

Krisetilstanden i det internasjonale strafferettsprosjektet: en rettssosiologisk analyse

Kjersti Lohne, kjersti.lohne@jus.uio.no

Tidsskrift for strafferett

Abstrakt

Artikkelens formål er å bidra med rettssosiologisk innsikt i studiet av internasjonal strafferett og en dypere forståelse for ICCs – Den internasjonale straffedomstolens «krisetilstand». Analysens første del tar for seg den internasjonale strafferettens strukturelle betingelser, med særlig fokus på den geopolitiske og historiske situeringen av det internasjonale strafferettsfeltet i den liberale verdensordenen. Deretter identifiseres de globale «entreprenørene» bak ICC, det vil si, transnasjonale nettverk av menneskerettighetsaktivister, rettsaktivister og ikke-statlige organisasjoner før fokuset snevres inn på individene og institusjonell makt i det internasjonale strafferettsfeltet. Ved å stille spørsmål om hvem det er som «gjør» internasjonal strafferettferdighet i det daglige, viser artikkelen hvordan misforhold og skjevheter i det internasjonale strafferettsfeltets betingelser og sosiale strukturer slår uheldig ut for den internasjonale strafferettens normative forankring i det «globale» samfunnet. Avslutningsvis diskuteres spørsmålet om hva ICCs legitimitetsproblemer betyr for domstolens fremtid, og hvordan begreper om «krise» også åpner opp kritisk potensial.

1. Innledning

Den internasjonale straffedomstolen (ICC) er i krise, sies det.¹ Visstnok er den pepret med eksistensiell angst, rådvill på hva den er, hva den kan bidra med, og hvordan.² På den ene siden, er kanskje ikke dette så rart. Under traktatforhandlingene i 1998 av Roma-vedtektene ble domstolen belemret med de største ambisjoner: vedtektenes formålsparagraf knytter internasjonal straffeforfølgelse til «freden, sikkerheten og velferden i verden» ved å «hindre at slike forbrytelser forblir ustraffet» for den delen av menneskeheten som påfører «de mest ufattelige og grusomme ugjerninger som dypt ryster menneskehetens samvittighet».³ Etter at vedtektene trådte i kraft og ICC begynte sitt virke i 2002, har ambisjonene til domstolen økt: kommentatorer, observatører, menneskerettighetsaktivister og andre transnasjonale aktører i det globale styringsfeltet av internasjonal politikk – humanitær bistand, utviklingshjelp, fredsoperasjoner, osv. – ser opprettelsen av ICC som kroneksemplet på «global rettferdighet».⁴ Det knyttes an mot fremveksten av en ny type internasjonal rett – en «menneskehetens rett» som ikke utelukkende regulerer staters forhold men også oss *mennesker imellom* i en internasjonal orden.⁵ Den internasjonale straffens begrunnelser finner stadig nye koblinger. Fra Nuremberg-tribunalets disiplinering av staters hevn til internasjonal rettslig gjengjeldelse i etterkant av andre verdenskrig,⁶ til Roma-vedtektenes forankring i straffens avskrekkende og disiplinerende rolle,⁷ er det i dag den internasjonale strafferettens ekspressive karakter som

¹ Valérie Arnould, 18 May 2017, A Court in Crisis? The ICC in Africa, and Beyond, Egmont Paper 93, <http://www.egmontinstitute.be/a-court-in-crisis-the-icc-in-africa-and-beyond/>; Mark Ellis, The Latest Crisis of the ICC: The Acquittal of Laurent Gbagbo, *OpinioJuris*, 28.03-2019, <http://opiniojuris.org/2019/03/28/the-latest-crisis-of-the-icc-the-acquittal-of-laurent-gbagbo/>; se også Sergey Vasiliev, kommer, “The Crises and Critiques of International Criminal Justice”, red. KJ Heller et al., *The Oxford Handbook of International Criminal Law* Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3358240>.

² Darryl Robinson, 2008, 'The Identity Crisis of International Criminal Law' 21 *Leiden Journal of International Law* 925; Frédéric Mégret, 2016, 'The Anxieties of International Criminal Justice', 29 *Leiden Journal of International Law* 197 211; Kjersti Lohne, 2018, NGOs for International Justice: Criminal or Victims' Justice. G. Ulfstein and A. Føllesdal, red. *The Judicialization of International Law - A Mixed Blessing?* Oxford, Oxford University Press; Sergey Vasiliev, kommer, “The Crises and Critiques of International Criminal Justice”, red. KJ Heller et al., *The Oxford Handbook of International Criminal Law* Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3358240>.

³ Formålsparagrafen til Roma-vedtektene for Den internasjonale straffedomstolen ICC, se <https://www.udiregelverk.no/no/rettskilder/internasjonale-konvensjoner-og-avtaler/1998-07-17/>

⁴ Moyn, Samuel, “Anti-Impunity as Deflection of Argument” i Engle, K., et al. (2016). *Anti-impunity and the human rights agenda*, Cambridge University Press.

⁵ Teitel, R. G. (2011). *Humanity's law*. Oxford, Oxford University Press.

⁶ I åpningsuttalelse av militærtribunalet i Nuremberg i etterkant av andre verdenskrig, uttalte Justice Robert H. Jackson følgende: “[F]our great nations, flushed with victory and stung with injury stay the hands of vengeance and voluntarily submit their captive enemies to the judgment of the law is one of the most significant tributes that Power has ever paid to Reason”. Se <https://www.roberthjackson.org/article/justice-jackson-delivers-opening-statement-at-nuremberg-november-21-1945/>

⁷ Se Formålsparagrafen til Roma-vedtektene for Den internasjonale straffedomstolen ICC, <https://www.udiregelverk.no/no/rettskilder/internasjonale-konvensjoner-og-avtaler/1998-07-17/> : «som er fast

trekkes frem: selve eksistensberettigelsen til ICC søkes nå i dens rolle i å styrke nasjonale rettssystemer – kvinnerettigheter, offerrettigheter, menneskerettigheter – og liberale rettsstatsprinsipper både på det nasjonale og internasjonale nivå.⁸

I skyggen av disse ambisjonene har ICC derimot få meritter å vise til – særlig hvis den internasjonale rettferdigheten måles i antall domfellelser. Med seks rettskraftige dommer – tre frikjent og tre dømt⁹ – og med et årlig budsjett på €148,135,100¹⁰ etterlyser medlemsstatene en mer «effektiv» domstol. Flere saker har også kollapset av grunner som tilskrives ICCs første sjefsanklager, Luis Moreno Ocampos mangelfulle etterforskninger.¹¹ En langt mer alvorlig brest i utviklingen av en internasjonal strafferettsorden er derimot dens opplevde irrelevans og avvisning fra overlevende og andre ofre i lokalsamfunn hvor den intervensjoner.¹² Dette henger i mange tilfeller sammen med domstolens politisering – særlig hva gjelder kritikk for å representere en *vestlig* (til forskjell fra en *global*) rettferdighet: Av ICCs 11 etterforskninger, befinner ti av dem seg i Afrika; et kontinent som i stor grad omfavnet domstolen i begynnelsen men som nå mobiliseres rundt opposisjon til «Haag» til fordel for regionale rettsoppgjør i

bestemt på å hindre at slike forbrytelser forblir ustraffet, og *derved bidra til forebyggingen av slike forbrytelser*» (forfatterens uthevelse).

⁸ Sander, Barrie. "The expressive turn of international criminal justice: A field in search of meaning." *Leiden Journal of International Law* (2019): 1-22.

⁹ Thomas Lubanga Dyilo (Lubanga) ble funnet skyldig 14 mars 2012 for krigsforbrytelser, nærmere bestemt for å ha vervet barnesoldater i Den demokratiske republikken Kongo (DRC). Han ble dømt til 14 års ubetinget fengsel. 7 mars 2014 ble Germain Katanga (Katanga) funnet skyldig i ett tiltalepunkt for forbrytelser mot menneskeheten (mord) og fire tiltalepunkter for krigsforbrytelser (angrep på sivilbefolkning, ødeleggelse av eiendom, mord og plyndring) under et angrep i februar 2003 mot Bogoro landsby øst i DRC. Han ble dømt til 12 års ubetinget fengsel. I en tilståelsessak, ble Ahmad Al Faqi Al Mahdi (Al Mahdi) dømt 27 september 2016 for krigsforbrytelsene av å med hensikt ha ledet angrep mot historiske monumenter og religiøse bygninger i juni og juli 2012 i Mali. Han ble dømt til 9 års ubetinget fengsel. Mathieu Ngudjolo Chui (Ngudjolo Chui) ble frikjent for tiltalene om krigsforbrytelser og forbrytelser mot menneskeheten angivelig begått i DRC 18 desember 2012. Frikjennelsen ble opprettholdt i anken. Ankekammeret frikjente Jean-Pierre Bemba Gombo (Bemba) 8 juni 2018 i en omgjøring av lavere instans dom av tiltalte som skyldig i tiltalene for krigsforbrytelser (mord, voldtekt, plyndring) og forbrytelser mot menneskeheten (mord og voldtekt) angivelig begått under tiltaltes kommando i Den sentralafrikanske republikk (CAR) i 2002 og 2003. Under rettsforhandlingene ble Bemba og andre funnet skyldige i forbrytelser mot rettsstell, hvilket er ferdigsonet. Charles Blé Goudé og Laurent Gbagbo ble frikjent i januar 2019 for alle tiltalepunktene for forbrytelser mot menneskeheten angivelig begått i Elfenbenskysten i 2010 og 2011. Aktor har ennå anledning til å anke dommen. Se ICCs nettside for mer informasjon om sakene: <https://www.icc-cpi.int/Pages/cases.aspx>.

¹⁰ Se <https://www.icc-cpi.int/about> (sist besøkt 11. oktober 2019).

¹¹ *The First Global Prosecutor: Promise and Constraints*, 2015, Marta Minow, Cora True-Frost & Alex Whiting (red.) University of Michigan Press; Morten Bergsmo, 2017, "Institutional History, Behaviour and Development" i Morten Bergsmo, Klaus Rackwitz and SONG Tianying (red.), *Historical Origins of International Criminal Law: Volume 5*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Brussels, <http://www.legal-tools.org/doc/09c8b8/pdf/>; Morten Bergsmo, Wolfgang Kaleck, Sam Muller and William H. Wiley, 2017, "A Prosecutor Falls, Time for the Court to Rise", FICHL Policy Brief Series No. 86 Torkel Opsahl Academic EPublisher, www.toaep.org/pbs-pdf/86-four-directors/.

¹² Se for eksempel Immi Tallgren 2015, *The Voice of the International: Who is Speaking?* *Journal of International Criminal Justice* 13: 135-155.

etterkant av grove menneskerettsbrudd og forbrytelser.¹³ De siste skandaler i domstolens enda unge historie er rot i egne rekker: fjorårets «Ocampo-gate» - lekkasjer drevet frem av kritisk journalistikk - stiller urovekkende spørsmål ved nevnte Ocampos moralske integritet.¹⁴ Urovekkende spørsmål stilles for så vidt også om en av dommernes habilitet etter at hun nylig takket ja til stilling som Japans ambassadør mens hun samtidig var aktiv i sitt dommerembete.¹⁵

Kommentatorer beskriver dermed ICC som en domstol hvor den ene krisen overtar for den andre – til den grad at domstolen nå blir tiltalt for å være i en mer eller mindre permanent *krisetilstand*.¹⁶ Den etymologiske betydningen av krise er gresk og betyr «avgjørelse», eller «dom». Går man begrepshistorisk til verks derimot, finner man at krisebegrepet inneholder erfaringer og strukturer med betydelige retoriske funksjoner. Til forskjell fra den besluttsomhet en skulle tro krisebegrepet maner frem, fungerer for eksempel «krisen» til å bekrefte og forankre de ulike syn på det internasjonale strafferettsprosjektet.¹⁷ For de som støtter og mobiliserer for ICC er «krisen» et brudd med hvordan det internasjonale strafferettssystemet normalt antas å skulle, eller burde, fungere; for kritikerne er «krisetilstanden» en bekreftelse på de svakheter, sykkeligheter og skjevheter som prosjektet i sin helhet er fundert på. På denne måten *moraliserer* krisens retorikk diskursen om den internasjonale strafferetten. Den innfører en «enten-eller» logikk – en kompromissløs kall til handling og besluttsomhet som vanskeliggjør forhandling og eskalerer konflikt. «Sier man «krise» ofte nok, gjør man samtidig sitt for at den faktisk skal inntreffe».¹⁸

Denne artikkelen tar krisetilstanden i det internasjonale strafferettsprosjektet som utgangspunkt – ikke konklusjon – for retts sosiologisk analyse.¹⁹ I stedet: Hva er de

¹³ *Africa and the ICC* 2016, Kamari M Clarke, Abel S. Knottnerus, and Eefje De Volder, red, Cambridge University Press.

¹⁴ Tjitske Lingsma, "How Ocampogate harms the International Criminal Court", in *Blog of the Groningen Journal of International Law*, November 30 2017, <https://grojil.org/2017/11/30/how-ocampogate-harms-the-international-criminal-court/>.

¹⁵ Heller, Kevin Jon, "Judge Ozaki Must Resign — Or Be Removed", *OpinioJuris*, 29.03.2019, <http://opiniojuris.org/2019/03/29/judge-ozaki-must-resign-or-be-removed/>

¹⁶ Powderly, Joseph. "International criminal justice in an age of perpetual crisis." *Leiden Journal of International Law* 32.1 (2019): 1-11.

¹⁷ Vasiliev, Sergey, "Judicial Governance Entities as Power-Holders in International Criminal Justice: A Plea for a Socio-Legal Enquiry" i Morten Bergsmo, Mark Klamburg, Kjersti Lohne & Christopher Mahony, (red.), *Power in International Criminal Justice: Towards a Sociology of International Justice*, TOAEP, kommer 2019. Se også Cruvellier, Thierry, 16. Juli 2019, Mark Drumbl: "Law cannot solve the biggest problems we face", JusticeInfo.Net, tilgjengelig fra: https://www.justiceinfo.net/en/justiceinfo-comment-and-debate/in-depth-interviews/41932-mark-drumbl-law-cannot-solve-the-biggest-problems-we-face.html#.XS7ftl_7-ws.twitter (sist besøkt 11 oktober 2019).

¹⁸ Helge Jordheim, 2018, «Krisetid: Introduksjon tile n begrepshistorisk forståelse av krisebegrepet» *Arr – Idehistorisk tidsskrift*, februar 2018, s. 16.

¹⁹ For en innføring i den internasjonale strafferettssosiologien, se Christensen, Mikkel Jarle. "The emerging sociology of international criminal courts: Between global restructurings and scientific innovations." *Current sociology* 63.6 (2015): 825-849; Kjersti Lohne, kommer 2019, «Towards a Sociology of International Criminal

underliggende drivverkene i det internasjonale strafferettsfeltet som kan bidra til å forklare hvorfor nettopp krisebegrepet har blitt den foretrukne begrepsramme for å beskrive de utfordringer som feltet står ovenfor? Hva er det som står på spill, og hvordan har man kommet dit?

Artikkelen er basert på et utvalg av empirisk materiale og omarbeidede analyser fra forfatterens tidligere arbeider på det internasjonale strafferettsfeltet, og særlig doktorgradsavhandling.²⁰ Analysen tar for seg ICCs «tilstand» på tre ulike sosiologiske nivå – makro-, meso- og mikronivå – som også strukturer artikkelens disposisjon. Etter en kort redegjørelse for metode og sentrale begreper, bidrar artikkelens første analytiske del med en makrososiologisk forståelse av den internasjonale strafferetts *strukturelle forhold*, hvor fokus er på den geopolitiske og historiske situeringen av ICC i den liberale verdensordenen. Videre identifiseres de globale «entreprenørene» bak ICC – transnasjonale nettverk av menneskerettighetsaktivister, ikke-statlige organisasjoner og jurister, før blikket vendes mot de individene som innehar og utøver institusjonell makt i det internasjonale strafferettsfeltet. Ved å stille spørsmål om hvem det er som «gjør» internasjonal strafferettferdighet i det daglige, viser artikkelen hvordan misforhold og skjevheter i det internasjonale strafferettsfeltets betingelser og sosiale strukturer slår uheldig ut for den internasjonale strafferettens normative forankring i det «globale» samfunnet. Avslutningsvis diskuteres spørsmålet om hva ICCs legitimitetsproblemer betyr for domstolens fremtid, og hvordan begreper om «krise» også åpner opp kritisk potensial.

2. Internasjonale strafferett i kontekst

Den internasjonale strafferetten består av de rettsregler og institusjoner som styrer og praktiserer internasjonal strafferett, dvs. retten til å straffe individer for forbrytelser som det internasjonale samfunnet har anerkjent – enten via traktat eller ved *jus cogens* – som internasjonale forbrytelser. De mest sentrale for vårt formål er krigsforbrytelser, forbrytelser mot menneskeheten og folkemord ettersom det er disse ICC har jurisdiksjon over.²¹ Nuremberg-domstolen i etterkant av andre verdenskrig blir som regel sett på som startskuddet

Justice” i Morten Bergsmo, Mark Klamberg, Kjersti Lohne & Christopher Mahony, (red.), *Power in International Criminal Justice: Towards a Sociology of International Justice*, TOAEP.

²⁰ Lohne, K. (2019). *Advocates of Humanity: Human Rights NGOs in International Criminal Justice*. Oxford, Oxford University Press.

²¹ Siden 17. juli 2018 har ICC også jurisdiksjon over stater som har ratifisert Kampala-tilføyelsen om aggresjonsforbrytelsen. Se Kreß, C. (2018). "On the Activation of ICC Jurisdiction over the Crime of Aggression." *Journal of International Criminal Justice* 16(1): 1-17.

på det internasjonale strafferettsprosjektet. Siden den tid – og på tross av en utvikling som frøs fast under den kalde krigen – teller vi nå ni internasjonale domstoler. Foruten om ICC, er FN-domstolene for det tidligere Jugoslavia (ICTY) og Rwanda (ICTR) de mest kjente og betydningsfulle for utviklingen av det internasjonale strafferettsfeltet.²²

Roma-vedtektene ble fremforhandlet sommeren 1998, og trådte i kraft i 2002 som følge av at den ble ratifisert av et nødvendig antall – 60 – stater. I dag er 122 stater medlemmer av ICC,²³ som har sitt hovedsete i Haag, Nederland. Dette antallet teller ikke verdens mest folkerike og mektige stater: India, Kina, Russland og USA er blant dem som har valgt å stå utenfor ved å ikke ratifisere Roma-vedtektene. Av denne grunn har ikke ICC jurisdiksjon over disse, da denne gjelder for de overnevnte forbrytelsene *innenfor* territoriet til eller *ovenfor* borgere av stater som har ratifisert Roma-vedtektene. Imidlertid kan FNs Sikkerhetsråd henvide en «situasjon» til ICC, under kapittel VII i FN-pakten, i tilfellet trussel mot den internasjonale fred og sikkerhet – også av situasjoner som involverer ikke-ratifiserte stater. Både ICCs intervensjon i Sudan og Libya er eksempler på slike henvisninger fra Sikkerhetsrådet. I alt er ICC involvert i 11 «situasjoner» - som er det generiske begrepet på territorier hvor domstolen formelt etterforsker eller har opprettet straffesak. Foruten om Georgia, er ICCs «situasjoner» alle i Afrika: Burundi, Den demokratiske republikken Kongo, Den sentralafrikanske republikk (II), Elfenbenskysten, Kenya, Libya, Mali, Sudan og Uganda. Videre gjelder bare ICCs jurisdiksjon hvis ratifiserte stater ikke selv *vil* eller *kan* straffeforfølge på det nasjonale nivå. Således er *komplementaritetsprinsippet* en grunnpilar i det internasjonale strafferettsprosjektet,²⁴ og gir samtidig rettslig forklaring på hvorfor ICC nesten utelukkende har intervenert i såkalt «svake stater» i det globale sør/Afrika.

ICC består av fire «organer»: et presidentskap med ansvar for eksterne relasjoner, en juridisk avdeling bestående av dommere og domstolskammer på ulike nivå, et aktorat med etterforskning- og påtalemyndighet, og en administrasjon med ansvar for ikke-juridiske aktiviteter som sikkerhet, oversettelse, bistandsadvokater osv. Domstolens medlemsstater

²² En stor litteratur tar for seg denne utviklingen. På norsk, se blant annet Erik Møse, 2015, "Internasjonale straffedomstoler, særlig Rwanda-domstolen." *Jussens Venner* 50(1-02): 72-80; [Elizabeth Baumann og Jo Stigen](#), 2018, *Internasjonal strafferett: en innføring*, Gyldendal forlag. For en empirisk oversikt over den internasjonale strafferettens «resultater» og «produkter», se Smeulers, A., et al. (2013). "Sixty-Five Years of International Criminal Justice: The Facts and Figures." *International Criminal Law Review* 13: 7-41. I tillegg er det flere nasjonale domstoler med internasjonale aspekter, slik som krigsforbryterdomstolene i Bosnia og Kosovo.

²³ Burundi og Filipinene har siden trukket seg fra Roma-vedtektene. Det er rapportert grove menneskerettighetsbrudd og antatt internasjonale forbrytelser i begge land, og utmeldelsene handler formodentlig mest om sittende regjeringers forsøk på å unngå internasjonalt straffeansvar.

²⁴ Se Roma-vedtektene, artikkel 17. <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RS-Eng.pdf> Se også, Jo Stigen 2008, *The Relationship Between the International Criminal Court and National Jurisdictions: the Principle of Complementarity*. Leiden: Brill.

møtes årlig – enten i Haag eller New York – til statspartsmøte for å føre tilsyn med domstolen. Statspartsmøte er imidlertid langt fra bare en teknisk møteplass for budsjettforhandlinger. Det har utviklet seg til å bli kanskje den viktigste møteplassen for diplomatiske *forhandlinger* om det internasjonale strafferettsprosjektet og dens fremtid.²⁵ I tillegg har statspartene opprettet et offerfond med et todelt mandat til å tilby erstatning til ofre for ICCs straffedømte handlinger, og til ofre for internasjonale forbrytelser generelt sett. Avhandlinger skrives i hopetall hvert år om hver av disse organene, funksjonene og praksisene hos ICC.

For vårt formål er det imidlertid klart at det internasjonale strafferettsprosjektet består av langt mer enn et sett av rettsregler. Det er også et *transnasjonalt felt* som består av en rekke ulike aktører som på ulike måter trekker internasjonal strafferett i ulike retninger – dommere og rettspraktikere, men også akademikere, aktivister, diplomater, journalister, overlevende og andre, og med tette bånd og overlapp med diplomatiet, menneskerettighetsfeltet, det globale krise- og humanitær bistandsfeltet, og – ikke minst – den «ordinære», nasjonalstatlige praksis og ekspertise på tvers av straffesakskjeden fra etterforskning til straffegjennomføring. ICC er derfor noe annet – noe langt mer, kanskje – enn en «ordinær» domstol. I tillegg, og i motsetning til mange nasjonale domstoler, intervensjoner ICC som regel i *pågående konflikter*. Dette stiller særlige krav – og vanskeliggjør – etterforskning så vel som sikkerheten blant domstolens ansatte og andre deltagere – vitner og ofre spesielt.²⁶ Det fører også med betydelig risiko for at domstolens intervensjon blir politisert i betydningen *instrumentalisert* av konfliktens aktører, som vi vil komme tilbake til i del 3.2. I motsetning til etablerte demokratier, er ei heller den internasjonale strafferetten gjenstand for det demokratiske maktfordelingsprinsippet bestående av parlamentariske utvalg, en gravende medieoffentlighet og vitenskapelige analyser – kort sagt, til en kritisk offentlighet. Nettopp derfor er det behov for en bedre forståelse av hvordan den internasjonale strafferetten *fungerer* – kort sagt, av hvilke aktører, prosesser og strukturer som muliggjør og strukturerer dens væren i verden.²⁷

²⁵ De Hoon, M. and K. Lohne, 2019, “‘All the World’s a Stage’: Constituting International Justice at the Assembly of States Parties Meeting”. I L. J. M. Boer and S. Stolk, red. *Backstage Practices of Transnational Law*. Routledge. Se også Vasiliev, S. “Judicial Governance Entities as Power-Holders in International Criminal Justice: A Plea for a Socio-Legal Enquiry” i Morten Bergsmo, Mark Klamberg, Kjersti Lohne & Christopher Mahony, (red.), *Power in International Criminal Justice: Towards a Sociology of International Justice*, TOAEP, kommer 2019.

²⁶ Kersten, M., 2016, *Justice in Conflict: the effects of the International Criminal Court’s interventions on ending wars and building peace*. Oxford University Press.

²⁷ Lohne, K., kommer 2019, «Towards a Sociology of International Criminal Justice» i Morten Bergsmo, Mark Klamberg, Kjersti Lohne & Christopher Mahony, (red.), *Power in International Criminal Justice: Towards a Sociology of International Justice*, TOAEP, kommer 2019.

De senere årene har vi derfor sett fremveksten av en *internasjonal strafferetts sosiologi*, dels i kraft av den internasjonale strafferettens institusjonalisering og ekspansjon i en økende mengde rettspraksis fra både nasjonale og internasjonale domstoler.²⁸ Et empirisk blikk på både juridisk ekspertise og en juristprofesjon i endring, så vel som transnasjonale nettverk av (retts)aktivister, har dokumentert og forklart hvordan det internasjonale strafferettsfeltet har utviklet seg.²⁹ I økende grad stilles også spørsmål om hvordan denne utviklingen former selve *substansen* av «det internasjonale», og særlig på hvordan det internasjonale samfunn responderer (eller ikke) på grensesprengende kriminalitet, kriser og konflikt.³⁰ En slik internasjonal (straffe)retts sosiologi er dermed mindre interessert i gjeldende rett – om hva internasjonal strafferett sier om seg selv – men mer om hva den sier om det globale samfunnet den er et produkt av – og samtidig bidrar til å skape. På denne måten aktualiseres tradisjonelle retts sosiologiske problemstillinger hva gjelder vekselvirkninger mellom retten og samfunnet³¹ – nå ikke utelukkende *innenfor* nasjonalstaten men også utenfor.³²

I arbeidet med mine doktorgradsstudier foretok jeg en *transnasjonal etnografi* av det internasjonale strafferettsfeltet.³³ Det empiriske hovedfokus var på den rollen som ikke-statlige aktører – og særlig menneskerettighetsorganisasjoner – spiller for utviklingen og dynamikken i det internasjonale strafferettsfeltet. Metodisk vil dette si at jeg kartla og fysisk fulgte nettverkene i feltet, og observerte og intervjuet sentrale aktører, blant annet under de årlige statspartsmøtene. Hovedtyngden av feltarbeidet ble foretatt i Nederland – og særlig i Haag – men også i Uganda, England, Belgia, Norge, Rwanda. Ettersom studien tok utgangspunkt i «det globale sivilsamfunnets» rolle – og særlig koalisjonsorganisasjonen *Coalition for the*

²⁸ Hagan, J., *Justice in the Balkans: Prosecuting War Crimes in the Hague Tribunal*, University of Chicago Press, Chicago, 2010. John Hagan and Ron Levi, "Social Skill, the Milosevic Indictment, and the Rebirth of International Criminal Justice," *European Journal of Criminology*, vol. 1, no. 4, 2004; John Hagan and Ron Levi, "Crimes of War and the Force of Law," *Social Forces*, vol. 83, no. 4, 2005. Se Christensen, Mikkel Jarle. "The emerging sociology of international criminal courts: Between global restructurings and scientific innovations." *Current sociology* 63.6 (2015): 825-849; Lohne, K., kommer 2019, «Towards a Sociology of International Criminal Justice» i Morten Bergsmo, Mark Klamberg, Kjersti Lohne & Christopher Mahony, (red.), *Power in International Criminal Justice: Towards a Sociology of International Justice*, TOAEP, kommer 2019.

²⁹ Se for eksempel Christensen, Mikkel Jarle. "Academics for international criminal justice: The role of legal scholars in creating and sustaining a new legal field." (2014). Glasius, Marlies. "Expertise in the cause of justice: Global civil society influence on the statute for an international criminal court." *Global civil society* 2002 (2002): 137-168.

³⁰ Lohne, K. 2019, *Advocates of Humanity: Human Rights NGOs in International Criminal Justice*, Oxford: Oxford University Press

³¹ Thomas Mathiesen, 2001, *Retten i samfunnet: en innføring i retts sosiologi* Pax.

³² Lohne, K. and K. B. Sandvik (2017). "Bringing law into the political sociology of humanitarianism." *Oslo Law Review* 4(01): 4-27.

³³ Det er en stor og voksende metodelitteratur på dette feltet. Et godt sted å begynne er blant annet George E. Marcus, 1995, «Ethnography in/of the world system: The emergence of multi-sited ethnography». *Annual Review of Anthropology*, 24:95-117 eller Hans Erik Næss, 2009. "Metodologi i en transnasjonal verden." *Tidsskrift for samfunnsforskning* 50(4): 567-570.

International Criminal Court, kartla jeg og fulgte organisasjonsnettverk fra deres hovedkontor i Haag til Kampala – hovedstaden i Uganda, og så siden til Gulu, en landsby nord i landet og som er hovedområdet for hvor overgrepene mot lokalbefolkningen tok sted under konflikten som er gjenstand for rettsforhandlinger i Haag.³⁴ Til sammen har jeg tilbragt nærmere ett år på reisefot med det formål å forstå dynamikken og kunnskapsproduksjonen i det internasjonale strafferettsfeltet. Det empiriske materialet består således av intervjuer og andre uformelle samtaler, observasjonsnotater, dokumenter, bilder og sosiale medier outputs.

Mitt analytiske begrepsapparat er forankret i kriminologien og rettssosiologien, men jeg trekker i høy grad på litteratur fra (kritisk) internasjonal rett, internasjonal politikk og sosiologi. I det som følger, vil artikkelens videre struktur i stor grad reflektere ulike nivå for samfunnsvitenskapelige analyse, hvor oppmerksomheten rettes mot samfunn (makro), grupper (meso) og individer (mikro). Først plasseres utviklingen av det internasjonale strafferettsfeltet sammen med historie og geopolittikk, all den tid internasjonal strafferett er en del av den liberale verdensordenen. Deretter knyttes dette sammen med fremveksten av transnasjonale aktører og (retts)aktivister og deres rolle i å utvikle og opprettholde det internasjonale strafferettsfeltet. Analysens tredje og siste del går tettere inn på individene i det internasjonale strafferettsfeltet for å si noe om *hvem* det er som gjør internasjonal (straffe)rettferdighet i det daglige. Samlet sett vises det hvordan det internasjonale strafferettsfeltet er betinget av et sett av strukturer, prosesser og aktører som vanskeliggjør dens normative påberopelse av det allmenngyldige, globale og universelle. Slikt fører til en opphopning av konflikter og «kriser», hvor «verdenshistorien blir verdensdomstolen» - en krisetilstand hvor «hver dag er dommedag, eller bedre, dommens dag, da det skjelnes mellom godt og ond, riktig og galt, overlevelse og undergang».³⁵

3. Det internasjonale strafferettsfeltet: strukturer, prosesser, aktører

3.1 Den liberale verdensordenens fremvekst og tilbakegang

Det er betydelig politisk motstand mot ICC i dag. På den ene siden er ikke dette noe nytt – en domstol som løfter retten til å straffe ut av den nasjonalstatlige suverenitet møter selvsagt motstand. På den andre siden er stater som opprinnelig var utslagsgivende for opprettelsen av

³⁴ Dominique Ongwen, som selv ble kidnappet av rebellgruppen Herrens Motstandsarme som ti-åring, sitter nå på tiltalebenken i Haag, tiltalt for de samme forbrytelsene han selv er et offer for. For en diskusjon rundt den internasjonale strafferettens «komplekse lovbrøyttere», se Baines, Erin K. 2009. "Complex political perpetrators: reflections on Dominic Ongwen." *The Journal of Modern African Studies* 47 (02):163-191.

³⁵ Helge Jordheim, 2018, «Krisetid: Introduksjon tile n begrepshistorisk forståelse av krisebegrepet» *Arr – Idehistorisk tidskrift*, februar 2018, s. 17.

domstolen nå ikke bare kritisk til den, men truer nå og da med å trekke seg fra Roma-vedtektene. Den politiske motstanden som ICC møter underminerer et vesentlig grunnlag for det internasjonale strafferettsprosjektets legitimitet: I tillegg til normativ legitimitet, som for eksempel gjøres krav på via *legalitet*, er legitimitet også en sosial størrelse: maktens legitimitet må også *anerkjennes* av samfunnet den er en del av.³⁶ For eksempel: Hvor mange stater kan forlate ICC før den ikke lenger kan påberope seg å være internasjonal – å *representere* den internasjonale (straffe)rettferdigheten? Kritikken mot ICC – om den så gjelder mangel på rettskraftige dommer, budsjetteffektivitet, ansattes moralske integritet eller til og med det å være uønsket fra konfliktherjede lokalsamfunn – er praktisk talt underordnet spørsmålet om staters politiske oppslutning rundt domstolen. ICC er fullstendig underlagt staters samarbeid. Fra etterforskning til utførelse av arrestordre til straffegjennomføring er det stater som muliggjør ICCs vilje – uavhengig av hvor *rett* den er.³⁷ Det internasjonale strafferettsfeltet er intimt forbundet med geopolitiske utviklingstrekk og maktforhold i verdenssamfunnet.

Det er derfor verdt å merke seg at skyggen fra Nuremberg fremdeles hviler over det internasjonale strafferettsprosjektet. Opprettelsen av militærtribunalene i Nuremberg og Tokyo i etterkant av andre verdenskrig markerer kanskje startskuddet på den internasjonale strafferetten, men den var også et klart eksempel på seierherrenes justis. De alliertes krigsforbrytelser – bombingene over Hiroshima og Nagasaki – ble aldri holdt strafferettslig ansvarlig. Det er krigens vinnere som skrive historien, og staker ut veien for fremtiden. Den umiddelbare ettertiden av andre verdenskrig var derfor en gunstig politisk kontekst for en internasjonal oppslutning rundt Verdenserklæringen for menneskerettigheter (1948) og Folkemordskonvensjonen (1948) – to helt sentrale fremskritt i utviklingen av en global – i betydningen universell – moralsk rettsorden.

Den kalde krigen som tiltok i styrke utover etterkrigstiden gjorde det imidlertid vanskelig å enes om det universelle. Den politiske verden var igjen splittet og idealistiske utkast til en internasjonal strafferettsorden lå gravlagt i diverse FN-fora gjennom hele den kalde

³⁶ Man skiller ofte mellom normative og empiriske innfallsvinkler på spørsmål om legitimitet. Se for eksempel Beetham, D. (2012). "Political Legitimacy." *The Wiley-Blackwell Companion to Political Sociology* 33: 120; Tankebe, J. and A. Liebling (2013). Legitimacy and Criminal Justice: An Introduction. *Legitimacy and Criminal Justice: An International Exploration*. J. Tankebe and A. Liebling, Oxford University Press. Hayashi, Nobuo, and Cecilia M. Bailliet, eds. *The Legitimacy of International Criminal Tribunals*. Vol. 2. Cambridge University Press, 2017.

³⁷ Maogoto, Jackson Nyamuya. "A Giant Without Limbs: The International Criminal Court's State-Centric Cooperation Regime." *U. Queensland LJ* 23 (2004): 102. Se også Salomonsen, T. (2005). "Lovens korte arm: Om Den internasjonale straffedomstolen og visjonen om å få slutt på straffrihet for internasjonale forbrytelser." *Kritisk Juss* 31(4): 319-337

krigen.³⁸ Dette var en *bipolar* verdensorden – den kommunistiske Sovjetunionen mot USA og Europas liberalisme – en verdensorden splittet i to over imperialistisk ideologi.

Øyeblikket da Sovjet kollapset har siden blitt popularisert av Francis Fukuyama som «historiens slutt»³⁹ - en antagelse om at igjen etter den kalde krigen sto *en* ideologi, *en* historie, *en* fortelling av hva som hadde vært og hvordan fremtiden så ut: den liberale verdensordenen selvfølgelig fremgang. Ved siden av liberalismens økonomiske ambisjon i form av deregulering av markeder og fri(ere) flyt av kapital – varer, tjenester, og mennesker – spredte også liberalismens *sosiale* filosofi seg: et syn på mennesket som autonomt, ansvarlig og ukrenkelig. I kombinasjon med en tiltagende internasjonal *legalisme* – en oppfatning av moralske handlinger som skapt av plikter og regler fastlagt i lov⁴⁰ – ble 1990-tallet den *internasjonale liberale legalismens* gullalder. Hverken før eller siden har det internasjonale samfunnet vært gjenstand for en slik massiv internasjonal rettsliggjøring.⁴¹ Den internasjonale strafferettens institusjonalisering er et barn av denne tiden. FN opprettet de to *ad hoc* internasjonale domstoler – ICTY og ICTR i respons til konfliktene på Balkan og folkemordet i Rwanda i henholdsvis 1994 og 1995. I 1998 tok Roma-konferansen sted, hvor ICCs vedtekter ble forhandlet og forfattet. Nittitallet er med andre ord utslagsgivende for det Sikkink har omtalt som *rettferdighetskaskaden* - et normativt skifte i legitimiteten til individuelt straffeansvar for menneskerettighetsbrudd, og økt straffeforfølgning – i kraft av både nasjonal, internasjonal eller universell jurisdiksjon – som følge av dette skiftet.⁴²

I dag ser det geopolitiske bildet igjen helt annerledes ut. Til forskjell fra nittitallet – hvor internasjonal politikk enklere kunne krystalliseres gjennom rett – er det nå langt mer friksjon og motstand mot rettsliggjøringens universelle forutsetninger: diametrale motsetninger, og evnen til å stå for dem, er tilbake i geopolitikken. Den liberale verdensordenen er ikke lenger noen selvfølgelighet, men blir truet både «innenfra» av tiltagende nasjonalisme og autoritære strømninger så vel som «utenfra» av andre voksende stormakter, fortrinnsvis Kina og Russland. Den *unipolare* verdensordenen er byttet ut med en *multipolar*, eller *multiregional*

³⁸ To utkast til en internasjonal straffedomstol ble fremlagt for FNs Generalforsamling i 1951 og 1953 men ble motarbeidet av begge sider av den tiltagende bipolare verdensordenen. Se for eksempel Marlies Glasius, 2006, *The International Criminal Court: A global civil society achievement*. Routledge.

³⁹ Fukuyama, Francis. 1989. "The end of History." *The National Interest* 16 (4).

⁴⁰ Shklar, Judith N. *Legalism: Law, morals, and political trials*. Harvard University Press, 1986.

⁴¹ Antallet multilaterale avtaler avtar drastisk utover 2000-tallet i sammenligning med perioden før, se «Multilaterale Treaties Deposited with the Secretary-General (As of 31 May 2019), <https://treaties.un.org/doc/source/titles/english.pdf>

⁴² Sikkink, Kathryn. *The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions Are Changing World Politics* (The Norton Series in World Politics). WW Norton & Company, 2011.

verdensorden. Motstanden mot det internasjonale strafferettsprosjektet må således sees i sammenheng med den voksende motstanden mot den liberale verdensordenen.

Det er derfor verdt å dvele med at på tross av at 122 land er medlem av ICC, har verdens mektigste land valgt å stå utenfor den internasjonale strafferettens mest sentrale institusjon. Dette er i grunn ikke noe eget ved internasjonale strafferett: det er mellomstore land som har mest å tjene på internasjonal rettsliggjøring ettersom de sterkeste statene i det internasjonale samfunnet har økonomisk og militær evne til å «gå gjennom rett til seier», om det så skulle være. Små og mellomstore stater har større incentiver for å nøre opp om den forutsigbarheten og beskyttelsen som internasjonal rett kan representere, og dermed underkaste seg en overnasjonal dømmende myndighet. At sentrale land med vetomakt i FNs sikkerhetsråd velger å stå utenfor ICC har imidlertid alvorlige konsekvenser for domstolens politiske handlingsrom. Det hindrer både straffeforfølgning av disse lands og borgeres handlinger, men også av situasjoner hvor disse er involvert (såkalt stedfortrederkriger). Et brennende eksempel er Syria, hvor Russland og Kina la ned veto i Sikkerhetsrådet mot en henvisning av situasjonen til ICC under kapittel 7 i FN-traktaten.⁴³ Et annet eksempel er krigen i Afghanistan. For tiden prøver ICCs aktor at å åpne etterforskning av forbrytelser i Afghanistan *og på territorier i tilknytning til konflikten*. Dette kan bety av forbrytelser begått av amerikanere – inkludert CIAs illegale bortføring, internering og «avhørsteknikker», dvs. tortur – vil kunne bli gjenstand for internasjonal straffeforfølgning. I en nylig avgjørelse i ICCs forkammer ble derimot aktorats begjæring avslått av dommerne i en kontroversiell henvisning til «the interest of justice» - dommerne argumenterte for at det ikke var realistisk å tro at det ville være politisk mulig å etterforske disse påståtte forbrytelsene, og dermed – implisitt – at rettferdigheten bør søkes hvor det er praktisk gjennomførbart.⁴⁴ Denne avgjørelsen setter dermed ord på en tilbakevennende kritikk av det internasjonale strafferettsprosjektet: at loven ikke er lik for alle.

Det afrikanske kontinentet har tidligere vist stor oppslutning rundt det internasjonale strafferettsprosjektet. Av ICCs medlemsstater er 33 av dem afrikanske, som tilsier at regionen er den som er sterkest representert hva gjelder medlemsland. Flere av dem – som Sør Afrika og

⁴³ “Referral of Syria to International Criminal Court Fails as Negative Votes Prevent Security Council from Adopting Draft Resolution” Security Council SC/11407 22 MAY 2014 [HTTPS://WWW.UN.ORG/PRESS/EN/2014/SC11407.DOC.HTM](https://www.un.org/press/en/2014/SC11407.DOC.HTM)

⁴⁴ «Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, (No. ICC-02/17), ICC PT. Ch. II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, 12 April 2019.” https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_02068.PDF Se også Mark Klamberg, “Rebels, Downfallen, Rogue States and Scapegoats in the Crosshairs: Hegemony in International Criminal Justice” i Morten Bergsmo, Mark Klamberg, Kjersti Lohne & Christopher Mahony, (red.), *Power in International Criminal Justice: Towards a Sociology of International Justice*, TOAEP, kommer 2019.

Botswana – tok også fremtredende posisjoner i forhandlingene for opprettelsen av ICC. Krisene i det internasjonale strafferettsprosjektet er derfor nært forbundet med opplevelsen og artikuleringen av et opinionsskifte fra afrikanske medlemsland.⁴⁵ Dette var klarest rundt år 2016 da den Afrikanske Union (AU) debatterte om de skulle melde seg ut av ICC «en masse». Sør Afrika – en meget sentral spiller på det afrikanske kontinent og en av ICCs store opprinnelige støttespillere – har for eksempel truet med å forlate domstolen. Internpolitikk har imidlertid ennå hindret landet i å gjennomføre utmeldelsen. Ved siden av Sør Afrika har Kenya (og til dels Sudan) vært arkitektene bak den afrikanske mobiliseringen mot ICC. I etterkant av massevolden som fulgte presidentvalget i Kenya rundt årsskiftet 2007-2008, tok ICC ut tiltalte blant høytstående politiske aktører i Kenya, deriblant mot de to politiske rivalene Uhuru Kenyatta og William Ruto. På tross av sine politiske motsetninger fant imidlertid Kenyatta og Ruto tonen i en felles politisk kampanje hvor de mobiliserte mot ICC og vestlig innblanding. Ved neste valg stilte de til valg sammen, og ble valgt inn som Kenyas president og visepresident på tross av ICCs tiltaler mot dem.⁴⁶ Dette viser hvilken mobiliserende kraft ICC kan ha *mot* sin egen rolle – både nasjonalt og regionalt. I dette tilfellet har ICCs tiltaler mot afrikanske ledere blitt tatt til inntekt for en neo-kolonial og imperialistisk intervensjon i nasjonale og afrikanske, i betydningen regionale, anliggender. På tross av at Kenyatta og Ruto hadde særdeles gode grunner for å mobilisere mot ICC, viser det hvilken instrumentalisering ICC kan bli – og er – utsatt for. I manges øyne står ICC nettopp for vestlig intervensjon – og selv om den store masseutmeldelsen har latt vente på seg, er disse diskusjonene pågående tema under de årlige statspartsforhandlingene. Som ledd i disse inngår også AUs planer om å styrke sin egen regionale menneskerettighetsdomstol til også å kunne straffeforfølge internasjonale forbrytelser, slik at de i større grad er uavhengig av «Haag».⁴⁷

I forlengelsen av regionalisering av internasjonale relasjoner og motstand mot «global» og multilateral styring, ser vi også konturene av en institusjonell *fragmentering* av det internasjonale strafferettsprosjektet.⁴⁸ På tross av at ICC var påtenkt å være en overordnet global domstol i motsetning til de tidligere *ad hoc* domstolene for særskilte konflikter, pågår

⁴⁵ Se også Sofie A.E. Høgestøl, (2016). Er Den internasjonale straffedomstolen afrikafiendtlig? Konfliktselektivitet og internasjonale straffedomstoler. *Internasjonal Politikk*. ISSN 0020-577X. 74(2), s 1- 23 . doi: <http://dx.doi.org/10.17585/ip.v74.448>

⁴⁶ Det skal være sagt at valgresultatet er omstridt. Nå nylig har også dette valget blitt trukket inn i Cambridge Analytica-skandalen da det påstås at Kenya og Ruto og Kenyattas «Jubilee-kampanje» var en test-runde for Cambridge Analytics «bidrag» til folkeavstemningen om Brexit i Storbritannia og den Amerikanske valgkampen.

⁴⁷ Werle, Gerhard, and Moritz Vormbaum. 2017, *The African Criminal Court*. TMC Asser Press,.

⁴⁸ Dette kan kobles til bredere diskusjoner i internasjonal rett, se Peters, Anne. "Fragmentation and constitutionalization." *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*. 2016.

det nå et diskursivt skifte i retning regionale og nasjonale straffeforfølgning av internasjonale forbrytelser. I forskningslitteraturen handler dette mye om anerkjennelsen av at langt på vei de fleste krigsoppgjør og straffeforfølgning av grove menneskerettighetsbrudd og internasjonale forbrytelser finner sted i nasjonale domstoler. Imidlertid er også fragmenteringen et resultat av geopolitiske interessekonflikter. FN har for eksempel opprettet et etterforskningsorgan i mangel av en Sikkerhetsrådshenvisning av Syria til ICC.⁴⁹ Videre har det – grunnet mangel på nødvendige resurser og sikkerhet til å etterforske i egentlig forstand – nylig åpnet seg et marked for private aktører til å etterforske krigsforbrytelser, slik som CIJA – Center for International Justice and Accountability. Med midler blant annet fra Norge, etterforsker CIJA krigsforbrytelser blant annet i Syria og Irak.⁵⁰ På tross av betydningen av å stille eventuelle krigsforbrytere til ansvar, er det flere spørsmål som melder seg ved en slik utvikling av det internasjonale strafferettsprosjektet, og som ikke bare gjelder rettspraksis men også systemspørsmål rundt finansiering, ansvar, og etterrettelighet. For eksempel: for en privat organisasjon som CIJA er deres forpliktelser først og fremst mot sine donorer. Spørsmålet blir da: hvem som skal etterforske donorenes handlinger?

Den motstand som ICC opplever for tiden er med andre ord nært forbundet med geopolitikk og maktforskyvninger i det internasjonale samfunnet. Etter så godt som tretti år, møter den liberale verdensordenen anført av USA motstand. Den «hegemoniske stabilitet»⁵¹ står for fall og setter kjepper i hjulene for sin egen kulturelle ekspansjon: den liberale legalismen. Det internasjonale strafferettsfeltet er med andre ord betinget av strukturelle maktforhold i det internasjonale samfunnet. Imidlertid viser eksemplet med CIJA hvordan ulike aktører – ikke bare stater – nytter seg av mulighetene som oppstår i feltet. I det følgende går jeg nærmere inn på hvordan det internasjonale strafferettsfeltet fungerer, det vil si, hvilke prosesser og aktører det er som «gjør» internasjonal strafferett i det daglige, for på denne måten å bidra med et skarpere sosiologisk blikk på den internasjonale strafferettens «krisetilstand».

⁴⁹ Resolusjon 71/248 21 desember 2016 opprettet «International, Impartial and Independent Mechanism», ofte tiltalt som «IIIM». Se <https://iiim.un.org>

⁵⁰ William Wiley, “International Criminal Justice at a Crossroads: The Engagement of Civil Society in the Investigation of Core International Crimes and the ‘CIJA Model’”, I Morten Bergsmo, Mark Klamberg, Kjersti Lohne and Christopher Mahony, kommer 2019, (eds), *Power in International Criminal Justice: Towards a Sociology of International Justice*, TOAEP,

⁵¹ Ikenberry, John G. & Charles A. Kupchan (1990) Socialization and hegemonic power. *International Organization*, 44(3): 283–315.

3.2 Transnasjonale aktører, nettverk og prosesser

Internasjonal rett og politikk handler ikke utelukkende om realpolitiske hensyn og staters relative makt i det internasjonale samfunnet; det handler også om utviklingen av en bestemt type ekspertise og ekspertnettverk, organisatoriske strukturer og prosesser (eller mangel på sådan) og ideer, holdninger, verdier som sprer seg (eller ikke) og forankres (eller ikke) i lov, normer og måter å se verden på. Dette skiller ofte *realisme* og *konstruktivisme* i teoretiske tilnærminger til studiet av internasjonal politikk, hvor sistnevnte eksempelvis har fokusert på ulike ekspertnettverk – såkalt epistemiske grupper⁵² – og deres rolle i å sette agenda og definere løsninger på globale utfordringer.⁵³

Min egen forskning har i stor grad fokusert på rollen som internasjonale menneskerettighetsorganisasjoner har innenfor det internasjonale strafferettsfeltet,⁵⁴ nettopp fordi den parallelle skapelsesberetningen rundt ICC handler om «det globale sivilsamfunnets» rolle, eller nærmere bestemt nettverk av internasjonale NGOers iherdige innsats for å sette ideen om en internasjonal strafferettsdomstol på dagsorden, og om deres lobbyisme vis-a-vis stater for å drive frem politisk mobilisering for å få nasjonalstatene til å omfavne ideen og dermed sette den til livs. Under Roma-konferansen var eksempelvis NGOene den mest omfangsrike «delegasjonen» til stede. Samlet under paraplyorganisasjonen *Coalition for the International Criminal Court* (CICC) hadde denne mer enn 200 representanter for «sivilsamfunnet» til stedet under forhandlingene.⁵⁵ De var dermed mange nok til å følge med på ulike deler av forhandlingene, inkludert staters ulike posisjoner, og formidlet denne informasjonen strategisk videre til andre stater og organisasjoner. I tillegg mobiliserte de for domstolen i gatene utenfor forhandlingsrommene, delte ut ekspertkommentarer på ulike rettslige og tematiske problemstillinger, skrev oppsummeringer og inkluderte ofre som del av sin strategi for å minne delegasjonene på hva det hele handlet om.⁵⁶ Dette er aktiviteter som CICC fremdeles opprettholder den dag i dag, eksempelvis gjennom deres deltagelse på de årlige statspartsmøtene til ICC i Haag og New York, samt forberedende diplomatiske «working group»-møter blant medlemslandene. Ved å fokusere på nettverk av aktivister og eksperter blir det klart at internasjonal politikk – og rett – er noe som *skapes* gjennom transnasjonale praksiser

⁵² Haas, Peter M. "Introduction: epistemic communities and international policy coordination." *International organization* 46.1 (1992): 1-35.

⁵³ Se Sending, Ole Jacob. *The politics of expertise: Competing for authority in global governance*. University of Michigan Press, 2015.

⁵⁴ Lohne, K. 2019. *Advocates of Humanity: Human Rights NGOs in International Criminal Justice*, Oxford: Oxford University Press

⁵⁵ I tillegg kom representanter for NGOer som av ulike grunner valgte å stå utenfor CICC.

⁵⁶ Glasius, Marlies. *The International Criminal Court: A global civil society achievement*. Routledge, 2006

og prosesser som er mer eller mindre løsrevet fra nasjonalstatenes domene. Men hva gir ikke-statlige aktører anledning til å ha slik en fremtredende rolle i internasjonale felt, og særlig i det internasjonale strafferettsfeltet?

Til forskjell fra private aktører som CIJA, gjør menneskerettighetsorganisasjoner krav på moralsk autoritet til å delta i det internasjonale strafferettsprosjektet. Med ved siden av å representere «sivilsamfunnet», dvs. «oss alle» uavhengig av statstilhørighet og særlig ofrene for internasjonale forbrytelser, kobler også NGOene på en autoritet som minner om Webers legal-rasjonelle autoritet, blant annet gjennom rettslig ekspertise. Med juss som *lingua franca*, snakket de dermed ikke bare samme «språk» som delegasjonenes jurister men overgikk også de fleste staters kapasitet hva gjelder størrelse, ressurser og ekspertise. I tillegg samarbeidet de med små og mellomstore stater. Til forskjell fra sterke stater – som nevnt ikke har like mye til overs for internasjonal rett – har små og mellomstore langt mer å vinne på den internasjonale rettens normgivende og rettslige bindinger. Norge er et godt eksempel på noen som nyter godt av en internasjonal rettsorden, som gjør verden langt mer forutsigbar for både handel og sikkerhet enn en Hobbesian verdensorden hadde gjort.

I dag fortsetter NGOene å ha en fremtredende rolle i det internasjonale strafferettsfeltet. De er involvert i hvert av leddene i straffesakskjeden – fra å sette konflikter og krigsforbrytelser på den internasjonale politiske dagsorden til å dokumentere og innsamle bevis, identifisere ofre, vitner og overgripere, representere ofre som part i straffesakene, bidra med *amicus curia* noter i sakene, drive lobbyvirksomhet mot ICC, FN og stater – blant annet for å øke bevilgningene til domstolen, osv. NGOene er, med andre ord, en integrert del av det internasjonale strafferettsfeltet, og den daglige utførelsen av internasjonal strafferett. Slik domstolen er avhengig av staters samarbeid for å få utført sitt arbeid, er den også avhengig av NGOer for i det hele tatt å gå rundt.⁵⁷

I tillegg til den økte forståelsen for hvordan rett og politikk skapes og gjøres internasjonalt, er det også av rettssosiologisk interesse hvordan deltagelsen av ikke-statlige aktører former *substansen* av internasjonal strafferett. For eksempel: hvordan gir «det globale sivilsamfunn» – og særlig menneskerettighetsorganisasjoner – et meningsinnhold til *straff* som et transnasjonalt snarere enn nasjonalt fenomen? På tross av at ICC er en *straffedomstol* er det blant aktørene rundt ICC – og særlig NGOene – lite fokus på straff. En grunn til dette er at ICC

⁵⁷ Baylis, E. (2009). "Outsourcing Investigations." *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* 14: 121-149; Baylis; Haddad, H. N. (2012). "Judicial Institution Builders: NGOs and International Human Rights Courts." *Journal of Human Rights* 11(1): 126-149.

ikke straffer så mye.⁵⁸ Under mitt feltarbeid hadde ICC bare utgitt dom i en sak: Kongolesiske Thomas Lubanga ble dømt til 14 år for krigsforbrytelser og forbrytelser mot menneskeheten, og åtte av dem hadde han allerede sont. Som behandlet innledningsvis, har ICC i dag avsagt dom i sju straffesaker, hvor tre av dem er frikjent. På tross av dette, spiller rettsaken og dommen en stor dramaturgisk rolle – og som rettens aktører vet å utnytte. Enkelte av rettsakene i ICTY har vært særlig dramatiske. I 2017, under domstolens siste ankeavgjørelse, drakk Slobodan Praljak, en tidligere kroatisk general og teaterregissør gift på Sokratiske vis i det han uttrykte «Slobodan Praljak is not a war criminal. With disdain, I reject this verdict»⁵⁹ Samme domstol var gjenstand for betydelig oppmerksomhet – og fordømmelse – da den frikjente kroatene Ante Gotovina og Mladen Markac, nettopp fordi det ble tolket som en kollektiv frifinnelse for forbrytelsene begått mot Serbere og dermed for å vanskeliggjøre forsoningsprosesser og gi en skjev historiefortelling av krigene på Balkan. Dommen skriver historie, og produserer det som blir den autoritative og rettslige «sannheten» – ikke bare om tiltaltes rolle, men om konflikten og gjerne selve nasjonen som forbrytelsene er en del av.⁶⁰

Straffen derimot, det som skjer etter domsavsigelsen, lengden på straff osv., *det* er det langt mindre oppmerksomhet rundt i det internasjonale strafferettsfeltet. Dette gjelder de frikjente, som ofte har blitt rammet av visum- og sikkerhetsproblemer som forhindrer deres retur til samfunnet de er en del av, så vel som de dømte, hvor det internasjonale strafferettssystemet har viet særdeles lite oppmerksomhet til straffens *innhold*: rehabiliteringsprogrammer finnes ikke, de blir som regel satt fri etter 2/3 soning, og soner i det hele tatt i fengsler som ofte refereres til som «fem stjerners hotell» i forhold til de samfunnsforholdene forbrytelsene ble begått under.⁶¹ Det gjelder også systemet som sådan, da det mangler systemisk sammenheng mellom de ulike domstolene samt straffenivå mellom internasjonal og nasjonal straffeforfølgning for tilsvarende forbrytelser.⁶² I stedet for, gjelder det å få noen til retten – stille noen til ansvar. Sammen med kollega Anette Bringedal Houge

⁵⁸ Smeulers, A., et al. (2013). "Sixty-Five Years of International Criminal Justice: The Facts and Figures." *International Criminal Law Review* 13: 7-41.

⁵⁹ ICTY (2017a) Appeals judgment: Prlić et al. Part I. Available at: <https://www.youtube.com/watch?v=gP1cCTcBRE8&feature=youtu.be> (accessed 15 January 2018). Se Houge, A. B. (2018). "Narrative expressivism: A criminological approach to the expressive function of international criminal justice." *Criminology & Criminal Justice*

⁶⁰ Wilson, Richard Ashby. "Judging history: The historical record of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia." *Hum. Rts. Q.* 27 (2005): 908. Se også Sander, Barrie. "History on Trial: Historical Narrative Pluralism Within and Beyond International Criminal Courts." *International & Comparative Law Quarterly* 67.3 (2018): 547-576;

⁶¹ Nouwen, Sarah MH, and Wouter G. Werner. "Monopolizing global justice: International criminal law as challenge to human diversity." *Journal of International Criminal Justice* 13.1 (2014): 157-176.

⁶² Holá, B., et al. (2012). "Consistency of international sentencing: ICTY and ICTR case study." *European Journal of Criminology* 9(5): 539-552.

har jeg annetsteds skrevet om hvordan *kampen mot straffrihet* har blitt et universalmiddel mot seksuelle overgrep i krig.⁶³ Det som preger de transnasjonale – og særlig menneskerettighetsnettverkene – er troen på rettens oppbyggelige karakter hvor strafferetten har fått en – litt overraskende – sentral rolle. Det er overraskende fordi tradisjonelt sett, og på det nasjonale nivå, har menneskerettighetsorganisasjoner vært skeptiske til strafferettssystemet nettopp fordi det representerer vold – og dermed alltid er en kime til politisk undertrykking, slik vi blant annet ser i Tyrkia i dag.⁶⁴ Men på det overnasjonale nivå har menneskerettighetsorganisasjoner stått først i kampen for utbyggelsen av det internasjonale strafferettsfeltet. Den drivende kraften bak dette er – mindre overraskende – ofrene. Det er en *humanitær logikk* som driver det internasjonale strafferettsfeltet.⁶⁵

Konsekvensene av den transnasjonale nettverkens oppslutning rundt rettens oppbyggelige karakter er imidlertid ikke utelukkende på det internasjonale nivå; det internasjonale strafferettsprosjektet er globalt i ordets rette forstand i og med at den eser inn i og skaper det nasjonale. Som redegjort for innledningsvis er ICC en «domstol av siste skanse». I tråd med ICCs komplementaritetsprinsipp er en situasjon bare mulig for ICC å gå videre med hvis nasjonale myndigheter enten ikke er i stand til eller villig til å gå videre med nasjonale strafferettslige etterforskninger og straffeforfølgelser. Under forhandlingene om Roma-vedtektene var dette først sett på av de sterkere statene som et suverenitetsskjold mot ICCs intervensjon i interne anliggender. Med tiden har imidlertid dette prinsippet ekspandert til hva en nå kaller «positiv» eller «proaktiv» komplementaritet,⁶⁶ og som handler om å styrke nasjonale rettssystemer slik at de – hvis de er villige, da – kan straffeforfølge internasjonale forbrytelser i egne domstoler. På denne måten bygger det internasjonale strafferettsprosjektet på en antagelse om at den liberale legalismen – retten, ideer og verdier om menneskerettigheter og rettsstat – spres til de deler av verden som (ennå) ikke har dem, og som ledd i deres utviklings- og demokratiseringsprosesser. Rettssystemer er kunnskapsteknologier – ideer og verdier. Som sådan eksisterer de ikke «i seg selv», men er et resultat av aktørers gjøren og laden

⁶³ Houge, A. B. and K. Lohne (2017). "End Impunity! Reducing Conflict-Related Sexual Violence to a Problem of Law." *Law & Society Review* 51(4): 755-789.

⁶⁴ Engle, K. (2012). Self-critique,(Anti)politics and Criminalization: Reflections on the History and Trajectory of the Human Rights Movement. New Approaches to International Law. J. M. Beneyto and D. Kennedy. The Hague, T.M.C Asser Press.

⁶⁵ Kjersti Lohne,2018. "Penal humanitarianism beyond the nation state: An analysis of international criminal justice." *Theoretical Criminology* online first. Se også Kristin B. Sandvik, 2011, Internasjonal strafferett: Rettferdighet som tilskuersport? *Samtiden*, <https://samtiden.no/2011/01/13/internasjonalt-strafferett-rettferdighet-som-tilskuersport/>

⁶⁶ Rossi, CR (2018) Hauntings, hegemony, and the threatened African exodus from the International Criminal Court. *Human Rights Quarterly* 40: 369–405.

- det er mennesker som «gjør» det internasjonale strafferettsfeltet – dommere, jurister, diplomater menneskerettighetsaktivister, journalister, og overlevende.

3.3. Hvem snakker på vegne av menneskeheten?

Et sentralt poeng i denne artikkelen er at det ikke utelukkende er institusjonene – retten og domstolene – som utgjør den internasjonale strafferetten, men også individene som inntar dem og gir dem kraft.⁶⁷ Ettersom «hvem» som regel har noe å si for «hva», blir spørsmålet om hvem disse menneskene «er» interessant. Hvor kommer de fra? Hvilke demografiske betingelser former dem? Hva motiverer, gir dem retning og ikke minst anledning til å være med å forme internasjonal rettferdighet? Dette er betydningsfulle spørsmål nettopp fordi spørsmål om legitimitet og representasjon ofte henger sammen. Phillips, for eksempel, advarer mot en behandling av ideer som totalt uavhengig av hvem det er som forfekter dem – eller motsatt, som når hvilke «type» mennesker dominerer oppmerksomheten vår uten hensyn til deres forestillinger.⁶⁸ Det er balansekunst en kjenner igjen fra politikken, om det så gjelder kvoteringsiltak for å fremme likestilling og demografisk representasjon i næringsliv og forvaltning, eller økte tendenser i vesten mot en «identitetspolitikk» – LGBTIQ+-bevegelsen så vel som sure gamle (hvite) menn. Nå er ikke internasjonal politikk et demokrati, og internasjonal strafferett er tross alt en rett uten stat, men i mangel på demokratisk legitimitet kan en argumentere for at anerkjennelsen av internasjonale institusjoner er desto viktigere.

Under mitt feltarbeid blant NGO nettverkene i det internasjonale strafferettsfeltet i Haag var det påtagelig mange som lignet på meg. De var ofte kvinner i begynnelsen av 30-årene, de hadde flyttet en del rundt som barn og voksen – ofte mellom vestlige metropoler for studier og jobb, de hadde studert internasjonal juss og politikk, og de bar et vestlig pass – som regel europeisk. I mine intervjuer og observasjoner av de mest sentrale organisasjonene som driver lobbyvirksomhet opp mot ICC og diplomatene i Haag, var det bare én NGO representant fra Afrika – resten var europeere, med et kanadisk unntak og to. På tross av at ICC er meget bevisst geografisk representasjon, speilet denne skjevheten seg i domstolen. De fem landene med høyest antall tilsatte i «professional posts» ved ICC var Frankrike (45 pers.), Storbritannia (27), Nederland (17), Canada (15) og Tyskland (13). Til gjengjeld hadde land hvor ICC var involvert – Elfenbenskysten, Den demokratiske republikken Kongo, Mali og Uganda 2 tilsatte hver. Jeg

⁶⁷ Madsen, M. R. (2014). "The International Judiciary as Transnational Power Elite." *International Political Sociology* 8(3): 332-334.

⁶⁸ Anne Phillips, 1995, *The politics of presence*. Clarendon Press.

observerte en tilsvarende skjevhet under mitt feltopphold i Uganda. På tross av at det var Ugandere som jobbet i organisasjonene, var det ofte en hvit europeere som var «eksperten». Dette illustrerer en dynamikk i feltet – som andre forskere også har funnet i andre transnasjonale felt – hvor globale forskjeller og maktforhold gjenspeiles i organisasjonsstrukturene. Slike observasjoner har betydning for styringsformens legitimitet – og særlig hvis de menneskene den retter seg inn på å styre nettopp er de som er forfordelt i styringsstrukturen.

«Krisen» i det internasjonale strafferettsfeltet har derfor en parallell til den kritikken vi kjenner igjen fra Brexit så vel som sentraliserings-desentraliseringsdebattene her hjemme: menneskene som det internasjonale strafferettsfeltet er ment å nyte godt for kjenner seg ikke igjen i – og har ikke tilgang til – diskusjonene om hva rettferdighet er og bør være. Den internasjonale strafferetten er for det meste forfektet av en kosmopolitisk orientert klasse som flyr sømløst mellom verdens metropoler – i stor motsetning til de menneskene som lever og dør i områder preget av konflikt og internasjonale forbrytelser. Så vakkert som det internasjonale strafferettsprosjektet ser ut fra den trygge og abstrakte distanse, er dagens krisetilstand også et uttrykk for et manglende og reelt globalt klasseperspektiv på «hvem» det er som snakker, handler, og yter rettferdighet på vegne av «menneskeheten».

4. Potensialet i den internasjonale strafferettens «krise»

Denne artikkelens formål var å bidra med et rettssosiologisk blikk på det internasjonale strafferettsfeltets krisetilstand på tre ulike analytiske nivå: makro, meso, og mikro. Selv om det kan fungere godt som sosiologisk verktøy å tenke skala i en del undersøkelser, blir det som regel bedre analyser av å se dem i sammenheng med hverandre. Hva gjelder det internasjonale strafferettsfeltet, forstår vi bedre de ulikhetene som eksisterer i feltet ved å se dem som betinget av de strukturene den er et produkt av: av en geopolitisk kontekst dominert av USA og den internasjonale liberale legalismen, med påfølgende eksperter og nettverk hvor kunnskap og ekspertise i stor grad er forbeholdt en transnasjonal klasse av hvite, vestlige individer med sete i vestlige metropoler. Ettersom hvordan den internasjonale strafferetten *fremstår* er av vesentlig betydning for dens legitimitet,⁶⁹ kan rettssosiologiske analyser bidra med større forståelse for blant annet den motgangen – eller krisen – som i dag preger ICC og det internasjonale strafferettsprosjektet.

⁶⁹ Beetham, D. (2013). Revisiting Legitimacy, Twenty Years On. *Legitimacy and criminal justice*. J. Tankebe and A. Liebong, Oxford University Press.

Innledningsvis introduserte jeg den etymologiske betydningen av krise som betydende for «avgjørelse» eller «dom». Når krisebegrepet først brukes for å tiltale det internasjonale strafferettsprosjektet, kan det også gi oss anledning til en åpnere diskusjon – til å reflektere over «hva er» og kanskje til og med hvor en bør gå videre. Skrevet med andre ord: i stedet for å henfalle til krisens handlingslammelse – angsten for et definitivt endepunkt for en rettsbasert internasjonal orden forankret i liberale verdier om demokrati og menneskerettigheter – kan man omfavne krisebegrepets kraft som en bevegelse fremover, som en «fremskrittsgenerator» eller overgang mot noe annet: vi kan bruke forståelser om hva som har vært for å handle for det som kan bli. Kriser er ikke nødvendigvis absolutte brudd, men det de gjør, er å rette oppmerksomheten mot samtiden – mot hva som er her og nå. Krisen innebærer også et potensial om fremtiden – dog uvisst som den er. Avslutningsvis følger dermed her et part forslag til veien videre for det internasjonale strafferettsprosjektet.

Det første en kan gjøre er å *minske forventningene* til ICC. ICC har blitt selve symbolet på «den globale rettferdigheten» - en global institusjon som kroner den internasjonale liberale legalismen i Immanuel Kants ånd. Imidlertid er det lite rettferdig overfor en straffedomstol å tillegge den slike byrder. Flere og flere aktører tilkaller ICC i møte med urettferdighet og lidelse – nesten hva enn det måtte gjelde. I en e-post fra koalisjonen av NGOer for ICC, titulert «Six global challenges the ICC can tackle», ble jeg informert om at ICC kan (i) utvide ofrenes tilgang til rettferdighet i nasjonale domstoler, (ii) takle kjønnsdiskriminering og seksuell vold, (iii) flyktningkrisen, (iv) konflikt-relaterte sultkatastrofer, (v) beskytte kulturarv, og (vi) miljødeleggelse og illegal okkupasjon av land. Dette er bare til eksempel, men det illustrerer en dypsindig tiltro blant transnasjonale aktivister på ulike områder til den internasjonale strafferettens potensial til å forandre samfunn og gjøre rett urett.

Som del i dette kan en komme langt ved å ha en mer *realistisk forventning* til ICC og hva den kan – og bør – utrette. Som eksemplene over viser, gjelder kanskje dette særlig den internasjonale strafferettens begrensede egenskaper til å adressere globale strukturelle problemer. På tross av rettsaktivisters velmenende lesning av sosiale problemer i en rettslig fortolkningsramme, er spørsmål om ansvar og skyld i krig og konflikt sjelden av en binær størrelsesorden. Bærer en kidnappet barnesoldat eneansvaret for hans krigsforbrytelser? Har tidligere kolonimakter skyld i å ha innført samfunnshierarkier basert på etnisk identitet som siden resulterer i folkemord? Er Middelhavets gravkammer forbrytelser mot menneskeheten? Og hva med omfattende global fattigdom, strukturell ulikhet, forvitring av demokratiet under teknologiens eksplosive muligheter? Og klimakrisen? Den internasjonale strafferetten er

fundamentalt uegnet til å håndtere de største truslene vi står overfor, nettopp fordi den opererer med forenklete kategorier av offer og overgriper, skyld og uskyld, godt og ondt.

Et tredje forslag er derfor å åpne for en mer *ærlig samtale* om ICCs forhold til politikk – å operere med en sterkere tydeliggjøring av menneskerettigheter som et normativt ideal mer enn en åpenbar universell egenskap i og for alle. Slik Koskenniemi forfektet for en stund siden, befinner den liberale legalismen seg stadig i skjæringspunktet mellom å gi straffefrihet for politisk vold eller hengi seg til en illberal (og dermed politisk) rettferdighet for å verne om liberalismens (retts)system. Således kan en også anerkjenne at internasjonal strafferett har både politiske forutsetninger og konsekvenser, uten at det er ensbetydende med å kaste babyen ut med badevannet. Likefullt er det behov for en mer nyansert diskusjon om det «internasjonale» og «globale» nødvendigvis er bedre enn det «nasjonale», hvilket har blitt en såkalt truisme hva gjelder internasjonal rett generelt. Slik denne artikkelen har vist, er ikke det globale automatisk mer allmenngyldig og universelt.

Til slutt i disse «krisetider» kan det være fint å ikke glemme det oppløftende spørsmålet: hva har ICC vært god til? For en del jurister, vil svaret kunne være at ICCs, men også de andre internasjonale straffedomstolenes rolle i å *skape* internasjonal rett. For retts sosiologer og andre samfunnsvitere, vil svaret kanskje være – slik det er for meg – at ICC har åpnet opp et diskursivt rom for samtaler, forhandlinger, krav og refleksjoner om hva rettferdighet *burde* være i etterkant av internasjonale forbrytelser, menneskerettighetsbrudd og humanitære katastrofer – og dét er slettens ikke et dårlig resultat.