriminell handling allerede før forbudet ble eksplisitt satt ned i traktatretten gjennom ulike konvensjoner, samt i domstolens egne vedtekter, og at det var klart at rekruttering av barnesoldater medførte internasjonalt straffeansvar da ble tatt ut tiltale mot de anklagede i saken. Man kunne derfor også straffeforfølge personer som hadde rekruttert barnesoldater før november 1996, uten å bryte prinsippet om å ikke gi rettsregler tilbakevirkende kraft. Hvor lenge forbudet har hatt en sedvanerettslig stilling kommenterte domstolen imidlertid ikke.

Avgjørelsen om at domstolen ikke vil bryte med prinsippet om tilbakevirkende kraft ved å straffeforfølge forbrytelser begått før jurisdiksjonsperioden, var sannsynligvis farget av den alminnelige rettsfølelsen som følge av den grusomme konflikten som har pågått i Sierra Leone. Gjengjeldelseshensynet spilte sannsynligvis også inn i vurderingen. At de som hadde rekruttert barnesoldater bare et par år før november 1996 skulle slippe unna straffeforfølgelse, syntes urimelig. Det er klart at spesialdomstolen vil følge sin avgjørelse på dette punkt selv, men saken vil neppe ha innvirkning for

²⁹⁰ Bakgrunnen for at man så hen til Romastatuttene i dette tilfellet var fordi Romastatuttene var den første internasjonale konvensjonen som konstaterte internasjonalt straffeansvar ved bruk av barnesoldater.

hvilke saker som kommer opp til behandling i ICC. Romastatuttene har som nevnt klare bestemmelser om hvilke saker som faller inn under ICCs jurisdiksjon og ICC kan som nevnt kun straffeforfølge personer som har begått handlinger etter vedtektenes ikrafttredelse.

Avgjørelsen i Sierra Leone er et gjennombrudd for kampsaken mot rekruttering av barnesoldater og individuelt straffeansvar ved slik rekruttering. Det er grunn til å tro at den vil ha stor betydning fremover ettersom den har banet vei for den første saken om barnesoldatrekruttering i en internasjonal straffedomstol. En avgjørelse som dette viser - om ikke annet - en sterk vilje til å forfølge og straffe enkeltpersoner og grupperinger som har stått for rekruttering av barnesoldater.

Det kan imidlertid rettes kritikk mot avgjørelsen i Sierra Leone ettersom den tillater straffeforfølgning med grunnlag i en sedvanerettslig regel. Når man tillater straffeforfølgning med grunnlag i en sedvanerettslig bestemmelse, svekker dette til en viss grad kravet om forutberegnelighet uansett hvor kjent den sedvanerettslige reglen er. Det er imidlertid akseptert i den internasjonale strafferetten at det må være adgang til å straffeforfølge med grunnlag i brudd på sedvanerett, da det er en mangel på skriftlige reguleringer i disiplinen.

Rettsaken mot Sam Hinga Norman og andre ledere av Civil Defence Forces pågår fremdeles per i dag, mai 2005. Det er ikke klart når endelig dom vil foreligge.

Etter vedtektene til domstolen kan også barn straffeforfølges i spesialdomstolen. Det er fastslått en kriminell lavalder på femten år i domstolens vedtekter, som betyr at barn helt ned til femten år kan bli straffet for de handlinger de begikk som barnesoldater. Jeg kommer nærmere tilbake til straffeforfølgning av barnesoldater i 6.8.

6.5.3 Nasjonal straffeforfølgning etter Genèvekonvensjonene

I tillegg til at Genèvekonvensjonene og tilleggsprotokollene inneholder regler i krig, setter de visse krav til nasjonal straffelovgivning og pålegger statene i enkelte tilfelle å

forfølge brudd på konvensjonsbestemmelsene.²⁹¹ Velger en stat å ikke gjennomføre straffeforfølgning, må dette overlates til en annen stat. At Genèvekonvensjonene ikke hjemler internasjonal straffeforfølgning er i og for seg naturlig, ettersom det ikke var opprettet en internasjonal straffedomstol da Genève-reglene ble utviklet. Til tross for at denne fremstillingen hovedsakelig er begrenset til internasjonal straffeforfølgning, finner jeg det hensiktsmessig å se nærmere på bestemmelsene, da Genèvekonvensjonene er sentrale i barnesoldatproblematikken.

Genèvekonvensjonene inneholder bestemmelser som beskytter krigsofre - personer som blir skadet og utsatt for lidelser og som selv ikke deltar i kamphandlinger. De tre grupper personer som beskyttes er syke, sårede og skipbrudne medlemmer av væpnede styrker, samt krigsfanger og sivilbefolkningen. Barnesoldater faller inn under den første gruppen ettersom de er medlemmer av væpnede styrker. Det er imidlertid tilleggsprotokollene av 1977 som er av spesiell interesse når det gjelder forbudet mot bruk av barnesoldater.²⁹² Som tidligere nevnt er tilleggsprotokollene de første internasjonale dokumentene tilknyttet en konvensjon, som hjemler et forbud mot bruk av barnesoldater. Forbudet gjelder kun bruk av soldater under femten år, men protokollene er likevel svært viktige fordi de satte spørsmålet om en nedre aldersgrense for bruk av barnesoldater på den internasjonale dagsordenen.²⁹³

Bestemmelsene om straffeforfølgning er med på å styrke Genèvekonvensjonens stilling ved at de gir konvensjonene en tvangsmekanisme som bidrar til at konvensjonene stiller sterkere enn andre konvensjoner som ikke hjemler straffeforfølgning. Statene har i utgangspunktet plikt til å straffeforfølge alvorlige krenkelser av konvensjonen. Det er med andre ord ikke overlatt til statene selv om straffeforfølgning skal iverksettes i enkelte tilfeller. Dette kommer av at man har villet sikre at de ansvarlige faktisk blir tiltalt og straffet i noen situasjoner. Forpliktelsen til å vedta nasjonale straffebestemmelser medfører et visst press for statene til å overholde konvensjonene, men i mange tilfeller vil denne tvangsmekanismen komme til kort. Dette vil typisk

²⁹¹ Jfr. I. Genèvekonvensjon artikkel 49, II. Genèvekonvensjon artikkel 50, III. Genèvekonvensjon artikkel 129, IV. Genèvekonvensjon artikkel 146 (felles artikler).

²⁹² Jfr. I. Tilleggsprotokoll artikkel 77 og II. Tilleggsprotokoll artikkel 4 (3.) c.

²⁹³ Se 5.3.

gjelde for stater i krig og uroligheter hvor det nasjonale rettssystemet ikke fungerer optimalt. Konvensjonene og protokollene kan imidlertid, som andre konvensjoner, anvendes som rettskilder i saker for internasjonale domstoler.²⁹⁴ Krenkelser av konvensjonsbestemmelsene kan derfor både føre til nasjonal og internasjonal rettslig forfølgning.

Enkelte overtredelser av konvensjonen defineres som ”alvorlige brudd”.²⁹⁵ For det første er statene forpliktet til at disse handlingene blir gjort straffbare etter nasjonal lovgivning. Videre er statene forpliktet til å starte etterforskning hvis det foreligger mistanke om at enkelte personer har begått alvorlige brudd på reglene. Det er konstatert at den som pågriper en person som har begått et slikt brudd, enten har plikt til å tiltale ham for bruddene for nasjonale domstoler eller utlevere ham til et land som vil foreta straffeforfølgning.²⁹⁶ Utlevering vil være aktuelt hvis staten som pågriper personen ikke har anledning til å gjennomføre fullverdig straffeforfølgning, for eksempel fordi staten selv er i krig eller har et rettssystem som ikke fungerer slik det burde etter internasjonale normer.

Det er tilsynelatende bare noen svært få krenkelser som anses for å være alvorlige brudd på konvensjonene, i og med at det stilles strenge krav til forbrytelsene for at de skal være av en slik karakter. Sannsynligvis er brudd på forbudet mot bruk av barnesoldater ikke av en slik karakter. Nasjonale domstoler vil imidlertid alltid kunne straffeforfølge brudd på nasjonal lovgivning. En forbrytelse som ikke er å anse som alvorlig etter Genève-reglene, men som er forbudt etter nasjonal lovgivning, skal derfor straffeforfølges uansett. Genève-reglenes bestemmelser om nasjonal straffeforfølgning er med andre ord å anse som en sikkerhetsventil, i tilfelle statene ikke har nasjonal lovgivning som kriminaliserer handlinger som er å anse som alvorlige etter Genèvekonvensjonene.

²⁹⁴ Se for eksempel ICJ- Statuttene artikkel 38, Romastatuttene artikkel 21 (b).

²⁹⁵ Se I. Genèvekonvensjon artikkel 50, II. Genèvekonvensjon artikkel 51, III. Genèvekonvensjon artikkel 130 og IV. Genèvekonvensjon artikkel art. 147, samt artikkel 11 og 85 i I. Tilleggsprotokoll.

²⁹⁶ Se Ruud, s. 327.

I. Tilleggsprotokoll artikkel 87, tredje ledd konstaterer enda en plikt til igangsetting av tiltak ved krenkelser av konvensjonene eller protokollen, men bestemmelsen er ikke like klar som de ovennevnte bestemmelser som bare gjelder for brudd på konvensjonene. Etter protokollbestemmelsen skal militære sjefer iversette strafferettslige og disiplinære tiltak overfor personer som har krenket konvensjonen eller protokollen. Det er imidlertid uklart hvorvidt plikten er absolutt (jfr. ”eventuelt iverksetter disiplinære og strafferettslige tiltak”).²⁹⁷ Når dette er sagt, må det fremheves at det ikke er et krav etter protokollbestemmelsen at det er tale om et alvorlig brudd på bestemmelsen for at tiltak skal igangsettes. Således omfattes alle krenkelser av bestemmelsene i konvensjonene og protokollen. Ved bruk av barnesoldater under femten år i konflikter, som til en viss grad er et brudd på I. Tilleggsprotokoll artikkel 77 (2) og (3),²⁹⁸ foreligger det derfor sannsynligvis en plikt til å iverksette strafferettslig forfølgning. Etter II. Tilleggsprotokoll gjelder ingen slik forpliktelse til å iverksette tiltak i ikke-internasjonale konflikter. II. Tilleggsprotokoll artikkel 6 regulerer for øvrig gjennomføring av straffeforfølgning for handlinger begått i interne konflikter, men det kan ikke utledes en plikt til å iverksette straffeforfølgning av bestemmelsen.

Hvis nasjonal lovgivning setter en høyere aldersgrense enn femten år for bruk av barnesoldater, må denne anvendes ved straffeforfølgning da denne gir et bedre vern enn Genèvekonvensjonene med tilleggsprotokoller. Dette samsvarer for øvrig med Barnekonvensjonen artikkel 41 som sier at når nasjonal lovgivning er bedre, skal denne gå foran bestemmelsene i Barnekonvensjonen. Å la den nasjonale bestemmelsen gå foran den folkerettslige forpliktelsen er egentlig i konflikt med den dualistiske teori og presumsjonsprinsippet.²⁹⁹ Dette er imidlertid uproblematisk ettersom begge bestemmelsene har samme formål, men den nasjonale bestemmelsen går lenger og gir et bedre vern enn den folkerettslige.

6.6 Straffeansvar for sivile statlige aktører

Individuelt straffeansvar for statlige aktører som har stått for rekruttering av barnesoldater er per i dag ikke veldig relevant, da det først og fremst er uavhengige

²⁹⁷ Se Ruud, s. 328.

²⁹⁸ Se 5.3.

²⁹⁹ Se kapittel 5.9.3.2.

militære grupper som bruker barn som soldater. Ettersom bruk av barnesoldater også forekommer i statlige militære grupper, er det imidlertid en interessant problemstilling om sivile statlige aktører som har medvirket til dette, kan pålegges internasjonalt individuelt straffeansvar. Når en statlig militærstyrke bruker barnesoldater er det enkeltpersoner som har stått for eller bidratt til dette, og det er derfor relevant å avgjøre om disse kan straffes for dette.

Statsoverhoder nyter immunitet, noe som betyr at de ikke kan straffes for forbrytelser de måtte begå. Immuniteten gjelder imidlertid ikke i internasjonal straffeforfølgning. Dette er blant annet fastslått i Romastatuttene artikkel 27. Statsoverhoder har med andre ord ingen privilegier og stiller i samme klasse som andre personer, i internasjonale straffedomstoler. Muligheten til å fremstille statsledere for ICC, kan for øvrig også utledes av Romastatuttene artikkel 25 som ikke setter grenser for hvilke individer som kan fremstilles for domstolen.

Statsoverhoder er med andre ord kun immune etter nasjonal rett. Dette innebærer at statsoverhoder som begår straffbare handlinger etter nasjonal eller internasjonal rett ikke kan fremstilles for nasjonale domstoler. I og med komplementaritetsprinsippet som utelukker internasjonal straffeforfølgning der det er hensiktsmessig, kan immune personer unngå straffeforfølgning etter å ha begått alvorlige forbrytelser. Dette kan for eksempel skje når en sak ikke fanges opp av de ulike henvisningsmåtene til ICC.³⁰⁰ Fører ingen av henvisningsmåtene frem, skal saken behandles av den nasjonale domstolen. Ettersom personen er immun etter nasjonal rett vil straffeforfølgning og ileggelse av straff da ikke kunne skje.

Man har i flere tilfelle pålagt statlige aktører straffeansvar ved at statsledere og ledere i statlige forsvarsgrupper har blitt straffeforfulgt og dømt i ulike ad hoc-domstoler. Ansvarer her har vært begrunnet i at personene selv kan klandres for sine handlinger, noe som til en viss grad skiller seg fra forbrytelser hvor det er spørsmål om menneskene som står bak statens politikk og praksis kan klandres.

³⁰⁰ Se 6.5.1.6.

Straffeforfølgning av statlige ledere er som nevnt relevant i forhold til ICC når saken er brakt inn for domstolen på rettmessig måte.³⁰¹ Romastatuttene inneholder en bestemmelse om ansvar for statlige aktører: artikkel 28 – ”Responsibility of commanders and other superiors”. Bestemmelsen retter seg blant annet mot sivile ledere som presidenter og ministre. Da statuttene ble utformet var man ikke enige om man skulle skille mellom ansvar for militære og sivile ledere, og man endte opp med artikkel 28 som kriminaliserer handlinger og unnlaterer for begge typer ledere, under noe forskjellige vilkår.³⁰²

Etter bestemmelsens punkt (b) kan sivile ledere holdes strafferettslig ansvarlig for forbrytelser begått av underordnede når forbrytelsen er et resultat av lederens manglende kontroll, når lederen visste om eller bevisst overså informasjon som klart tydet på at den underordnede ville begå en forbrytelse. Videre kan en leder holdes ansvarlig når forbrytelsen ble begått i en aktivitet lederen var ansvarlig for og hadde kontroll over. Endelig kan ansvar pålegges når lederen ikke gjorde det som var nødvendig og rimelig for å unngå eller stanse den underordnedes handling eller ikke informerte kompetente organer om forholdet for videre etterforskning. Sivile lederes ansvar er etter bestemmelsen mindre strengt enn ansvaret til militære ledere.³⁰³ Militære ledere kan også holdes ansvarlig for forbrytelser de *burde ha visst* at skjedde eller var i ferd med å skje.³⁰⁴ Sivile ledere er som nevnt bare ansvarlige for det hun/han ”visste om eller bevisst overså”. Dette er rimelig ettersom sivile ledere i de fleste tilfelle ikke har den direkte kontakten med sine underordnede slik militære ledere har. Som bestemmelsen viser, skal det imidlertid en del til før en sivil leder slipper unna straff ved forbrytelser som kan relateres til han/henne.

³⁰¹ Se 6.5.1.6.

³⁰² Se 6.7.3 om straffeansvar for statlige militære ledere.

³⁰³ Se 6.7.3.

³⁰⁴ Jfr. Romastatuttene artikkel 28 (a).

6.7 Straffeansvar for ledere og medlemmer av militære grupper

6.7.1 Innledning

Ettersom både statlige og ikke-statlige uavhengige militære grupper bruker barnesoldater, må det vurderes om begge typer militære grupper kan stilles til ansvar for dette etter folkerettslige regler. For å avgjøre hvorvidt det kan ilegges internasjonalt straffeansvar må en gå til konvensjoner som hjemler dette eksplisitt. Romstatuttene er sentral på dette området i og med at de hjemler internasjonalt straffeansvar ved ICC, med mindre den aktuelle saken kan straffeforfølges av en ad hoc-domstol.

Det mest anerkjente konvensjonssettet i krigens folkerett, Genèvekonvensjonene med tilleggsprotokoller, inneholder bestemmelser som blant annet forbyr barnesoldater under femten år. Som nevnt gjelder det også sannsynligvis et sedvanerettslig forbud mot barnesoldater. Rekruttering og bruk av barnesoldater er derfor en krenkelse av krigens folkerett. Når politiske ledere og øverstkommanderende i militære grupper rekrutterer og anvender barnesoldater i sin krigføring, bør de derfor kunne stilles til ansvar for dette.

6.7.2 Straffeansvar for medlemmer av uavhengige militære grupper

Det har i den senere tid vært fokusert på hvorvidt medlemmer av uavhengige nasjonale frigjøringsgrupper kan holdes folkerettslig ansvarlig for folkerettskrenkelser. Det har i denne forbindelse vært diskutert hvorvidt de som har stått for rekrutteringen, kan straffes for dette. Det er her tale om politiske ledere og bakmenn, samt kommandanter i de militære gruppene. I denne henseende er det statuttene til de ulike ad hoc-domstolene og Romstatuttene som er sentrale. Ettersom vedtektene retter seg mot individuelt straffeansvar, er det enkeltpersonene i gruppene som vil kunne straffes og ikke gruppene som sådanne.³⁰⁵

Spørsmålet om straffeforfølgning av medlemmer i frigjøringsgrupper er aktuelt fordi slike grupper stadig vokser frem i ulike deler av verden. Slike grupper har stått for en stor del av rekrutteringen av barnesoldater og har dermed begått alvorlige

³⁰⁵ Se for eksempel ICC artikkel 25(1.).

menneskerettighetsbrudd. En velkjent opprørs- eller geriljagruppe som rekrutterer barnesoldater i enorme mengder, er LRA (The Lord's Resistance Army) som har herjet i Nord-Uganda siden slutten av åttiårene.

Bestemmelser i vedtektene til internasjonale domstoler som gir domstolene adgang til å forfølge enkeltpersoner, er med på å sette prinsippene om internasjonal individuelt straffeansvar ut i praksis. Etter Romastatuttene artikkel 25 nr. 1 – "Individual criminal responsibility" har ICC jurisdiksjon over enkeltpersoner i henhold til statuttene. I og med at statuttene bruker betegnelsen "natural persons" er det som nevnt korrekt å tolke dette som alle enkeltpersoner, blant annet medlemmer av uavhengige grupper. Også vedtektene til ad hoc-domstolene har liknende bestemmelser om hvilke personer som faller inn under deres jurisdiksjon. Følgelig er det klart at medlemmer i uavhengige militære grupper kan straffeforfølges og dømmes i internasjonale domstoler ved krenkelse av forbudet mot bruk av barnesoldater.

Politiske ledere som starter en angrepskrig kan for øvrig straffes for forbrytelsene krigen medfører, mens politiske ledere som går til forsvarskrig ikke kan straffes for slike forbrytelser, såfremt det ikke er gjort brudd på krigens folkerett.³⁰⁶ Bruk av barnesoldater er å anse som et slikt brudd og de som har stått for rekrutteringen, må derfor kunne stilles til ansvar for dette til tross for at det var tale om en forsvarssituasjon. Dette må for øvrig også gjelde ledere i statlige styrker som går til forsvarskrig. Jeg kommer nærmere tilbake til deres stilling i avsnittet nedenfor.

Barnekonvensjonens tilleggsprotokoll om barn og væpnede konflikter hjemler også et forbud mot bruk av barnesoldater for ikke-statlige styrker, men forbudet har liten relevans i denne sammenheng, da protokollen ikke hjemler straffeforfølgning.

6.7.3 Straffeansvar for ledere i statlige styrker

Det strafferettslige ansvaret for brudd på humanitærrettslige regler gjelder for alle medlemmer av militære soldatgrupper, uansett stilling og posisjon. I rettsoppjøret etter annen verdenskrig var det likevel hovedsakelig bare statsledere og ledere i militæret

³⁰⁶ Se Eskeland, s. 165.

med høy posisjon som ble holdt ansvarlig for krigsforbrytelser.³⁰⁷ En forklaring på hvorfor man gikk etter lederne, er at det ville vært tilnærmet umulig å føre straffesaker mot alle soldatene som hadde begått krigsforbrytelser under krigen. Man valgte derfor å fokusere på krigens bakmenn.

I Romastatuttene artikkel 28 (a) – “Responsibility of commanders and other superiors”, hjemles det et strafferettslig ansvar for overordnede i militære grupper. Det fremkommer ikke hvorvidt ansvaret gjelder ledere i statlige militære grupper eller uavhengige militære grupper. Det er imidlertid naturlig å forstå bestemmelsen som at den retter seg til statlige militære grupper, eller ”government forces”, i og med at uavhengige grupper ofte mangler struktur og organisering, og deres ledere er da ikke å regne som ”military commanders”. Etersom bestemmelsens punkt (b) retter seg mot statlige sivile ledere er det også naturlig å tolke bestemmelsen som at den gjelder statlige militære ledere.

At Romastatuttene har en bestemmelse om militært lederansvar kan synes noe overflødig, ettersom ICC har mandat til å straffeforfølge enkeltpersoner generelt.³⁰⁸ Bakgrunnen for at man har presisert lederansvaret er at det skal være klart at også de som utøver statens politikk i de militære styrker kan holdes ansvarlig for sine underordnedes handlinger. Det er her altså snakk om et objektivt ansvar hvor en offiser kan holdes strafferettslig ansvarlig for handlinger medlemmer av hans styrker har begått hvis han har gitt ordre om handlingen, eller når handlingen er et resultat av at han ikke har administrert styrken på best mulig måte.³⁰⁹ Skyldkravet som må være oppfylt for at lederansvar skal kunne inntre etter Romastatuttene, er forsett eller uaktsomhet (“... knew or... should have known...”). Skyldkravet er med andre ord strengere enn for andre bestemmelser i Romastatuttene, som nesten krever gjennomgående forsett for å bli holdt strafferettslig ansvar etter bestemmelsene i vedtektene.³¹⁰

³⁰⁷ Se The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts s. 132-133 med videre henvisninger.

³⁰⁸ Jfr. Romastatuttene artikkel 25.

³⁰⁹ Når det gjelder det materielle innholdet av Romastatuttene artikkel 28(a), viser jeg til 6.6 da bestemmelsens punkt (a) og (b) er tilnærmet likt utformet.

³¹⁰ Se Romastatuttene artikkel 30.

I forhold til bruken av barnesoldater betyr lederansvaret etter Romastatuttene at en statlig militær leder kan holdes ansvarlig hvis de han har kommando over har stått for rekruttering av barnesoldater. Videre vil ledere også hefte for krigsforbrytelser utført av barnesoldater under deres kommando. Ledere er selvfølgelig alltid strafferettslig ansvarlig for forbrytelser de selv har utført.³¹¹

Genèvekonvensjonenes I. Tilleggsprotokoll har en tilsvarende bestemmelse om overordnet befals ansvar, det såkalte kommandantansvaret.³¹² Regelen går ut på at dersom underordnet soldat begår et overgrep, vil befalet være ansvarlig dersom han visste eller burde vite om dette, og ikke traff alle mulige tiltak for å hindre overgrepet.

6.8 Straffe forfølgning og straffeansvar for barnesoldater

6.8.1 Innledning

I nasjonale rettssystemer har personer under en viss alder begrenset selvbestemmelsesrett og begrenset handleevne. Barn blir ansett som *doli incapax* som innebærer at man anser dem for å ikke kunne ha kriminelle intensjoner ved utførelse av handlinger.³¹³ Å straffeforfølge barn tillates likevel både i internasjonale overenskomster og nasjonal lovgivning. Det naturlige utgangspunkt for adgangen til å straffeforfølge barn finner vi i Barnekonvensjonen artikkel 40. Et sammendrag av bestemmelsen lyder:

”Barn som er anklaget eller dømt for lovbrudd har rett til en behandling som utvikler barnets selvrespekt og respekt for menneskerettighetene. Målet med behandlingen må være at barnet skal komme ut i samfunnet igjen.”³¹⁴

Barnekonvensjonen hjemler altså ikke et forbud mot straffeforfølgning av barn. Etter artikkel 40 punkt 3 (a.) har statspartene rett til å fastsette en kriminell lavalder som skal tilsi når barnet har evne til å overtre straffelovgivningen i landet, og når det kan straffes for overtredelser. Bestemmelsen sier intet om hvor gammelt barnet må være for at det

³¹¹ Jfr. Romastatuttene artikkel 25.

³¹² Jfr. Første tilleggsprotokoll artikkel 86 nr. 2.

³¹³ Se Cassese, s. 229.

skal kunne straffeforfølges og straffes, men går nærmere inn på barns rettigheter ved tiltale og dom. Til tross for at Barnekonvensjonen ikke forbyr straffeforfølging av barn, kan man ikke nødvendigvis slutte at den tillater å straffeforfølge barn under atten år på lik linje med voksne.

Etter Barnekonvensjonen artikkel 4 er statspartene forpliktet til å gjennomføre konvensjonen i nasjonal lovgivning. Statene kan derfor sette opp sin egen nasjonale kriminelle lavalder såfremt bestemmelsene i Barnekonvensjonen og menneskeretter generelt ikke krenkes.³¹⁵ Statenes frie spillerom etter konvensjonen taler for at det ikke finnes en internasjonal minstealderstandard for når et barn kan holdes rettslig ansvarlig for sine handlinger etter nasjonal rett. At det ikke finnes en generell standard for statenes rett til å sette en kriminell lavalder samsvarer også med suverenitetsprinsippet.

Artikkel 40 må imidlertid sees i sammenheng med Beijingreglene vedtatt av FNs Generalforsamling.³¹⁶ Reglene er ikke juridisk bindende for statspartene, men de er likevel av stor betydning for statenes implementering av artikkel 40, da de gir utfyllende veiledning om adgangen til å straffeforfølge mindreårige. Beijingreglene setter ikke opp en nedre aldersgrense for straffeforfølging av barn, men sier at dette må reguleres med hensyn til barns følelsesmessige, mentale og intellektuelle utvikling.³¹⁷ Barnekomiteen har for øvrig flere ganger uttalt seg om kriminell lavalder for straffeforfølging av mindreårige, men har verken i avgjørelser ("decisions"/"recommendations") eller konkluderende observasjonsrapporter til statene, sagt noe om hvor aldersgrensen bør ligge. I den siste observasjonsrapporten til Storbritannia i 2002, anbefalte komiteen at Skottlands kriminelle lavalder på åtte år og resten av Storbritannias nedre aldersgrense på ti år, skulle økes betraktelig.³¹⁸ Hva det vil si å øke grensen betraktelig er uklart, men det kan trolig utledes av rapporten at straffeforfølging av barn under tolv-tretten år ikke aksepteres.

³¹⁴ Se www.barneombudet.no.

³¹⁵ I Norge er for øvrig den kriminelle lavalderen femten år (jfr. straffeloven § 46), mens i Storbritannia har man satt en kriminell lavalder på ti år.

³¹⁶ The Beijing Rules, A/RES/40/35, 29. desember 1985.

³¹⁷ Jfr. Beijingreglene pkt. 4.1.

³¹⁸ CRC/C/15/Add. 188, 9. oktober 2002.

Barnekonvensjonen er en menneskerettskonvensjon som gjelder universalt, og adgangen til å straffeforfølge barn må gjelde både nasjonalt og internasjonalt. Artikkel 40 begrenser seg uansett ikke eksplisitt til nasjonal forfølgning. Beijingreglene retter seg i utgangspunktet mot nasjonal straffeforfølgning av barn, men prinsippene må også i stor grad kunne anvendes i forhold til internasjonal straffeforfølgning. Når det gjelder en nedre aldersgrense for å straffeforfølge barn i internasjonale domstoler, ser vi at Beijingreglene er tatt hensyn til i vedtektene til noen av domstolene.³¹⁹

Det er altså klart at mindreårige kan straffeforfølges både ved nasjonale og internasjonale domstoler. Spørsmålet videre blir da om barnesoldater kan holdes strafferettslig ansvarlig for de krigsforbrytelser de har begått. Jeg vil i neste avsnitt se på den generelle internasjonale reguleringen av straffeforfølgning av mindreårige og deretter ta opp de spesielle forhold som gjelder for barnesoldater.

6.8.2 Finnes det en minstealderstandard for internasjonal straffeforfølgning?

Soldater kan som nevnt straffes for handlinger som er forbudt etter krigens folkerett. Typiske krenkelser er brudd på "Combat Law" (krigføringsrett). Ettersom de alminnelige vilkår for straff også gjelder i internasjonal strafferett, må et straffebed være krenket for at straffeansvar kan bli aktuelt. Et grunnleggende prinsipp i humanitærretten er at partene ikke skal påføre hverandre større skade enn hva som er nødvendig for å ødelegge fiendens militære styrke.³²⁰ Utfører en soldat en handling som krenker det ovennevnte prinsipp eller en annen humanitærrettslig bestemmelse, kan han straffes for dette. I det følgende vil jeg se nærmere på den folkerettslige adgangen til å straffeforfølge mindreårige som har begått humanitærrettslige forbrytelser.

I følge Barnekonvensjonen artikkel 37 skal statspartene garantere at:

"(...) Verken dødsstraff eller livstidsstraff uten mulighet til løslatelse skal idømmes for lovovertrødelse begått av personer under 18 år; (...)"

³¹⁹ I ICC kan kun personer som var over atten år da forbrytelsen ble begått straffeforfølges, mens spesialdomstolen i Sierra Leone har en nedre aldersgrense på femten år.

³²⁰ Se Ruud, s. 59.

Bestemmelsen pålegger statene å hindre at barn under atten år ikke utsettes for livstidsstraff uten mulighet for løslatelse, men man kan ikke slutte at attenårgrensen gjelder straffeforfølgning og ileggelse av straff generelt. Som nevnt gir Barnekonvensjonen artikkel 40 (3)(a.) statspartene adgang til å fastsette en kriminell lavalder i nasjonal lovgivning, og adgangen til å fastsette en aldersgrense gjelder trolig også for internasjonal straffeforfølgning. Artikkel 37 ble likevel vektlagt ved utformingen av Romostatuttene.

For å avgjøre om en internasjonal domstol har adgang til å straffeforfølge mindreårige må man på bakgrunn av ovennevnte gå til vedtektene til den enkelte domstol. Etter Romostatuttene artikkel 26 har ICC jurisdiksjon over personer som var fylt atten år på det tidspunkt den påståtte kriminelle handlingen ble begått:

”The Court shall have no jurisdiction over any person who was under the age of 18 at the time of the alleged commission of a crime.”

For å bli fremstilt for ICC kan man altså ikke ha vært under atten år da forbrytelsen ble begått. De fleste stater har satt en lavere kriminell lavalder nasjonalt, og fordi aldersgrensene varierer fra stat til stat var det vanskelig å oppnå konsensus på dette punkt ved utformingen av vedtektene. I vedtektenes utkast ble det foreslått aldersgrenser på tolv, fjorten, seksten og atten år. Det fremgår av utkastet at begrunnelsen for at man falt ned på attenårgrensen, var at flere internasjonale konvensjoner forbyr straff av mindreårige. Jeg kan imidlertid ikke se at konvensjonene (blant annet EMK og FNs konvensjon for sivile og politiske rettigheter (SP)) det vises til i utkastet, setter opp absolutte forbud mot å straffeforfølge og straffe mindreårige under atten år.³²¹ Jeg antar derfor at man la vekt på at konvensjonene setter opp visse betingelser for straffeforfølgning av mindreårige, og at man kom til enighet om en attenårgrense slik at ICC kan behandle alle personer som fremstilles for domstolen likt. At vedtektene legger tidspunktet for forbrytelsen til grunn og ikke kan straffeforfølge personer som var under minstealdersgrensen da forbrytelsen ble begått, samsvarer med den allmenne rettsfølelse.

³²¹ Se EMK artikkel 5 (d.) og SP artikkel 10 (2)(b.) og (3).

Ettersom Romastatuttene kodifiserer mange gjeldende regler i folkeretten kan det stilles spørsmål til om attenårsgrensen i Romastatuttene er å anse som en sedvanerettslig standard for internasjonal straffeforfølgning. I vedtektene til Jugoslavia- og Rwanda domstolene finnes det derimot ingen nedre aldersgrense for straffeforfølgning. I og med at domstolene er opprettet i regi av Sikkerhetsrådet i henhold til kapittel VII i FN-pakten, er alle stater forpliktet til å støtte opp rundt domstolene.³²² Statenes forpliktelse overfor domstolene, sammenholdt med at Sikkerhetsrådet har vært med på utformingen av domstolenes vedtekter, taler sterkt for at det ikke finnes en internasjonal minstealderstandard for internasjonal straffeforfølgning. Det har for øvrig aldri blitt fremstilt barn i Jugoslavia- og Rwanda domstolene, selv om domstolens vedtekter ikke utelukker at dette kan skje.³²³

At de internasjonale domstolene har forskjellige bestemmelser om kriminell lavalder, taler for at man ikke har følt seg bundet av en folkerettslig standard på dette punkt da man utviklet de ulike vedtektene. Dette taler også for at det heller ikke finnes en minstealderstandard for internasjonal straffeforfølgning.

For å bli fremstilt for spesialdomstolen i Sierra Leone må man være fylt femten år.³²⁴ Jeg mener denne aldersgrensen er av minimal betydning når det gjelder om det finnes en folkerettslig minstealderstandard, ettersom domstolen har karakter av å være en nasjonal domstol.³²⁵ Anklageren i Spesialdomstolen i Sierra Leone har for øvrig uttalt at selv om domstolens vedtekter tillater straffeforfølgning av mindreårige, vil mindreårige ikke bli fremstilt for domstolen.³²⁶ At nasjonale domstoler ofte har valgt en lavere aldersgrense enn atten år behøver ikke si noe om det finnes en folkerettslig standard. Som kjent har mange land for øvrig opprettet såkalte ”juvenile courts”, som forsøker å ivareta mindreåriges behov i rettssaker. ICC har derimot valgt å sette en attenårsgrense og å føre like rettssaker for alle som fremstilles for domstolen.

³²² Se S/RES/955 (1994), S/RES/827 (1993) og FN-pakten artikkel 25.

³²³ Se Child soldiers newsletter, mars 2003 (7), Christina Clark: “Juvenile Justice and child soldiering, trends, dilemmas, challenges”.

³²⁴ Jfr. Statuttene for Spesialdomstolen i Sierra Leone artikkel 7 (1).

³²⁵ Se 6.5.2.2.

³²⁶ Se Special Court for Sierra Leone Press Releases, 2. november 2002.

Det ville vært hensiktsmessig om Barnekonvensjonen hadde satt opp en generell kriminell lavalder for internasjonal straffeforfølgning, slik at man var sikret en enhetlig regulering ved de internasjonale straffedomstolene. Ettersom ICC i fremtiden vil ta seg av mesteparten av internasjonale forbrytelser som ikke straffefølges av nasjonale domstoler, har imidlertid spørsmålet neppe stor betydning fremover.

6.8.3 Barnesoldater, ofre eller kriminelle?

Barnesoldater har i mange tilfeller utført grusomme volds og torturhandlinger, samt bidratt til at store mengder menneskeliv har gått tapt. I det følgende vil jeg se nærmere på i hvilken grad man bør se barnesoldater som ofre eller kriminelle. Ettersom det ikke finnes en standardisert nedre aldersgrense for internasjonal straffeforfølgning av barn, kan straffeforfølgning av barn foretas ved de domstoler som tillater det. Jeg vil i denne forbindelse gi en rettspolitisk vurdering av hensiktsmessigheten av å kunne straffefølge og straffe barnesoldater. Ettersom barnesoldater er mindreårige og har helt andre forutsetninger enn voksne, må det avgjøres om de stiller i en annen klasse når det gjelder straffeforfølgning som følge av krenkelser av humanitærrettslige regler. I nasjonal rett er det særlig samfunnets mening om gjengjeldelse, samt individual- og allmennpreventive hensyn som begrunner straffeforfølgning og ileggelse av straff. Disse hensynene er naturlig nok også gjeldende i internasjonal strafferett.

Det er mange forhold som begrunner at man bør kunne straffefølge og straffe barnesoldater. Som nevnt er det vanlig at barnesoldater har begått forferdelige krigshandlinger og dette bør ikke ignoreres. At forbrytelser begått av barnesoldater ofte er et resultat av ordre fra en overordnet er ingen grunn til å utelate straffeforfølgning, da det som tidligere nevnt er et anerkjent humanitærrettslig prinsipp at utførelse av ordre ikke fritar for straff.³²⁷

Som kjent er det mange barnesoldater som verver seg frivillig til soldattjeneste. Det finnes også eksempler på barnesoldater som har beordret andre barn til å utføre forferdelige handlinger som mord, lemlesting og voldtekt.³²⁸ Ofte har disse

³²⁷ Se for eksempel Romastatuttene artikkel 33.

³²⁸ Se Amnesty International, ”Sierra Leone: Recommendations on the draft Statute of the Special Court”.

barnesoldatene har ikke vært utsatt for tvang og hatt full styring over sine egne handlinger. Gjengjeldelseshensynet taler for at disse bør kunne straffes for de kriminelle handlingene de har begått. Gjengjeldelseshensynet kan imidlertid generelt neppe ha samme betydning overfor barn som for voksne. Barn er ikke fullt utviklet, de mangler livserfaring og evnen til å tenke rasjonelt i mange sammenhenger. Det må derfor være klart at man må gi barn- og da også barnesoldater - større spillerom med hensyn til hvilke handlinger man må akseptere. Ønsket om å gjengjelde forbryterske handlinger begått av barn, er på denne bakgrunn mindre fremtredende enn når voksne begår kriminelle handlinger.

Mye taler for at straffeforfølgning av barnesoldater er urimelig. Selv om mange barnesoldater har vervet seg frivillig, blir også veldig mange tvangsrekruttert. I de fleste tilfellene av frivillig rekruttering ligger det som regel uansett et aspekt av indirekte tvang. Barna har ofte blitt lurt til å tro at barnesoldattjeneste er noe annet enn det tjenesten egentlig består av.³²⁹ Det er klart at tvang komme inne som en straffritaksgrunn i internasjonal strafferett,³³⁰ og når barn tvinges til å utføre krigsforbrytelser må dette begrunne straffritak. På grunn av dette tvangsaspektet ved rekrutteringen, samt indoktrineringen barnesoldatene blir utsatt for i leirene, stiller jeg meg svært kritisk til straffeforfølgning av barnesoldater.³³¹ Som nevnt blir barnesoldater ofte neddøpet av alkohol og andre rusmidler, og mange forbrytelser begås derfor i rus. Selv om beruselse tradisjonelt ikke er en straffritaksgrunn, må dette imidlertid spille inn som en omstendighet som begrunner straffrihet overfor barnesoldater ettersom de ofte blir tvunget til å ruse seg og stiller i en særegen stilling.

Individualpreventive hensyn taler heller ikke for at barnesoldater bør kunne straffeforfølges og straffes. Barn som har vært barnesoldater får ofte både psykiske og fysiske plager i tiden etter konflikt, noe som tilsier at de selv neppe vil ønske å verve seg igjen. Det finnes imidlertid tilfeller hvor barnesoldater har vendt tilbake til styrkene etter å ha forlatt dem, men dette er som regel et resultat av tvang.

³²⁹ Se 3.2.3.

³³⁰ Se Cassese, s. 242,

³³¹ Se kapittel 3.2.3.

Jeg vil også fremheve at det synes urimelig at barn som har blitt rekruttert til soldattjeneste og som selv har vært utsatt for en menneskerettskrenkelse, skal kunne straffes. Handlingene de har utført er til syvende og sist et resultat av krenkelsen de har blitt utsatt for. Det har for øvrig vært vist liten vilje til å straffeforfølge barnesoldater i krigsforbryterdomstolene, man har sett at det er ledere og bakmenn som har stått for rekrutteringen en er ute etter.

Vi kan ikke lukke øynene for at barnesoldater både er ofre og gjerningsmenn, men uansett hvilken forbrytelse en barnesoldat måtte være skyldig i, mener jeg ansvaret for dette må ligge hos de som har rekruttert barnesoldatene i utgangspunktet.

6.8.4 Straffeforfølgning og strafferettslige sanksjoner tilpasset barn

Straffeforfølgning av mindreårige tillates som nevnt ved flere internasjonale ad hoc-domstoler. Jeg vil i denne forbindelse trekke frem at det er viktig at barn ikke blir utsatt for det samme form for straffeforfølgning som voksne. Barn har helt andre behov enn voksne og de er meget sårbare. I denne forbindelse vises det til Barnekonvensjonen artikkel 40 (2) som krever human behandling av barn ved straffeforfølgning, og at straffeforfølgningen skal være tilpasset barns særegne behov og foretas i henhold til sedvanlige strafferettslige prinsipper. Det er også hensiktsmessig at straffeforfølgning av barn følger andre standarder på området, som for eksempel Beijingreglene hvor det settes minimumskrav i forhold til straffeforfølgning av barn og ungdom. Et utslag av Barnekonvensjonen og Beijingreglene finner vi i artikkel 7 i vedtektene til spesialdomstolen i Sierra Leone hvor fastslås at et barn mellom 15 og 18 år som fremstilles for domstolen har krav på særbehandling.

Ettersom Barnekonvensjonen tillater straffeforfølgning av barn, er artikkel 3 om ”barnets beste” relevant når det gjelder gjennomføringen av denne type straffeforfølgning. Bestemmelsen sier at:

”Alle tiltak for barn skal være til barnets beste. Barn har rett til å bli hørt, eventuelt gjennom en representant, i saker som angår det.”

I bestemmelsen presiseres en rekke institusjoner som er pålagt å ta dette hensyn i saker som vedrører barn, herunder nevnes domstolene. Domstolenes ivaretagelse av prinsippet må gjelde i saker hvor barn er involvert, enten ved å ha interesse i saken eller som part eller vitne. Det er klart at bestemmelsen gjelder for de nasjonale domstolene, men prinsippet om barnets beste må også gjelde i de internasjonale domstolene. Straffeforfølgning og utøvelse av strafferettslige sanksjoner må derfor være tilpasset barnet.

Når det gjelder straffen i seg selv, bør ikke barn bli utsatt for tradisjonell fengselsstraff. Barnesoldater har som kjent vært utsatt for umenneskelig behandling og opplevd svært mye vondt. Det er derfor viktig at de får omsorg og får delta i rehabiliteringsprogrammer og ikke blir utsatt for fengselsstraff. Deltagelse i rehabiliteringsprogrammer er for øvrig essensielt for alle som har vært barnesoldater, ikke bare for dem som har blitt dømt for forbrytelser de har begått.

Et spørsmål som har vært oppe når det gjelder barnesoldaters straffeansvar, er hvorvidt man i tillegg til å idømme soldatene fengselsstraff eller behandling, kan stille barnesoldater erstatningsansvarlige. Mye taler for at det er lite å hente når det gjelder erstatningsansvar i og med at majoriteten av barnesoldater kommer fra svært enkle og fattige kår. De vil derfor neppe noen gang ha mulighet til å betale et eventuelt erstatningskrav. Jeg velger på bakgrunn av dette å la den sivilrettslige erstatningsvurderingen ligge.

6.8.5 En uttalelse fra ICC om barnesoldatproblematikken i Uganda

I en pressemelding fra ICC i desember 2003 ble det opplyst om at presidenten i Uganda, Yoweri Museveni, hadde fremmet et ønske om etterforskning i Uganda i regi av ICC, på grunn av forholdene i Nord-Uganda.³³² I pressemeldingen ble særlig soldatmedlemmer i opprørsgruppen LRA trukket frem. ICC presiserte at mange av LRAs medlemmer måtte sees på som ofre i konflikten, etter å ha blitt bortført og skadet av lederskapet i LRA. Videre ble det nevnt at reintegrering av disse individene er nøkkelen til stabilitet i Nord-Uganda. Det ble ikke presisert i pressemeldingen at dette

³³² Se www.icc-cpi.int/pressrelease_details&id=16&l=en.html.

gjaldt barnesoldater, men det er naturlig å tro at uttalelsen var særlig rettet mot nettopp barnesoldatene, ettersom over 90 % av LRAs soldater er barn.

En pressemelding vil neppe tillegges stor vekt i en rettssak om straffeforfølging av barnesoldater, men meldingen viser hvilken holdning ICC har i forhold til barnesoldatproblematikken. ICC presiserer i pressemeldingen at reintegrering av tidligere soldater er essensielt for fred i Nord-Uganda. ICCs uttalelse på dette punkt taler for at domstolen er negativ til tradisjonell fengselsstraff av barnesoldater. På grunn av ICCs sterke posisjon er det grunn til å vektlegge domstolens uttalelser i andre sammenhenger, og på bakgrunn av dette anser jeg det for å være sannsynlig at man vil forsøke å unngå å straffeforfølge barnesoldater ved de ulike ad hoc-domstolene i fremtiden. Når dette er sagt, må det fremheves at ICC som nevnt ikke har adgang til å straffeforfølge personer som var under atten år da forbrytelsen ble begått.³³³

³³³ Jfr. Romastatuttene artikkel 26.

7 Rekkevidden av forbudet mot bruk av barnesoldater

7.1 Innledning

Som vi har sett finnes det svært mange internasjonale overenskomster som søker å forhindre bruk av barnesoldater. Det er satt opp en rekke forbud på området og det kan spørres om det derfor eksisterer et sedvanerettslig forbud mot bruk av barnesoldater og hvorvidt slik rekruttering medfører individuelt straffeansvar etter folkerettslig sedvanerett.

7.2 Det sedvanerettslige forbudet mot bruk av barnesoldater

Forbudet mot barnesoldater er presisert i flere internasjonale konvensjoner som har fått høy oppslutning. Forbudet er sannsynligvis å regne som gjeldende rett, det vil si at forbudet også gjelder som sedvanerett for stater som ikke har ratifisert konvensjonene som hjemler forbudet. Som kjent kan bestemmelser nedfelt i konvensjoner utvikle seg til sedvanerett over tid. I så fall binder bestemmelsene også stater som ikke har forpliktet til den aktuelle konvensjon. Hvorvidt normer kan utvikle seg til å bli sedvanerett, avhenger av hvor gammel normen er, hvor konsekvent den er blitt fulgt, og i hvilken grad den er blitt oppfattet som en rettsregel (*opinio juris*).³³⁴ Det er også av betydning om andre rettsregler peker i samme eller motsatt retning av normen.³³⁵

Det er i dag fastslått i en dom fra spesialdomstolen i Sierra Leone at det gjelder et sedvanerettslig forbud mot barnesoldater i folkeretten.³³⁶ Hva forbudet innebærer er imidlertid uklart. Sannsynligvis omfatter forbudet at statene skal hindre all form for bruk av barnesoldater.³³⁷ Det uklare momentet ligger i hvorvidt forbudet setter en nedre aldersgrense på femten, seksten eller atten år. Det er naturlig at det er en av disse

³³⁴ Se Ruud, Ulfstein og Fauchald, s. 18.

³³⁵ Jfr. Gisle m.fl. s. 254.

³³⁶ Se 6.5.2.2.

aldersgrensene som er gjeldende, da disse er brukt i flere internasjonale konvensjoner. Et annet spørsmål er om det sedvanerettslige forbudet omfatter både frivilling og tvungen rekruttering.

Når det gjelder forbudet mot rekruttering av barnesoldater under atten år, er dette et forbud man lenge ønsket å nedfelle folkerettslig, men som ikke ble gjort før 1999/2000. Mye taler for at det sedvanerettslige forbudet ikke hjemler en nedre aldersgrense på atten år, i og med at denne aldersgrensen kun er nedfelt i Barnekonvensjonens tilleggsprotokoll om barn og væpnede konflikter og ILO konvensjon 182. Det har trolig ikke gått lang nok tid for å konstatere en nedre aldersgrense på atten år. Sekstenårsgrensen for frivillig rekruttering i tilleggsprotokollen som trådte i kraft i 2002, oppfyller heller ikke tidskravet for å bli ansett som sedvanerett.

At det sedvanerettslige forbudet setter en aldersgrense på femten år for frivillig og tvungen rekruttering, slik Barnekonvensjonen artikkel 38 hjemler, er imidlertid klart. Selv om forbudet har blitt krenket i flere stater de siste årene, jobber man i de fleste stater likevel mot bruk av barnesoldater og det er en allmenn oppfatning at barn under femten år skal i alle tilfelle skånes for deltagelse i krig og stridsrelatert virksomhet. Både når det gjelder tidsaspektvilkåret, konsekventkravet og kravet om høy grad av etterlevelse, oppfyller femtenårsgrensen dette. Det konkluderes derfor med i denne sammenhengen at det gjelder et sedvanerettslig forbud mot bruk av barnesoldater under femten år i folkeretten.

Hvorvidt rekruttering av barnesoldater under femten år medfører individuelt straffeansvar etter folkerettslig sedvanerett, ble også vurdert i saken i spesialdomstolen i Sierra Leone beskrevet ovenfor i 6.5.2.2. Jeg velger å slutte meg til argumentasjonen i saken og er enig i at slik rekruttering må medføre internasjonalt straffeansvar for individer ettersom dette er stadfestet i Romastatuttene. Casey Kelso, koordinator i the Coalition to stop the use of child soldiers, har for øvrig uttalt at til tross for at domstolen i Sierra Leone ikke har jurisdiksjon utenfor landet, vil avgjørelsen trolig ha virkninger utenfor Sierra Leone og være en advarsel for andre som rekrutterer barnesoldater.

³³⁷ Jfr. Cape Town prinsippene, kapittel 5.5.2.5.

7.3 Er forbudet mot barnesoldater en ufravikelig menneskerettsregel?

I krig eller krigstruende situasjoner har statene et legitimt behov for å kunne innføre særlige regler eller fravike visse regler. Det er antatt at folkerettsstridige handlinger kan være rettmessige hvis handlingen er

“the only means of safeguarding an essential interest of the State against a grave and imminent peril”

og at handlingen ikke

“seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.”

Nødrechtsbestemmelsen er utformet av Folkerettskommisjonen i ukastet om statsansvar, artikkel 25,³³⁸ og er basert på langvarig praksis fra ICJ.³³⁹ I tillegg har statene i henhold til FN-pakten artikkel 51 rett til å utøve selvforsvar og bryte folkerettslige forpliktelser hvis det er nødvendig. Også forbudet mot bruk av barnesoldater må trolig kunne fravikes i situasjoner som er hjemlet i de ovennevnte bestemmelsene.

Noen konvensjoner hjemler også en slik derogasjonsrett. Enkelte konvensjonsbestemmelser anses for øvrig for å være ufravikelige.³⁴⁰ Dette er bestemmelser som omhandler grunnleggende menneskerettigheter som retten til liv og forbudet mot tortur og slaveri. Som tidligere nevnt omfattes muligens forbudet mot bruk av barnesoldater av EMK artikkel 3 – forbudet mot tortur. Ingen av konvensjonene som er behandlet i denne fremstillingen hjemler for øvrig en rett til å fravike forbudet mot bruk av barnesoldater. På bakgrunn av at enkelte traktatfestede menneskerettigheter er ufravikelige, mener jeg det er relevant å vurdere om det ulovfestede forbudet mot bruk av barnesoldater er en slik ufravikelig menneskerettsbestemmelse.

Det finnes ingen sedvanerettlige kriterier for å avgjøre om folkerettslige forbud har en ufravikelig stilling. Selv om de ovennevnte nødrechtsbestemmelser kun skal anvendes i

³³⁸ Jfr. A/RES/56/83.

³³⁹ Jfr. NOU 2003:18.

³⁴⁰ Se for eksempel EMK artikkel 15(2).

ekstraordinære tilfelle, taler imidlertid mye for at forbudet mot barnesoldater er en ufravikelig menneskerettsbestemmelse. Statene har i flere internasjonale overenskomster anerkjent barns sårbare stilling og tillagt dem særegne rettigheter av denne grunn. Som følge av barns spesielle stilling, kan jeg ikke se hensyn som veier så tungt at bruk av barn i væpnede konflikter berettiges i noen tilfelle.

8 Avsluttende bemerkninger

De aller fleste stater i verden har anerkjent prinsippet om barnets beste og forpliktelsen til å ivareta barns særegne behov i væpnede konflikter. Forpliktelsen til å beskytte barn i konflikttider følger av ulike konvensjoner og sedvanerett. Dessverre ser vi likevel at barn undertrykkes og pådras store skader i væpnede konflikter. Det gjøres stadig brudd på humanitærrettslige regler, hvorav et av disse er brudd på forbudet mot bruk av barnesoldater. Årsaken til at forbudet krenkes er manglende respekt og politisk vilje til å overholde humanitærrettslige regler. Dette kommer trolig av den relativt svake overvåkingen av folkerettslige forpliktelser og håndheving av krenkelser. Som vi har sett er det ofte liten sammenheng mellom statenes juridiske forpliktelser og det som skjer i praksis, og den faktiske implementering av forbudet mot barnesoldater skjer som følge av dette svært langsomt. Ettersom det stadig gjøres brudd på folkerettslige forpliktelser, kan en spørre seg hva et folkerettslig forbud, hjemlet i en konvensjon eller i kraft av å være sedvanerett, egentlig har å si.

Siden 2000 har det blitt fremlagt flere rystende rapporter vedrørende den utbredte bruken av barnesoldater.³⁴¹ Man ser at forbudet i liten grad blir etterlevd og aktuelle stikkord er ”mange forbud, lite handling”. Til tross for at antallet barnesoldater i verden har vært mer eller mindre konstant de siste årene, ser vi likevel en positiv utvikling på området. Det har for eksempel blitt startet utallige DDR programmer (Disarmament, Demobilisation and Reintegration) for tidligere barnesoldater. I og med opprettelsen av ICC og ulike ad hoc-domstoler, har man også igangsatt en enormt viktig prosess når det gjelder straffeforfølgning ved krenkelser av forbudet mot barnesoldater. Både ICCs og ad hoc-domstolens adgang til å straffeforfølge individer som har rekruttert barnesoldater, virker sannsynligvis preventivt.

³⁴¹ Se for eksempel Global Coalition to Stop the Use of Child Soldiers, *Global Report on Child Soldiers 2004*, New York, november 2004 og Save the Children UK, *Forgotten Casualties of War - Girls in armed conflict*, London, 2005.

Også FNs arbeid for å bekjempe barnesoldatproblemet er meget viktig. Utnevnelsen av FNs Ekspert og Spesialrepresentanten for barn og væpnede konflikter, har ført til at problematikken har kommet sterkere frem i lyset og at det har blitt igangsatt hjelpetiltak for barnesoldater. Også Barnekomiteens arbeid for å få statene til å overholde Barnekonvensjonen og tilleggsprotokollene, samt komiteens fokusering på problemet er meget viktig i bekjempelsen av problemet. Endelig spiller NGOene en svært viktig rolle når det gjelder å belyse problematikken for allmennheten og ledelsen i statene.

Selv om konvensjonene som hjemler et forbud mot barnesoldater ikke overholdes fullt og helt, kan de ikke avskrives. Etter mitt syn kan konvensjonene sees på som programerklæringer eller mål som er enormt viktig for bekjempelsen av problemet. Internasjonale overenskomster som eksplisitt konstaterer forbud og således oppfordrer statene og individer til å overholde konvensjonsbestemmelsene, er meget viktig for å håndtere internasjonale problemer og oppnå resultater på sikt. Det er imidlertid klart at det er en lang vei å gå før barnesoldatbruken blir avskaffet totalt, men de første grunnleggende skrittene er tatt.

Jeg vil avslutte med en sterk oppfordring fra en femten år gammel jente som tidligere var barnesoldat i The Lord's Resistance Army i Uganda:³⁴²

"I would like you to give a message. Please do your best to tell the world what is happening to us, the children. So that other children don't have to pass through this violence."

³⁴² <http://web.amnesty.org/pages/childsoldiers-index-eng>.

Litteraturliste

Bøker:

Amnesty International. ”*Sierra Leone: Recommendations on the draft Statute of the Special Court*”, 2000

Cassese, Antonio. *International Criminal Law*, Oxford, 2003

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*. 5. utg. Oslo, 2001

Eskeland, Ståle. *Strafferett*, Oslo, 2000

Fleischer, Carl August. *Folkerett*, 7. utg. Oslo, 2000

Høstmølingen, Njål. *Internasjonale menneskerettigheter*, Oslo, 2003

Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child / prepared for UNICEF by Rachel Hodgkin and Peter Newell, New York, 2002

International Criminal Law, Volume I - Crimes, 2d ed, Edited by M. Cherif Bassiouni, New York, 1999

International Legal Materials (ILM), published bimonthly by the American Society of International Law

International Save the Children Alliance. “*A Fighting Chance*”, *Guidelines and implications for programmes involving children associated with armed groups and armed forces*, London, 2004

Jusleksikon. Jon Gisle ... [et al.]. Oslo, 1999

Kelsen, Hans. *The Law of The United Nations – A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, London, 1950

Kim, Young Sok. *The International Criminal Court – A Commentary of the Rome Statute*, Leeds, 2003.

Kregnes, Sylvia Beate. *Forholdet mellom Sikkerhetsrådet og Den internasjonale straffedomstolen*, Oslo, 2003

Kuper, Jenny. *Military training and children in armed conflict: law, policy and practice*. Leiden, 2005

Lærebog i folkeret, almindelig del. Alf Ross ... [et al.], 6. utg. København, 1984

Lødrup, Peter. *Barn og Foreldre*, Lucy Smith, Peter Lødrup, 6. utgave, Oslo, 2004

Malekian, Farhad. *International Criminal Law: the legal and critical analysis of international crimes*, Uppsala, 1991

Møse, Erik, *Menneskerettigheter*. Oslo, 2002

Norges Røde Kors, *Menneskerettigheter i væpnede konflikter, - Genèvekonvensjonene og andre internasjonale regler*, 1984

Reisman, Michael. *The Laws of War: a comprehensive collection of primary documents on international laws governing armed conflict*, Michael Reisman and Chris T. Antoniou, New York, 1994

Ruud, Morten. *Innføring i Folkerett*, 2. utg. Morten Ruud og Geir Ulfstein, Oslo, 2002

Ruud, Morten. *Utvalgte emner i folkerett*, Morten Ruud, Geir Ulfstein og Ole Kr. Fauchald, Oslo, 1997

Ruud, Morten. *Innføring i krigens folkerett*, Oslo, 1980

Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, 2nd ed., Cambridge, 2004

Smith, Carsten og Lucy. *Norsk rett og folkeretten*, 2. utg Oslo, 1982

The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts, Edited by Dieter Fleck; in collaboration with Michael Bothe ... [et al.], Oxford, 1995

The International Criminal Court: Recommendations on Policy and Practice, Edited by Thordis Ingadottir, New York, 2003

United Nations Convention on the Right of the Child, Ministry of Youth Development, Five-year work programme 2004-2008, September 2004

Universell jurisdiksjon og Den internasjonale straffedomstolen - rapport fra Juristgruppa i Amnesty Internationals seminar 22. oktober 2001

Verhellen, Eugene. *Convention on the Rights of the Child*, Leuven/Apeldoorn, 1994

Wounded Childhood, The Use of Children in Armed Conflict in Central Africa, International Programme on the Elimination of Child Labour (IPEC), The International Labour Office, 2003

Artikler og pressemeldinger:

Child soldiers newsletter, mars 2003 (7), *Juvenile Justice and child soldiering, trends, dilemmas, challenges*, Christina Clark

Jussens Venner 1991 s. 101. *Barn, foreldre og menneskerettigheter*, Lucy Smith

Kritisk Juss nr. 4, 2004 (30): *Inkorporering av FNs barnekonvensjon i norsk rett*, Kirsten Sandberg

Kritisk Juss nr. 4, 2004 (30): *Tvangsadopsjon – etter inkorporeringen av EMK og FNs barnekonvensjon*, Hilde Weik Kortner

Kritisk Juss nr. 4, 2004 (30): *Små barn, store våpen*, Janne Margrethe Gillesen

LSE Magazine, Vol. 16 number 2, s. 12-13: *War, soldiers, children*, Dr. Jenny Kuper

Nordic Journal of International Law, No. 1 2000: Rolf Einar Fife: *The International Court, Whence It Came, Where It Goes*

Special Court for Sierra Leone Press Releases, 2. november 2002

Women an International Human Rights Law, *Application of the Convention on the Rights of the Child: Are the Rights of the Child Relevant to Women's Rights?*, Askin, Kelly D. & Koenig, Dorean M.

Rapporter:

Global Coalition to Stop the Use of Child Soldiers. *Global Report on Child Soldiers 2004*, New York, november 2004

Global Coalition to Stop the Use of Child Soldiers. *Global Report on Child Soldiers 2001*, New York, juni 2001

Human Rights Watch. *My gun was as tall as me, Child soldiers in Burma*, New York 2002

Impact of Armed Conflict on Children, A/51/306.Add.1, 6. september 1996 – Graca Machels studie for FNs Generalforsamling om barn og væpnede konflikter

Rachel Brett and Margaret McCallin, *Rädda Barnen, Children: The invisible soldiers*, Stockholm, 1996.

Report of the International Law Commission, 53rd Session (23 April – 1 June og 2 July -10 August 2001. General Assembly, Official Records, Fifty-fifth Session, Supplement No. 10 (A/56/10)

Save the Children UK. *Forgotten Casualties of War - Girls in armed conflict*, London, 2005

Susan McKay og Dyan Mazurana, Rights and Democracy. *Where are the girls? Girls in fighting forces in northern Uganda, Sierra Leone and Mozambique: Their life during and after war*, Quebec, 2004

Konvensjoner:

Cape Town Principles and Practices on the Recruitment of Children into the Armed Forces and on Demobilization and Social Reintegration of Child Soldiers in Africa, Cape Town, 27-30 april 1997

Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts, the International Law Commission (2001)

Erklæringen om barnets rettigheter (Declaration of the rights of the child), 20. november 1959

FNs Barnekonvensjon (The Convention on the rights of the child – CRC), 20. november 1989

FNs Folkemordkonvensjon (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide), 9. desember 1948

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (International Covenant on Civil and Political rights), 16. desember 1966

FNs Kvinnekonvensjon, (The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women – CEDAW), 18. desember 1979

FN-pakten (The Charter of the United Nations), 26. juni 1945

Genèvekonvensjonene av 12. august 1949 om

1. Forbedring av sykes kår i de væpnede styrker i felten
2. Forbedring av sårede, syke og skipsbrudnes kår i de væpnede styrker til sjøs
3. Behandling av krigsfanger
4. Beskyttelse av sivile i krigstid. Resolusjoner og sluttprotokoll

ILO Konvensjon nr. 138 om minstealder for adgang til sysselsetting av 6. juni 1973

ILO Konvensjon nr. 182 om forbud mot og umiddelbare tiltak for å avskaffe de verste former for barnarbeid av 17. juni 1999

ILO Anbefaling nr. 190 om forbud mot og umiddelbare tiltak for å avskaffe de verste former for barnarbeid av 17. juni 1999

Statuttene for den Internasjonale Domstol (Statute of the International Court of Justice), 26. juni 1945

Tilleggsprotokoll til Genève-konvensjonene av 12. august 1949 hva angår beskyttelsen av ofre for internasjonale væpnede konflikter. (Protokoll I)

Tilleggsprotokoll til Genève-konvensjonene av 12. august 1949 hva angår beskyttelsen av ofre for ikke-internasjonale væpnede konflikter. (Protokoll II)

The London Agreement, 8. august 1945

United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice ("The Beijing Rules"), 29 November 1985

Utkast til vedtektene til den internasjonale straffedomstolen (Draft Statute for the International Criminal Court), 14. april 1998

Vedtektene for den internasjonale krigsforbryterdomstolen i Rwanda (Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda), 8. november 1994

Vedtektene for den internasjonale krigsforbryterdomstolen i det tidligere Jugoslavia (Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia), 13. mai 1998

Vedtektene for den midlertidige krigsforbryterdomstolen i Sierra Leone (Statute of the Special Court for Sierra Leone), 14. august 2000

Vedtektene til den internasjonale straffedomstolen (Rome Statute of the International Criminal Court), 17. juli 1998

Wienkonvensjonen om traktatretten (Vienna Convention on the Law of Treaties), 23. mai 1969

Utenlandsk lovgivning:

The Defence Act 1990, New Zealand

The Guardianship Act 1968, New Zealand

The Guardianship Amendment Act 1991, New Zealand

Norske lover:

Lov om Heimevernet (Heimevernsloven), 1953 nr. 28

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (Menneskerettighetsloven), 1999 nr. 30

Lov om verneplikt (Vernepliktsloven), 1953 nr. 29

Norske forarbeider:

Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) Om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov)

Ot. Prp. nr. 61 (1999-2000) Om lov om endringar i lov 17. juli nr. 1953 nr. 28 om Heimevernet og lov. 17.juli 1953 om verneplikt (heving om aldersgrenser for militær teneste)

Ot. Prp. nr. 3 (1998-1999) Om lov om stryking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

St.prp. nr. 104 (1989-90) Om samtykke til ratifikasjon med visse forbehold, av de Forente Nasjoners konvensjon av 20. november 1989 om barnets rettigheter.

Innst. O. nr. 92 (2002-2003) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av Barnekonvensjonen i norsk lov)

NOU 1993: 18 Lovgivning om menneskerettigheter

NOU 1995: 26 Barneombud og barndom i Norge

NOU 2003: 18 Rikets sikkerhet, Straffelovkommisjonens delutredning VIII

Domsregister:

Barcelona Traction, 5. februar 1970, ICJ

Corfu Channel - Storbritannia v. Albania, 15. desember 1949, ICJ

Erdemović (Appeal), Case No. IT-96-22-A, 7. oktober 1997, ICTY

Furundžija, Case No. IT-95-17/1-T. Trial Chamber II, 10. desember 1998, ICTY

Keegan mot Irland. Dom. 26. mai 1994, EMD

Prosecutor v Sam Hinga Norman, Case Number SCSL-2003-14-AR72(E), Spesialdomstolen i Sierra Leone

Rainbow Warrior-saken, 26 ILM 1346 (1987)

Tadic, Decision on the defence motion on jurisdiction, Case No. IT-94-1-T, Trial Chamber II, 10. august 1995, ICTY

Resolusjoner fra FNs Generalforsamling:

A/RES/56/83, 28. januar 2002, Responsibility of States for internationally wrongful acts

A/RES/54/263, 16. mars 2001, Optional protocols to the Convention on the Rights of the Child

A/RES/44/25, 20. november 1989, Convention on the rights of the child

A/RES/40/33 of 29. november 1985, United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice ("The Beijing Rules")

A/RES/34/180, 18. desember 1979, Convention on the Elimination of All forms of Discrimination against Women

Resolusjoner fra FNs Sikkerhetsråd:

S/RES/955 (1994), establishment of an International Tribunal and adoption of the Statute of the Tribunal

S/RES/827 (1993), Tribunal (Former Yugoslavia)

S/RES/1261 (1999), the Children and armed conflict

S/RES/1325 (2000), Women and peace and security

S/RES/1314 (2000), the Children and armed conflict

S/RES/1315 (2000), the situation in Sierra Leone

S/RES/1379 (2001), Children and armed conflict

S/RES/1460 (2003), Children and armed conflict

S/RES/1539 (2004), Children and armed conflict

Dokumenter fra FNs Barnekomité:

CRC/C/OPAC/CO/2003/NZL, 5. november 2003, Consideration of reports submitted by states parties under article 8 (1) of the optional protocol to the convention on the rights of the child on the involvement of children in armed conflict, New Zealand

CRC/C/OPAC/CO/1, 3. oktober 2003, Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child: New Zealand

CRC/C/OPAC/NZL/1, 30. juli 2003, Consideration of reports submitted by states parties under article 8 (1) of the optional protocol to the convention on the rights of the child on the involvement of children in armed conflict, New Zealand

CRC/C/15/Add. 188, 9. oktober 2002, Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland

CRC/OP/AC/1, 12. oktober 2001 - Guidelines regarding initial reports of States Parties to the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict

CRC/C/90, september 1999, Recommendation on the Administration of Juvenile Justice

CRC/C/80, september 1998, Recommendation on Children in Armed Conflict

FNs Spesialrepresentant for barn og væpnede konflikters rapporter inngitt til Generalforsamling, Sikkerhetsrådet og Menneskerettighetskommissjonen:

A/59/695-S/2005/72, 9. februar 2005
A/58/328, 29. august 2003
A/57/402, 24. september 2002
A/56/453, 9. oktober 2001
A/56/342-S/2001/852, 7. september 2001
A/55/163-S/2000/712, 19. juli 2000
A/55/442, 3. oktober 2000
A/54/430, 1. oktober 1999
A/53/482, 12. oktober 1998
E/CN.4/2003/77, 3. mars 2003
E/CN.4/2002/85, 7. februar 2002
E/CN.4/2000/71, 9. februar 2000
E/CN.4/1998/119, 12. mars 1998

Nyttige internettadresser:

<http://www.xchild.dk>
<http://www.reddbarna.no>
<http://www.rb.se>
<http://www.ginie.org/ginie-crisis-links/childsoldiers>
<http://www.unicef.org>
<http://www.ichrdd.ca/splash.html>
<http://www.unhchr.ch/html/menu2/6/crc>
<http://www.child-soldiers.org>
<http://www.un.org/rights/introduc.htm>
<http://www.hrw.org>
<http://www.ilo.org>
<http://www.un.org/special-rep/children-armed-conflict/English/>
<http://hrw.org/english/docs/2004/02/04/uganda7264.htm>
<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/>
<http://www.icc-cpi.int>
<http://www.odin.no>
<http://www.unicef.no>
<http://www.sc-sl.org>
<http://www.legislation.govt.nz/>
<http://www.lovdatab.no>
<http://www.icrc.org>
<http://www.echr.coe.int/EMD>
<http://www.afrika.no>
<http://www.nrc.no/>
<http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/africa/3772053.stm>
<http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/africa/3767041.stm>
<http://news.bbc.co.uk/1/hi/uk/3733349.stm>
<http://web.amnesty.org/pages/childsoldiers-index-eng>