

KRIGENS FOLKERETT

Krigsfangebegrepet etter Genèvekonvensjonen artikkel 4 og
første tilleggsprotokoll artikkel 43 og 44

Kandidatnummer: 369

Veileder: Preben Henriksen

Leveringsfrist: 25. november H05

Til sammen 17939 ord

30.11.2005

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Rettskilder og tilnærming	2
<u>2</u>	<u>FOLKERETT</u>	<u>3</u>
2.1	Innledning	3
2.2	Hva er folkerett?	3
2.2.1	Folkerettens rettskilder	4
2.2.2	Hvem håndhever folkeretten	8
2.3	Hva er menneskerettigheter?	10
2.3.1	Kort historie	10
2.3.2	Anvendelsesområdet	11
2.3.3	Hvem gjelder de for?	12
2.3.4	Hvem håndhever menneskerettighetene?	12
2.4	Krigens folkerett- internasjonal humanitærrett	13
2.4.1	Hva er krigens folkerett?	13
2.4.2	Krigens folkeretts regelverk	14
2.4.3	Håndheving av krigens folkerett	15
2.5	Genèvekonvensjonene	16
<u>3</u>	<u>BEGREPET KRIGSFANGE ETTER TREDJE GENÈVEKONVENSJON ARTIKKEL 4 OG FØRSTE TILLEGGSPROTOKOLL ARTIKKEL 43 OG 44.</u>	<u>19</u>
3.1	Innledning	19
3.2	Stridende	21
3.2.1	Begrepets innhold og utvikling	21
3.2.2	Begrepets betydning og konsekvenser	26

3.2.3	Oppsummering	28
3.3	Artikkel 4 paragraf A	29
3.3.1	Innledning	29
3.3.2	Første ledd	29
3.3.3	Kategori 1-6	30
3.4	Paragraf B	45
3.4.1	Innledning	45
3.5	Paragraf C	48
3.6	Konsekvensen av krigsfangestatus	49
<u>4</u>	<u>ARTIKKEL 5</u>	<u>50</u>
4.1	Innledning	50
4.2	Generell bestemmelse for anvendelsesområde og varighet	50
4.3	Personer hvor det er tvil om statusen	53
<u>5</u>	<u>DAGENS SITUASJON</u>	<u>54</u>
5.1	Innledning	54
5.2	Guantanamo	55
5.3	Problemstillingen i forhold til retten til status som krigsfange	55
5.3.1	Problemstillingen i forhold til Guantanamo	59
5.3.2	Berører situasjonen norske soldater?	61
5.4	Hvordan unngå slike situasjoner?	63
5.4.1	Tiltak for å sikre etterlevelse av krigens lover	63
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>69</u>

7	VEDLEGG	A
7.1	Genèvekonvensjonen artikkel 4	A
7.2	Genèvekonvensjonen artikkel 5.	C
7.3	Første tilleggsprotokoll artikkel 43	C
7.4	Første tilleggsprotokoll artikkel 44	D
7.5	Første tilleggsprotokoll artikkel 45	E

1 INNLEDNING

11. september 2001 er blitt en dato alle i dag forbinder med terrorisme. To fly styrtet inn i World Trade Center i New York på oppdrag for terroristgruppen al Quaida. Flere tusen amerikanske sivile mistet livet.

Denne dagen ble terrorismen satt i et nytt lys. Aldri før har medieoppmerksomheten vært større i forhold til et terrorangrep, og aldri før er så store ressurser satt i sving for å stanse terrorismen. USA gikk så langt at de kalte det "krig mot terrorisme".

I kjølevannet av denne krigen, som ofte i kriger, oppstår det situasjoner som dessverre strider med reglene for krigens folkerett.

Alle har vi vel sett de rystende bildene og hørt historiene om overgrep i amerikanske fangeleire som Abu Ghraib og Guantanamo.

Enkelte av soldatene er allerede dømt for sin behandling av fangene.

Den internasjonale Røde Kors komité, heretter forkortet ICRC, er blant de som har rettet sterk kritikk mot en rekke forhold i disse leirene. Et av disse forholdene er mangelen på avklaring av fangenes eventuelle status som krigsfange.

Hva er så en krigsfange? Hvem har rett på slik status? Hvorfor har ikke disse menneskene fått slik status?

Dette er spørsmål denne oppgaven søker å gjøre rede for gjennom en analyse av gjeldende folkerettsregler.

I kapittel 2 blir folkeretten behandlet. Det gis her en kort og oversiktlig innføring i folkeretten og to av dennes undergrupper, menneskerettigheter og krigens folkerett. I dette kapittelet gis det også en oversikt over Genèvekonvensjonene da den tredje av disse, med tilleggsprotokoller, danner grunnlaget for denne oppgaven.

Kapittel 3 tar for seg den tredje Genèvekonvensjonens artikkel 4 og første tilleggsprotokoll artikkel 43 og 44 som gjelder hvem som har rett på status som krigsfange. Det gis her en analyse av disse bestemmelsenes innhold i dag, samt hvordan disse har utviklet seg over tid. Avslutningsvis i dette kapitlet blir konsekvensen av status som krigsfange behandlet. Kapittel 4 omhandler tredje Genèvekonvensjon artikkel 5 som gjelder domstolsavgjørelse av en persons status.

Kapittel 5 søker å oppsummere det som er sagt om krigsfanger ved å knytte dette opp til dagens situasjon i kampen mot terrorisme. Etter episodene angående fangenes behandling på Guantanamo, vil det være naturlig å knytte oppgaven til dette fengselet.

I dette kapitlet vil det også bli sett på norske soldaters forhold til krigsfanger i deres situasjon.

Avslutningsvis blir tiltak for å sikre etterlevelse av krigens lover kort behandlet.

Eventuelle andre folkerettsbrudd når det gjelder behandlingen disse fangenes gis, mulig tortur også videre, faller utenfor oppgavens tema. Også spørsmål vedrørende en krigs start, opphør, og folkerettslig lovlighet ligger utenfor oppgaven. Videre vil heller ikke politiske spørsmål og spørsmål vedrørende amerikansk lovgivning bli behandlet.

Sentrale konvensjonsbestemmelser er å finne som vedlegg til oppgaven.

1.1 Rettskilder og tilnærming

Rettskildene¹ som benyttes i denne oppgaven er hovedsakelig den tredje Genèvekonvensjonen av 1949, første tilleggsprotokoll av 1977 og IV. Haagkonvensjon

¹ De norske konvensjonstekstene som benyttes er oversettelser identiske med de som er brukt i "Overenskomster vedrørende krigens rett", utgitt av Utenriksdepartementet 1961 og tilleggsprotokoller fra "Menneskerettigheter i væpnede konflikter", utgitt av Norges Røde Kors.

med reglement av 1907². Også noe rettspraksis kommer inn.

Dette er folkerettslige rettskilder som må tolkes i samsvar med de folkerettslige tolkningsprinsipper.

På grunn av folkerettens natur vil tolkningsprinsippene som anvendes skille seg noe fra de tolkningsregler vi er kjent med fra norsk rettskildelære. Dette vil bli behandlet under kapittel 2.

2 FOLKERETT

2.1 Innledning

Rettsområdet og begrepet folkerett skiller seg fra den nasjonale rett på flere områder. For den videre fremstillingen er det viktig at man har en viss oversikt over nettopp folkerettens innhold.

Jeg vil i det følgende forsøke å gi en kort og oversiktlig innføring i folkeretten, med plassering av krigens folkerett som denne oppgaven dreier seg om.

2.2 Hva er folkerett?

Folkeretten er et eget rettssystem. Mens det nasjonale rettssystemet regulerer innbyggernes innbyrdes forhold innad i en stat, samt forholdet mellom disse og staten, regulerer folkeretten i utgangspunktet forholdet stater i mellom.

² Overenskomst (med reglement) om landkrigens lover og sedvaner av 18.10.1907. Gjerne kalt Landkriksreglementet.

Det finnes ingen klar definisjon av folkerett. Den enkleste og vanligste definisjonen, som blant annet Castberg³ bruker, er ”den del av retten som regulerer rettsforholdene mellom stater, i deres egenskap av sådanne”.

Med ”sådanne” menes her at statene må opptre som stater. De må med andre ord utøve statsmyndighet for at folkeretten skal komme inn.

Denne definisjonen er likevel ikke helt presis da den utelukker andre grupper, for eksempel internasjonale organisasjoner og individer som subjekter. Dette stemte nok tidligere, men i dag er det klart at også andre enn stater omfattes av folkeretten. Et eksempel vil være ICRC som er gitt rettigheter etter Genèvekonvensjone når det gjelder utførelsen av deres arbeid⁴.

Folkeretten omhandler flere rettsområder, men først og fremst kan man si den har til formål å avverge krigstilstander. Dette da nettopp slike avtaler opp gjennom historien har vært de mest fremtredende.⁵

Folkeretten kan videre sorteres i undergrupper. De viktigste undergruppene er menneskerettighetene og krigens folkerett. Disse kommer jeg tilbake til i punkt 2.3 og 2.4.

2.2.1 Folkerettens rettskilder

I likhet med vår nasjonale rett har man i folkeretten en rekke rettskilder å søke støtte i når rettsspørsmål skal løses.

I norsk rett er rettskildeprinsippene i stor grad uskrevne. I folkeretten fastsettes imidlertid rettskildeprinsippene i artikkel 38(1) i statuttene for Den internasjonale domstol (ICJ). Denne artikkelen er formelt bare bindende for denne domstolens rettsanvendelse, men

³ Jf Ruud og Ulfstein, Innføring i folkerett, s. 16 og Castberg, Folkerett s. 1.

⁴ Jf f.eks. artikkel 3.

⁵ Jf blant annet FN- paktens av 1945, kull- og stålfellesskapet (EKSF) av 1951 og NATO- paktens av 1949.

bestemmelsen blir også ansett for å gi et alminnelig uttrykk for rettskildene og anvendelsen av disse i folkeretten generelt. Det er dog viktig å merke seg at denne bestemmelsens opplisting av rettskilder ikke er ment å være uttømmende.

Også Roma- vedtektene for den internasjonale straffedomstol har bestemmelser vedrørende rettskildeprinsippene, jf artikkel 21.

Da dette bare er ment som en kort innføring i folkeretten, velger jeg kun å ta for meg de tre viktigste rettskildene, traktater, sedvanerett og domspraksis.

2.2.1.1 Traktater

Folkeretten er, i motsetning til vår nasjonale rett, i utgangspunktet et horisontalt system.

Det vil si at ingen konvensjoner er overordnet andre. Lex superior- prinsippet forekommer i utgangspunktet ikke i folkeretten. Det må likevel nevnes to unntak.

For det første følger det av FN- paktens artikkel 103 at denne skal ha forrang dersom det foreligger motstrid. For det andre følger det av Wienkonvensjonen om traktatretten fra 1969 artikkel 53, at enkelte sedvanerettsregler er ufravikelige, såkalte jus cogens. Disse kan ikke fravikes ved avtale, men er å anse som tvingende folkerett.

Nøyaktig hvilke regler som er å anse som jus cogens er det dog ikke enighet om. Enkelte grunnleggende menneskerettigheter, forbud mot folkemord, rasdiskriminering og slavehandel er likevel relativt sikre eksempler på slike sedvanerettsregler⁶.

Når det gjelder traktater, er det kun parter som har akseptert som blir bundet. Dette er en følge av statssuverenitetsprinsippet som er et sentralt punkt i folkeretten, og det som i størst grad skiller folkeretten fra nasjonal rett.

⁶ Jf Ruud og Ulfstein, *Innføring i folkerett*, s. 47.

I dette prinsippet ligger at statene er suverene og ikke underkastet noen annen vilje enn sin egen. I sin ytterste konsekvens vil dette selvsagt umuliggjøre ethvert forsøk på å bygge opp et forpliktende rettssystem.

Statene blir med andre ord kun bundet av den lovgivning, doms- og tvangsmyndighet som de selv ønsker. Disse tre elementene som effektive nasjonale rettssystemer bygger på, er dermed dårlig utbygd i folkeretten. Dette gjør at folkeretten i mange henseende fremstår som mangelfull.

En modifikasjon må dog gjøres. Traktater, eller deler av traktater kan være kodifisering av sedvanerett. Parter som ikke har ratifisert traktaten vil følgelig ikke bli part av denne, men vil indirekte bli bundet gjennom sedvanerettsreglene⁷.

Genèvekonvensjonene vil her kunne tjene som eksempel på konvensjoner som også er å anse som sedvanerett.

2.2.1.1.1 Tolkning av traktater

Når en traktat tolkes er formålet å komme frem til partenes gjensidige rettigheter og plikter etter denne avtalen.

Wien- konvensjonen om traktatretten av 1969 artikkel 31 søker å klargjøre noe hvordan tolkningen av traktater skal skje. Her sies det ordlyden skal være utgangspunktet, men at denne skal tolkes i lys av traktatens gjenstand og formål.

Det som kanskje skaper størst problem i arbeidet med å tolke en traktat er nettopp ordlyden. Særlig hvor traktaten foreligger på forskjellige språk.

Hvor en traktat er inngått på flere språk, hvor alle er offisielle og likeverdige, kan problemer oppstå da det er umulig å foreta helt nøyaktige oversettelser. Nyanseforskjeller mellom versjonene vil man ikke komme unna. Det kan her argumenteres for å legge mer

⁷ Jf kapittel 2.2.1.2 om sedvanerett.

vekt på versjonen som foreligger på forhandlingsspråket, da det var denne partene ble enige om under utarbeidelsen og vedtagelsen.

Utgangspunktet må være en vanlig forståelse av ordlyden med mindre det foreligger en særlig grunn for å anta noe annet. Dersom en part påberoper seg en spesiell ordlyd, er det denne som i så fall må ha bevisbyrden. Dette er også uttalt av Den internasjonale domstol i Øst- Grønlandssaken.⁸

Andre tolkningsmomenter slik som traktatens forarbeider og forhistorie kan også komme supplerende inn. Disse vektlegges dog mindre enn ordlyden og formålet.

Det følger videre av Wien- konvensjonen artikkel 31 at traktater skal tolkes i ”good faith”. Dette innebærer en lojalitetsplikt mellom partene.

2.2.1.2 Sedvanerett

Den uskrevne folkeretten (sedvaneretten) gjelder for alle. Her er det ingen krav til særskilt aksept for å bli bundet. Enkelte unntak finnes også her, men jeg velger å ikke komme nærmere inn på disse i denne sammenheng.

Den folkerettslige sedvanerett består etter statuttene for Den internasjonale domstol av to elementer, en objektiv side i form av en statspraksis (”general practice”), og en subjektiv side om at statspraksisen oppfattes som gjeldende rett, *opinio juris*, jf ICJ art 38(1)(b). Tradisjonelt har det vært krevd at statspraksisen må ha foregått over en viss til for å gi grunnlag for sedvanerett. Den internasjonale domstol har imidlertid ikke stilt særlig strenge krav. I Nordsjøssaken⁹ uttalte retten at en konvensjon kan gi grunnlag for en sedvanerettsregel ”even without the passage of any considerable period of time”.

⁸ PCIJ 1933, Ser. A/B, No. 53 på s. 49.

⁹ ICJ Rep.1969 s.3 på s. 42

2.2.1.3 Domspraksis

I likhet med i norsk rett, er tidligere avsagte dommer av betydning. Dette sikrer konsekvens og forutsigbarhet, noe som igjen kan skape mer faste og nyanserte folkerettsregler.

Artikkel 38 (1)(d) i statuttene for den internasjonale domstol, samt artikkel 21(2) i Roma-vedtektene for den internasjonale straffedomstol, anerkjenner domspraksis som rettskilde. I henhold til statuttene for ICJ er domspraksis dog kun en subsidiær rettskilde. I dette ligger at man først må søke støtte i traktater og sedvane. Det følger videre av dette at rettsavgjørelser, i motsetning til i engelsk- amerikansk rett, ikke er ment å være bindende prejudikater. Dette følger av henvisningen til artikkel 59 som sier rettsavgjørelser bare er bindende mellom partene.

2.2.2 Hvem håndhever folkeretten

Av stor betydning for utviklingen av folkeretten var opprettelsen av en internasjonal domstol i Haag, Nederland, i 1929. Denne ble senere erstattet med "Den internasjonale domstol"(ICJ), også i Haag. Denne domstolen dømmer i internasjonale tvister.

Det siste tilskuddet er en permanent internasjonal straffedomstol som trådte i kraft 2002. (International Criminal Court, ICC). Denne kan straffeforfølge og dømme individer som har begått alvorlige internasjonale forbrytelser.

Det nevnes her kort at flere store nasjoner, blant annet USA, ikke har ratifisert Roma-vedtektene og dermed underordnet seg domstolens myndighet.

En svakhet ved folkeretten er som nevnt mangelen på en effektiv tvangsmyndighet. Det finnes intet "politi" som kan håndheve brudd på folkerettslige regler.

I utgangspunktet er alle stater suverene, og ingen stat har lov til å bestemme over en annen. Det finnes ingen domstol eller instans som kan straffe en stat som ikke overholder sine forpliktelser etter folkeretten.

Som nevnt ovenfor finnes Den internasjonale domstol i Haag som kan løse tvister mellom stater¹⁰, samt Den internasjonale straffedomstol som kan straffeforfølge og dømme enkeltindivider¹¹. Dersom en stat bryter sine forpliktelser, er det derimot ingen tvang som kan gjennomføres overfor denne.

Et unntak må likevel nevnes. FNs sikkerhetsråd kan gå til tvangstiltak mot stater. Sikkerhetsrådet kan bruke sanksjoner, og det kan anbefale bruk av militær makt dersom det mener at situasjonen krever det. Dette følger av FN- paktens av 1945 artikkel 41 og 42. Det vil likevel være opp til statene selv og internasjonale organisasjoner å rapportere om mulig brudd da det ikke er noe særskilt folkerettslig organ som overvåker at subjektene overholder sine folkerettslige forpliktelser.

Til tross for mangelen på effektive håndhevingsorganer, respekterer statene i høy grad folkeretten. Dette fordi folkeretten blir oppfattet som bindende rettsregler som skal følges. At man risikerer reaksjoner fra andre eller egen stat, eller at man kan stilles for en internasjonal domstol, medvirker også til at forpliktelsene overholdes.

Et folkerettslig system som respekteres og følges skaper dessuten forutsigbarhet, noe partene selv er tjent med.

Alt i alt tyder det på at statene har stor respekt for folkeretten og ser nødvendigheten i at den etterleves.

¹⁰ Jf statuttene for Den internasjonale domstol kapittel II.

¹¹ Jf Roma-vedtektene for den internasjonale straffedomstol artikkel 1.

2.3 Hva er menneskerettigheter?

Menneskerettigheter er en av undergruppene av folkeretten.

Begrepet ”menneskerettigheter” kan noe kort og upresist defineres som visse grunnleggende forestillinger om forholdet mellom individ og stat. Det dreier seg om rettigheter for individet uansett retts- eller samfunnssystem.

Som mange andre juridiske begreper er ”menneskerettigheter” relativt, det vil si avhengig av den sammenheng det forekommer i. Det må her særlig sondres mellom nasjonal rett og folkerett.

Flere nasjonale rettsordener har regler om menneskerettigheter, men her varierer reglene fra land til land. I det følgende vil begrepet menneskerettigheter bli behandlet ut fra et folkerettslig utgangspunkt.

2.3.1 Kort historie

Begrepet menneskerettigheter vokste frem på 1600-tallet, men menneskerettighetstanker kan spores så langt tilbake som til oldtiden¹².

I starten vokste forestillingene om menneskerettighetene frem kun som idealer. Først når rettighetene er utarbeidet og faktisk gjennomført er de blitt en del av virkeligheten.

Det er naturlig her å begynne med Magna Charta fra 1215 som de første realiserede menneskerettigheter. Denne gav britiske undersåtter vern mot å bli fengslet, fratatt sin eiendom, rettsforfølgning eller eksil hvis det ikke forelå lovlig dom fra likemenn, eller fulgte av landets lov. Senere kom USAs uavhengighetserklæring av 1776 og den franske rettighetserklæring av 1789. Disse fikk stor betydning for utformingen av en rekke lands grunnlover, deriblant Norges¹³.

¹² Jf Møse, Menneskerettigheter, s. 27-28.

¹³ Jf Møse, Menneskerettigheter, s. 29 flg.

I tiden før 1948 hadde erklæringer og lover om menneskerettigheter bare gyldighet innenfor landets grenser. Først etter de dramatiske bruddene på menneskerettighetene som verden var vitne til under 2. verdenskrig, ble det klart at det var behov for beskyttelse av rettighetene på internasjonalt nivå.

FNs verdenserklæring om menneskerettighetene fra 1948 var en milepæl i utviklingen av menneskerettighetene. Erklæringen er ikke rettslig bindende for statene, men den har fungert som rettesnor og utgangspunkt for utarbeidelsen av en rekke andre bindende konvensjoner¹⁴.

Folkerettslig, gjennom et internasjonalt avtaleverk, og politisk, har statene siden 1948 forpliktet seg til å respektere og sikre nærmere bestemte friheter og rettigheter via en rekke konvensjoner. Spesielt viktige er FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP), begge av 1966.

Av regionale konvensjoner er den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 1950 (EMK) den viktigste for oss. Også Amerika, Afrika og den Arabiske liga har sine regionale konvensjoner¹⁵.

2.3.2 Anvendelsesområdet

I utgangspunktet gjelder menneskerettighetene til enhver tid, men utformingen av konvensjonene er gjort hovedsakelig med tanke på fredstid. Dette kommer til uttrykk ved at de fleste konvensjoner har bestemmelser som gir adgang til tilsidesettelse av konvensjonens forpliktelser i nødssituasjoner¹⁶. Krig og væpnede konflikter vil kunne være

¹⁴ Jf Opsahl, Internasjonale menneskerettigheter, en innføring, s. 5.

¹⁵ Jf Møse, Menneskerettigheter, s. 78 flg.

¹⁶ Eks EMK artikkel 15.

eksempler på slike situasjoner. Her vil derimot krigens folkerett komme inn og ivareta menneskers behov for beskyttelse.

Visse menneskerettigheter er dog så grunnleggende at de også vil gjelde her¹⁷.

2.3.3 Hvem gjelder de for?

Når det gjelder å ha rettigheter i henhold til menneskerettighetskonvensjonene skal disse tilfalle og sikres for alle mennesker innenfor statens jurisdiksjon, jf EMK artikkel 1, SP og ØSK artikkel 2. EMK beskytter i tillegg juridiske personers grunnleggende rettigheter.

Når det gjelder hvem som har plikter etter konvensjonene er dette kun stater. Ikke- statlige aktører kan følgelig ikke bryte menneskerettighetene formelt sett. Ikke-statlige aktørers ansvar må reguleres på annen måte, for eksempel gjennom nasjonal lovgivning og straffeforfølgning.

Statene er altså forpliktet til ikke bare selv å respektere rettighetene, men også sikre, først og fremst via lovgivning, at også andre borgere respekterer rettighetene.

2.3.4 Hvem håndhever menneskerettighetene?

Det er statene som forplikter seg i forhold til menneskerettighetene. Derfor er det staten og dens representanter som i første rekke er ansvarlig for at innbyggerne får oppfylt sine rettigheter.

Som tidligere nevnt er tvangs- og håndhevingsmyndigheten i folkeretten dårlig utbygd som en følge av statssuverenitetsprinsippet.

¹⁷ Jf jus cogens, kapittel 2.2.1.1 s. 5.

De internasjonale menneskerettighetene utvikles gjennom det multilaterale samarbeidet i FN og i regionale organisasjoner. De samme organisasjonene er sentrale i arbeidet med å påse at statene etterlever avtalene.

Enkelte konvensjoner oppretter også egne kontrollorganer og domstoler, eksempelvis den europeiske menneskerettighetsdomstolen etter EMK som behandler brudd på konvensjonsforpliktelsene¹⁸.

I stor grad vil det likevel være opp til partene selv å kontrollere hverandre og rapportere om eventuelle brudd.

2.4 Krigens folkerett- internasjonal humanitærrett

2.4.1 Hva er krigens folkerett?

Krigens folkerett og menneskerettighetene er begge undergrupper av folkeretten. Krigens folkerett blandes således ofte med menneskerettighetene.

Anvendelsesområdet til disse to er derimot svært forskjellig.

Menneskerettighetskonvensjonene er som nevnt ment å gjelde til enhver tid, men synes dog å være skrevet først og fremst med tanke på fredstid. Krigens folkerett er derimot skrevet for å gjelde i væpnede konflikter. Med dette menes både væpnede konflikter mellom stater og i interne væpnede konflikter.

Folkerett er regler som i utgangspunktet søker å avverge krigstilstander. På den måten kan krigens folkerett ses på som en fallitterklæring og et uttrykk for folkerettens manglende styrke og gjennomslagskraft. Formålet med en rekke konvensjoner er jo som vi har sett nettopp å forby krig.

¹⁸ Jf EMK del II.

Erfaringer viser dessverre likevel at væpnede konflikter oppstår, og nettopp da er det viktig å være forberedt, og ha rettsregler for gjennomføring av konflikten.

Krigens folkerett har altså, i motsetning til folkeretten generelt, ikke som sitt formål å avverge eller forby krig. Formålet er tvert i mot å legge forholdene til rette for en mest mulig human gjennomføring av en krigstilstand når denne først har oppstått. Krigens folkerett søker å beskytte mennesker som ikke, eller ikke lenger, tar del i fiendtlighetene, samt å begrense metodene og midlene som brukes i krigføringen.

Den inneholder blant annet regler om hvordan de væpnede styrker skal opptre, både overfor andre soldater, men ikke minst ovenfor sivilbefolkningen i det området hvor konflikten foregår. Det sentrale er at disse skal behandles humant. Dette gjelder uansett internasjonal væpnet konflikt eller ikke.¹⁹

Av denne grunn kalles krigens folkerett også for internasjonal humanitærrett (IHR).

Jeg vil i det følgende holde meg til begrepet krigens folkerett, og ikke internasjonal humanitærrett, da jeg finner dette begrepet mest anvendelig.

2.4.2 Krigens folkeretts regelverk

Krigens folkerett kan deles i to hovedgrupper av regelverk.

- Haag- konvensjonene; denne delen gir regler for selve stridshandlingene. Den fastsetter rettigheter og forpliktelser til krigførende parter. Her finnes blant annet regler som forbyr bruk av visse typer våpen. Den viktigste her er den IV. Haagkonvensjon av 1907, også kalt landkriksreglementet²⁰.

- Genèvekonvensjonene med tilleggsprotokoller; denne delen av krigens folkerett gir regler for beskyttelse av krigens ofre. Reglene søker å beskytte de som ikke selv direkte deltar i

¹⁹ Jf Genèvekonvensjonene av 1949 I-IV fellesartikkel 3

²⁰ Jf fotnote nr 2 s.3.

kamphandlingene. Dette gjelder syke, sårede, skipsbrudne, krigsfanger og sivile. Det er med andre ord en ren humanitær beskyttelse.

Det vil dog være feil å gi inntrykk av at den første Genèvekonvensjonen av 1864 var starten på krigens folkerett rett slik vi kjenner den i dag. På samme måte som alle samfunn har regler, har det alltid eksistert visse former for regler som gjelder i krigssituasjoner. Bibelen, koranen og andre gamle tekster viser at sivilisasjoner hadde lover og regler for krigføring og bruk av våpen også for flere tusen år siden²¹. Det Genèvekonvensjonen gjør er å lovfeste og styrke urgamle og spredte lover og sedvaner om krig som beskyttet de sårede og de som skulle pleie dem.

Genèvekonvensjonene vil bli nærmere behandlet under punkt 2.5.

2.4.3 Håndheving av krigens folkerett

En svakhet ved folkeretten er mangelen på et effektivt håndhevingsorgan. Dette gjelder også innen undergruppen krigens folkerett.

Som tidligere nevnt er det i utgangspunktet statene som er bundet av folkeretten og som kan begå brudd på folkerettslige forpliktelser. Dette gjelder blant annet for menneskerettigheter.

Når det gjelder krigens folkerett kan derimot også individer nå pådra seg straffeansvar og dømmes av en internasjonal straffedomstol²².

Inntil for ca tolv år siden ville mange jurister sagt at man ikke kunne pådra seg direkte straffeansvar etter folkeretten, men at enhver straffedom måtte idømmes av en nasjonal domstol med hjemmel i nasjonal strafferett²³.

²¹ Jf Dahl, Håndbok i militær folkerett, s. 48 og ICRC, Internasjonal humanitærrett, spørsmål og svar, s. 9.

²² Jf Roma-vedtektene for den internasjonale straffedomstol artikkel 1.

²³ Jf militær straffelov av 22. mai 1902 artikkel 108.

I 1993 endret dette seg da Jugoslavia-tribunalet ble etablert. Også tidligere har enkeltpersoner blitt dømt av en internasjonal domstol, men da av midlertidige domstoler opprettet for å dømme enkeltsaker, for eksempel Nürnberg-domstolen og Rwanda-tribunalet.

I 2002 trådte for første gang en permanent straffedomstol for krigsforbrytelser i kraft (International Criminal Court- ICC). De nærmere vilkårene for domstolens kompetanse går jeg ikke videre inn på.

2.5 Genèvekonvensjonene

Selv i den brutale virkeligheten i en krig, må det finnes regler og medmenneskelighet. Dette var ønsket og målet til Henry Dunant, mannen som grunnla Røde Kors og som hadde ideen til den første Genèvekonvensjonen som kom i 1864.²⁴ I tiårene som fulgte etter den første konvensjonen, ble flere konvensjoner til, og det er i dag fire konvensjoner samt to tilleggsprotokoller som utgjør det man kan kalle Genèveveretten. Dette utgjør ryggraden i krigens folkerett.

For at Genèvekonvensjonene skal komme til anvendelse, må det i utgangspunktet dreie seg om en internasjonal væpnet konflikt, jf I- IV Genèvekonvensjon fellesartikkel 2. Dette blir omhandlet nærmere under kapittel 5.

Genèvekonvensjonene er bygget på ideen om respekten for individet og dets rettigheter og verdighet. Personer som ikke direkte tar del i krigshandlingene og personer som er satt ut av kamp på grunn av sykdom, skade, tilfangetakelse eller av annen grunn, skal respekteres og beskyttes mot virkningene av krigen. De som lider uskyldig på grunn av krigen skal hjelpes og tas vare på uten hensyn til rase, tro, kjønn eller stilling i samfunnet.

²⁴ Jf Røde Kors, Krig har også regler, s. 2 flg.

Den første Genèvekonvensjonen ble vedtatt i 1864 og gjaldt forbedring av såredes og sykes kår i de væpnede styrker i felten. Bakgrunnen for opprettelsen av denne konvensjonen var de grusomme hendelsene sveitseren Henry Dunant opplevde i 1859 under et opphold i Nord- Italia på den tiden da Sardinia og Frankrike førte krig mot Østerrike.

Sårede soldater ble på denne tiden ikke prioritert da de ikke hadde noen verdi for de stridende. Dette førte til at sårede soldater i stor grad ble overlatt til seg selv uten den nødvendige pleie, verken medisinsk eller på andre måter.

Dunant ble sjokkert da han fikk se dette og fikk med seg landsbyens kvinner i arbeidet med å ta seg av de sårede, også fiendens.

Den andre konvensjonen gjaldt forbedring av såredes, sykes og skipsbrudne kår i de væpnede styrker til sjøs. Dette etter erfaringer fra sjøkrigen mellom Japan og Russland hvor mangelen på slike regler tydelig fremsto. Konvensjonen ble vedtatt i 1907.

Denne oppgaven dreier seg om den tredje konvensjonen som gjelder behandling av krigsfanger. Denne ble til på grunnlag av erfaringene fra den første verdenskrig hvor fengslede soldater ikke ble gitt tilfredsstillende behandling.

Det at fienden tar motpartens stridende til fange er noe som blir gjort av sikkerhetsmessige hensyn. Det er ønsket om å forhindre fienden i å ta opp kampen igjen som begrunner fengslingen. Den er altså kun ment å hindre disse personene i å fortsette kampen. Noen straff er det derimot ikke ment å være. De tilfangetatte skal dermed ikke utsettes for behandling som gjør dette oppholdet til straff i praksis. Konvensjonen setter av den grunn bestemmelser for den type behandling som skal gis de internerte.

Konvensjonen ble vedtatt i 1929.

Den siste Genèvekonvensjonen ble til i 1949 etter erfaringene fra 2. verdenskrig hvor sivile ble utsatt for store tap og lidelser, og gjelder vern nettopp av sivile i krigstid.

Dette året ble i tillegg de øvrige tre konvensjoner revidert da man så behovet for enkelte endringer og utfyllinger. Man snakker derfor om Genèvekonvensjonene av 1949 selv om de tre første opprinnelig ble til tidligere.

Senere kom det også til to tilleggsprotokoller av 1977. Disse søker å utfylle og erstatte de fire konvensjoner hvor disse har vist seg å være mer eller mindre uklare eller mangelfulle.

Som vi ser ble alle de fire Genèvekonvensjonene til etter erfaringer fra forskjellige kriger. Felles for dem alle er plikten til å handle humant i krig og beskyttelse av krigens ofre. Det er videre viktig å merke seg at så godt som alle land har ratifisert disse konvensjonene. For de øvrige vil de likevel være bundet av bestemmelsene da konvensjonene er å anse som sedvanerett²⁵.

Enkelte bestemmelser er generelle og er felles for alle konvensjonene og tilleggsprotokollene. Først og fremst slår alle fast at personer som ikke tar direkte del i kamphandlingene, under enhver omstendighet skal behandles humant uten hensyn til rase, tro, kjønn eller stilling i samfunnet. Dette gjelder alle militære som har lagt ned våpnene, alle syke og sårede soldater, alle krigsfanger og alle sivile og alle uskyldige ofre for krigens lidelser. Dette er hovedprinsippene i Genèvekonvensjonene²⁶. Det finnes også flere fellesbestemmelser for konvensjonene. Dette går jeg ikke videre inn på i denne sammenheng.

Avslutningsvis må det nevnes at ICRC er satt til å beskytte og overvåke at disse konvensjonene blir fulgt. Dette følger av en rekke bestemmelser i konvensjonene. I forhold til tredje Genèvekonvensjonen kan artikkel 3, 9, 10 og 125 nevnes.

²⁵ Jf Dahl, Håndbok i militær folkerett, s. 21.

²⁶ Jf fellesartikkel 3.

3 Begrepet krigsfange etter tredje Genèvekonvensjon artikkel 4 og første tilleggsprotokoll artikkel 43 og 44.

3.1 Innledning

Det eksakte innholdet og omfanget av bestemmelsene vedrørende hvem som har rett på krigsfangestatus er et vanskelig, men viktig spørsmål. Kun de som faller innefor bestemmelsene får status som krigsfanger og dermed rett på den behandling som følger av konvensjonen. Dette kan ha stor betydning for den enkelte, jf drøftelse under punkt 3.6. Dette betyr ikke at personer som faller utenfor står uten beskyttelse og uten rettigheter under fangenskapet. Tredje Genèvekonvensjon og retten til krigsfangestatus kommer dog ikke til anvendelse.

Tidligere eksisterte ikke begrepet ”krigsfange”. Fanger var seierherrenes løseøre som de kunne drepe eller bruke som slaver²⁷.

Riktignok ble mange fanger behandlet humanitært. For eksempel ga den franske revolusjonen faktisk krigsfanger beskyttelse på lik linje med franske fanger, men det var først ved Haagkonferansen i 1899 at statene var villige til å gi fra seg noe av statssuvereniteten ved behandlingen av krigsfanger. Krigsfanger fikk med andre ord ikke folkerettslig beskyttelse før i 1899²⁸.

Vi skal i det følgende se nærmere på utviklingen av begrepet krigsfange, samt det nærmere innholdet og konsekvensen av et slikt begrep. Dette knyttet opp mot dagens situasjon i Irak og Afghanistan.

Utgangspunktet for tilnærmingen av krigsfangebegrepet er den tredje Genèvekonvensjon artikkel 4 og første tilleggsprotokoll artikkel 43 og 44. Da tilleggsprotokollen er nyere og

²⁷ Jf The New Encyclopædia Britannica, 2002, volume 9, s.711.

²⁸ Jf ICRC, Commentary, III Geneva Convention, s. 46. (heretter referert til som Commentary)

utfyller og erstatter deler av artikkel 4, må man i dag ta utgangspunkt i denne. Dette gjelder forutsatt at man har ratifisert tilleggsprotokollen, noe Norge har.

Også IV Haagkonvensjon av 1907, (landkriksreglementet), kommer inn i denne sammenhengen da Genèvekonvensjonen er basert på denne.

På samme måte som andre rettsregler må disse tolkes for å komme frem til det nærmere innhold. Da dette er folkerettslige tekster, må de som nevnt ovenfor tolkes i tråd med de folkerettslige tolkningsprinsipper²⁹.

I denne oppgaven benyttes hovedsakelig den norske oversettelsen av konvensjonen. Originaltekstene foreligger derimot på engelsk og fransk³⁰, jf det som er sagt under kapittel 2.2.1.1.1 med tanke på tolkningen av disse tekstene. Hvor det engelske ordet fremstår som mer presist, vil det i oppgaven bli henvist til dette i forsøk på presisere den norske bestemmelsens ordlyd ytterligere.

Ser man bort fra den nye tilleggsprotokollen, er artikkel 4 således hovedartikkelen i Genèvekonvensjonen da det er denne som definerer hvem som kan få status som krigsfange og dermed beskyttelse av konvensjonen. Det er derfor viktig at denne er tydelig og presist utformet.

Under utarbeidelsen av 1929- konvensjonen ble artikkel 4 inngående diskutert. Det var enighet blant partene at den måtte harmonisere med Haagkonvensjonens bestemmelser om begrepet krigsfange³¹.

Utarbeidelsen av bestemmelser er krevende da det er vanskelig, om ikke umulig, å forutse alle tenkelige situasjoner og ta disse med i vurderingen slik at man kan skape en klar og

²⁹ Jf kapittel 2.2.1.

³⁰ Jf artikkel 133.

³¹ Jf Commentary, s. 49.

entydig bestemmelse. Artikkel 4 viste seg etter hvert ikke å være en så klar bestemmelse som man ønsket seg.

Endringer ble gjort i 1949 etter erfaringer fra 2. verdenskrig, men bestemmelsen skulle vise seg fortsatt å være mangelfull.

Den siste endring som ble gjort kom via første tilleggsprotokoll av 1977 artikkel 43 og 44. Disse søker å utfylle og erstatte konvensjonens artikkel 4 på områder hvor denne hadde vist seg å være utilfredsstillende. Dette gjelder blant annet i forhold til geriljasoldater.

Artikkel 4 er inndelt i tre avsnitt.

Under bokstav A er persongrupper som direkte har krav på status som krigsfanger katalogisert. Under bokstav B er persongrupper som ikke i formell forstand anses som krigsfanger, men som ikke desto mindre skal ha krav på samme behandling omhandlet, mens under bokstav C nevnes sanitetspersonell og feltprester. Disse skal etter reglene i første og andre Genèvekonvensjon ikke anses som krigsfanger, jf tredje Genèvekonvensjon artikkel 33.

Før jeg går videre inn på en analyse av artikkel 4 og de tilhørende bestemmelser i tilleggsprotokollen, er det særlig et begrep det er viktig å ha kjennskap til, begrepet lovlig stridende.

3.2 Stridende

3.2.1 Begrepets innhold og utvikling

Når man drøfter begrepet krigsfange, vil man ikke komme unna også å drøfte begrepet stridende. Dette er den norske oversettelsen av det engelske ”combatant”³². Med dette begrepet menes de personer som etter første tilleggsprotokoll artikkel 43 har ”rett til å delta

³² Jf første tilleggsprotokoll artikkel 43 og 44.

direkte i fiendtligheter”, og som dermed har ”rett til status som krigsfange” etter første tilleggsprotokoll artikkel 44.

I det følgende vil jeg benytte begrepet lovlig stridende som betegnelse for disse stridende som artikkel 43 og 44 henviser til. Dette for å markere et skille mot personer som kjemper mot fienden uten å omfattes av bestemmelsene. Disse vil etter normal språkbruk også kalles stridende, men da de ikke har ”rett til å delta direkte i fiendtlighetene” kan disse gjerne kalles ulovlig stridende.

I litteraturen finner man også begrepet kombattant brukt³³. Jeg velger likevel å holde meg til begrepet lovlig stridende da dette fremstår som det begrepet som er mest vanlig i dag og som ligger nærmest den daglige språkbruk.

Begrepet lovlig stridende ble først forsøkt regulert i Landkriksreglementet artikkel 1-3, og senere ved tredje Genèvekonvensjon artikkel 4. Denne ble til dels erstattet i 1977 ved første tilleggsprotokoll artikkel 43, som er den man i dag vil måtte ta utgangspunkt i.

Hva som dekkes av begrepet lovlig stridende, og hva som faller utenfor har vært et av de mest kontroversielle spørsmål i krigens folkerett. Særlig gjelder dette i forhold til det vi kan kalle ”irregulære” stridende, da først og fremst geriljagrupper.

Under fredskonferansene i 1899 og 1907 ble begrepet krigførende (lovlig stridende) diskutert.

Konferansen kom da til enighet om hva som skulle omfattes av begrepet. Dette ble så tatt inn i Landkriksreglementet artikkel 1- 3.

Man kan etter dette dele ”krigførende” inn i tre hovedgrupper³⁴;

³³ Dahl, Håndbok i militær folkerett, s. 66.

³⁴ jf Commentary, s. 47-48

For det første gjelder dette personer som tilhører en organisert militær styrke, enten hæren, milits eller frivillige avdelinger, forutsatt at slike militser eller frivillige avdelinger oppfyller følgende vilkår;

- a) at de som leder har en person som er ansvarlig for sine underordnede,
- b) at de har fastsittende kjennetegn, kjennelig på avstand,
- c) at de bærer våpnene åpent og
- d) at de i sine operasjoner retter seg etter krigens lover og sedvaner.

For det andre omfattes også, i henhold til artikkel 2 i Landkriksreglementet, befolkningen i et ikke-okkupert territorium som, når fienden nærmer seg, spontant griper til våpen for å kjempe mot invasjonstroppene.

Denne referer til masseopprør. Så lenge de bærer våpnene åpent og respekterer krigens lover og sedvaner, skal de ha status som krigførende selv om de ikke har hatt tid til å organisere seg i regulære væpnede styrker som er et vilkår etter artikkel 1.

For det tredje omfattes også alle de som kjemper i en organisert styrke eller individuelt, men som ikke oppfyller kravene i artikkel 1 og 2 i konvensjonen, men som likevel i henhold til preambelen er under beskyttelse og herredømme av prinsippene i folkeretten. Denne kategorien inkluderer væpnede styrker som ikke fyller vilkårene i artikkel 1, befolkningen i et okkupert område som tar opp kampen igjen, personer som tidvis på eget initiativ deltar i krigsoperasjoner og personer som deltar i isolerte aksjoner i det uokkuperte området for å tjene sitt land.

I tillegg til disse tre hovedgrupper har Landkriksreglementet også bestemmelser for ikke-stridende medlemmer av en militær styrke. Hvis disse tas til fange har de krav på lik behandling som lovlig stridende, jf artikkel 3.

Denne kategorien omfatter administrative stillinger.

Landkriksreglementet har videre i artikkel 13 bestemmelse som gjelder personer som følger en hær uten direkte å tilhøre denne. Fienden kan også ta disse til fange av sikkerhetshensyn

dersom den finner dette hensiktsmessig. Hvis dette skjer følger det av denne artikkelen at disse skal ha rett på samme behandling som krigsfanger, selv om de ikke formelt er å anse som ”stridende”. Et vilkår er likevel at de har id- kort fra den hær de hevder å tilhøre.

Det interessante med Landkriksreglementet artikkel 1 er ”militser og korpser av frivillige”³⁵.

Her ønsket man altså å inkludere de mer irregulære styrker, kanskje særlig praktisk på okkupert område eller ved krigføring mot en militært overlegen motstander, med andre ord nettopp slike situasjoner hvor geriljakrigføring er egnet og utbredt. De fire krav artikkel 1 oppstiller for slike grupper passer likevel ikke på slike geriljagrupper. Særlig krav 2 og 3 om fastsittende kjennetegn og at våpnene skal bæres åpent, kolliderer med selve kjernen i geriljakrigføring.

Formålet med disse kravene er å sørge for at de stridende skal skille seg ut fra de sivile slik at de sistnevnte i best mulig grad skal være beskyttet. En effektiv geriljastategi baserer seg derimot nettopp på muligheten til å skjule seg blant en sivilbefolkning for så å slå til med overraskende angrep mot motstanderen.

Under revideringen av tredje Genèvekonvensjon i 1949 ble det bestemt at Genèvekonvensjonen selv skulle spesifisere kategoriene for hvem som skal anses som beskyttede personer, og ikke lenger henviser til Landkriksreglementet³⁶.

Erfaringene fra 2. verdenskrig viste at Landkriksreglementets begrep om lovlig stridende ikke lenger holdt mål. Dette via den omfattende militære motstand som ble ytet på

³⁵ Artikkel 1: Krigens love, rettigheter og pligter finder ikke alene anvendelse paa armeen, men ogsaa paa militser og korpser av frivillige, som opfylder følgende betingelser:

1. At de har over sig en person, som er ansvarlig for sine underordnede;
2. at de har et fast kjendetegn, som kan gjenkjendes paa afstand;
3. at de bærer sine vaaben åpent, og
4. at de i sine operationer retter sig efter krigens love og sedvaner.

I de lande, hvor militser eller korpser av frivillige utgjør armeen eller en del av den, indbefattes de under benævnelsen armé.

³⁶ Commentary, s. 49

tyskokkuperte områder, og den behandling tilfangetatte motstandsfolk ble gitt. Også norske hjemmefrontstyrkers virksomhet falt i hovedsak utenfor konvensjonen da de ofte ikke oppfylte vilkårene om å bære våpnene åpent og bære et lett gjenkjennelig merke.

Det viste seg likevel umulig å få noen utvidelse av begrepet på Genèvekonferansen i 1949 i denne retning. En utvidelse ble gjort, men da ved at helt nye grupper ble trukket inn, og visse presiseringer ble gjort. Disse omfattet likevel ikke geriljagrupper og enkelte motstandsbevegelser da disse grunnet sin natur ikke vil kunne oppfylle de fire kravene bestemmelsen inneholdt.

Da Genèvekonvensjonen er bindende for alle stater ved at de fleste av verdens stater har ratifisert og for de resterende gjelder den som sedvanerett, benyttes ikke lenger Landkriksreglementet på dette området³⁷.

Både Landkriksreglementet og tredje Genèvekonvensjon har bestemmelser som søker å regulere hvem som skal ha krav på krigsfangestatus via en positiv oppregning, jf landkriksreglementet artikkel 1-3 og Genèvekonvensjonen artikkel 4A.

Problemet med en slik positiv oppregning er imidlertid at man stadig vil risikere å stå overfor grupper som ikke riktig passer inn i noen av de definisjoner som er gitt, og det er da ofte nærliggende å slutte antitetisk at disse ikke skal ha krav på krigsfangestatus.

Dette problemet er søkt løst i første tilleggsprotokoll som i artikkel 44 slår fast at ”Enhver stridende, ... som faller i hendene på en motpart, skal være en krigsfange”.

Utgangspunktet er her med andre ord snudd om. Det oppstilles nærmest en presumpsjon for at enhver som deltar i kamphandlinger skal anses som stridende og ha rett til krigsfangestatus frem til en domstol eventuelt kommer til en annen avgjørelse³⁸.

³⁷ Jf Dahl, Håndbok i militær folkerett, s. 136.

³⁸ Jf artikkel 5 og 45.

3.2.2 Begrepets betydning og konsekvenser

Bestemmelsene i Genèvekonvensjonen gjør det klart at ikke enhver kan anerkjennes som lovlig stridende. For å ha rett på beskyttelse etter konvensjonen må man opptre lojalt og oppfylle konvensjonens vilkår. Noen grupper faller klart innenfor, mens andre faller utenfor. For eksempel medlemmer av den regulære væpnede styrken, artikkel 4A(1), i motsetning til spioner og leiesoldater, jf første tilleggsprotokoll artikkel 46 og 47. Andre igjen befinner seg i en gråsoner hvor det kan være vanskelig å avklare statusen. Hvem som oppfyller disse vilkårene og dermed er å anse som lovlig stridende, og hvem som faller utenfor, blir nærmere drøftet under kapittel 3.3.

Den sentrale betydningen, og viktigste konsekvensen, av begrepet lovlig stridende er å angi hvem som har "rett til å delta i fiendtligheter", jf første tilleggsprotokoll art 43, og dermed nyte godt av straffriheten dette gir for krigshandlingene som blir utført.

Deltakelse i krig innebærer handlinger som under normale forhold må anses som forbudt, men som blir legale i en krigssituasjon hvor formålet er å ramme fienden. Et tydelig eksempel vil være drap. Under normale omstendigheter vil drap være straffbart. I krig er derimot drap dessverre ofte en konsekvens av kjernen i krig, å sette fienden ut av spill. Nettopp derfor vil det for den enkelte være av stor betydning hvilken kategori han faller innenfor. Fallende vedkommende utenfor begrepet lovlig stridende vil han i utgangspunktet også falle utenfor straffriheten og kan dermed risikere straff for sine handlinger. Begrepet lovlig stridende er således viktig for å begrense den krets av personer som skal nyte godt av denne straffriheten.

På samme måte som man i norsk intern rett har straffutlukkelsesgrunner som nødrett og nødverge³⁹, er lovlige krigshandlinger sedvanerettslig forankrede straffutlukkelsesgrunner etter krigens folkerett.

³⁹ Jf straffeloven av 1902 artikkel 47 og 48.

Dette la Høyesterett til grunn i en sak om erstatning for krigsskader i Rt 1946 s 880. Retten uttalte her ” Hvor det gjelder nødstilstandsbestemmelsen i § 47 må det ligge helt utenfor hensikten med så vel dens regel som med den dertil knyttede § 24 at de skulle finne anvendelse på forsvarstiltak under en krigssituasjon.”

Saken var her at dersom den aktuelle handlingen, å sprengte en bro, skulle vært utført i nødrett etter straffeloven § 47, ville den utløst erstatningsplikt. Høyesterett bygde her heller sin avgjørelse på at lovlige krigshandlinger er selvstendige straffutlukkelsesgrunner, som ikke utløser erstatningsplikt.

Lovlige krigshandlinger som straffutlukkelsesgrunn behandles også i forarbeidene til restitusjonsloven av 15. november 1946.⁴⁰ I kommentaren til § 9 heter det: ”Bestemmelsen fastslår forutsetningsvis at en ellers straffbar handling kan bli rettsmessig dersom den er begått som et ledd i motstanden mot fienden. Om riktigheten av denne setning kan det neppe råde delte meninger. Den avgir en parallell fra kampen på den indre front til den folkerettslige immunitet for legitime krigshandlinger”.

Viktig her å merke seg at straffriheten kun gjelder i forhold til selve deltagelsen i krigen innenfor rammene av reglene i krigens folkerett. Det er ikke noen form for generell immunitet mot enhver straffeforfølgning. Har en lovlig stridende begått brudd på krigens regler, for eksempel brukt ulovlige våpen, kan han straffes for krigsforbrytelse⁴¹. Jeg går ikke videre inn på de nærmere vilkårene for at en krigshandling er lovlig.

Den lovlig stridende opptrer ikke på egne vegne, men på vegne av sin stat. De krigshandlinger han utfører er tjenestehandlinger, som staten står ansvarlig for. Han *tilhører* en militær organisasjon, og står under et internt disiplinærsystem som blant annet skal sikre etterlevelse av de folkerettsregler som gjelder under væpnet konflikt. Dette følger av første tilleggsprotokoll artikkel 43, jf ”...som står under en kommandostruktur med ansvar overfor vedkommende part..”

⁴⁰ Ot.prp. nr. 125 for 1945-46 s. 17, 2. sp.

⁴¹ Jf Roma-vedtektene for den internasjonale straffedomstol artikkel 5 og 8.

Den som opptrer som privat person, blir ikke krigsfange, selv om han eller hun subjektivt mener å tjene sitt lands interesser. Man vil da ikke oppfylle de krav konvensjonen stiller, og man vil falle utenfor denne. For sivile gjelder derimot andre konvensjoner.

Andre som vil falle utenfor vilkårene til lovlig stridende er blant annet spioner og leiesoldater, jf tilleggsprotokoll artikkel 46 og 47.

3.2.3 Oppsummering

Hvem som skal omfattes av begrepet lovlig stridende er altså et viktig, men vanskelig spørsmål. Særlig har spørsmålet angående nettopp geriljasoldaters status som stridende skapt problemer. Både det tidligere benyttede Landkrisreglementet og tredje Genèvekonvensjonen, utelukker i stor grad geriljasoldater som lovlig stridende. Denne problematikken er særlig forsøkt løst i tilleggsprotokollen.

Det er i dag ingen lett situasjon for soldatene som tjenestegjør i konfliktområder å avgjøre hvem som er å anse som lovlig stridende eller ikke. Igjen er det særlig geriljaføring som vanskeliggjør dette da deres strategi i hovedsak går ut på å blande seg med de sivile. Det er klart det da blir vanskelig for motparten å skille mellom stridende og sivile når tilsynelatende sivile, for eksempel i burka, viser seg være soldater, samtidig som mange sivile bærer våpen.

Når man skal avgjøre spørsmålet om en persons krav på krigsfangestatus, må man i dag ta utgangspunkt i protokollens regler. Reglene i konvensjonens artikkel 4 kommer så inn som presiseringer, til dels en ytterligere utvidelse av kretsen av personer som skal anses som krigsfanger. Men fra å være den bestemmelse som positivt oppregnet de grupper som har krav på krigsfangebehandling, er artikkel 4 nå blitt en bestemmelse som presiserer og utfyller hovedreglene i tilleggsprotokollen.

Jeg vil i det følgende likevel ta utgangspunkt i artikkel 4. Dette da jeg ønsker, ikke bare å se hva regelen er i dag, men også se utviklingen som har skjedd.

3.3 Artikkel 4 paragraf A

3.3.1 Innledning

I dette, og følgende kapitler (3.3.2- 3.5), blir Genèvekonvensjonen artikkel 4 gjennomgått punkt for punkt. Hvor første tilleggsprotokoll kommer inn erstattende eller utfyllende, blir dette redegjort for.

Avslutningsvis i kapittel 3.6 blir konsekvensen av status som krigsfange behandlet.

3.3.2 Første ledd

Første ledd i artikkel 4 A lyder som følger:

”Personer som er falt i fiendens hender og som kommer inn under en av nedennevnte grupper, er krigsfanger i denne konvensjons forstand:”

To vilkår må i følge artikkel 4 være oppfylt for å få status som krigsfange:

- 1) Man må falle inn under en av de seks kategoriene i Genèvekonvensjonen 4A (1-6), og
- 2) man må ha ”falt i fiendens hender”.

”Fiende” omfatter enhver motpart i en væpnet konflikt som kan oppstå mellom to eller flere parter. ”Falt i fiendens hender” erstattet det tidligere ”tatt til fange”. Det nyere uttrykket har en videre betydning hvor også soldater som ikke kjempet, for eksempel som har overgitt seg, omfattes. Denne endringen kom som en følge av erfaringene etter 2. verdenskrig hvor blant annet Tyskland nektet å anerkjenne fiendtlige soldater som

krigsfanger dersom disse ble tatt til fange uten kamp, for eksempel ved kapitulasjon. For å unngå slike innskrenkende fortolkninger, valgte man altså å endre ordlyden i 1949.

For å få status som krigsfange etter denne konvensjonen må man i tillegg falle inn under en av de seks kategorier bestemmelsen nevner. Vi skal nå se nærmere på disse kategoriene.

3.3.3 Kategori 1-6

3.3.3.1 Kategori 1

Den første kategorien omfatter:

”Medlemmer av de væpnete styrker som hører til en av partene i konflikten, og medlemmer av militser og avdelinger av frivillige som utgjør en del av disse væpnete styrker.”

Begrepet ”væpnete styrker” erstattet det tidligere begrepet ”hær” som ble brukt i Landkriksreglementet artikkel 1. Begrepet refererer til alt militært personell, land, sjø- og luftstyrker. Det omfatter videre både lovlig og ulovlig stridende.⁴²

Første tilleggsprotokoll artikkel 43 utfyller bestemmelsene i art 4A (1-3) når det gjelder begrepet ”væpnete styrker”.

Ser vi for eksempel på det norske forsvar, så har nærmere halvparten av personellet ”sivil” status, og er beskjeftiget med oppgaver som bygnings- og regnskapstjeneste, forskning, forsynings- og sambandstjeneste osv. I prinsippet er de allikevel stadig å anse som medlemmer av de væpnede styrker og dekkes av bestemmelsen i artikkel 43 og har dermed også krav på status som krigsfange etter artikkel 44.

⁴² Jf Commentary, s. 51.

Artikkel 43 omfatter både ordinære avdelinger og mer irregulære enheter. Dette følger av bestemmelsens ordlyd som sier at begrepet ”væpnede styrker” omfatter alle ”organiserte, væpnede styrker, grupper og enheter som står under en kommandostruktur med ansvar overfor vedkommende part..”

Folkerettslig er det partens øverste ledelse som står ansvarlig for styrkenes handlinger. Det er således de militære grupper og enheter som staten står folkerettslig ansvarlig for som går inn under begrepet partens væpnede styrker, og dette forutsetter en viss grad av forbindelse og kontroll fra den øverste statsledelse og til de enkelte grupper, selv om selvsagt denne forbindelse kan være organisert gjennom flere kommandoled. ⁴³

Det kreves videre at alle deler av partens væpnede styrker skal være underlagt et internt disiplinærsystem, som blant annet skal sikre etterlevelsen av krigens lover. Dette følger av bestemmelsens ordlyd. Dette for at partens øverste ledelse skal ha mulighet for kontroll med alle ledd i sine væpnede styrker, for derigjennom blant annet å kunne reagere på brudd mot krigens regler.

En gruppe som faller utenom denne bestemmelsen er spioner. ⁴⁴

Spioner vil ofte være medlemmer av de væpnete styrker, som normalt har rett på status som krigsfange etter denne bestemmelsen. Man har imidlertid følt behov for å gjøre unntak for dette. Det blir etter dette vesentlig å finne grensen mellom ordinær og tillatt etterretningsvirksomhet og den ulovlige spionasjevirksomhet. Dersom en soldat utfører etterretningsvirksomhet i uniform skal han etter artikkel 46 ikke anses som spion. Heller ikke skal han behandles som spion dersom han blir tatt til fange etter at han har sluttet seg til sin egen styrke, selv om han ikke var iført uniform. Han skal da ha status som krigsfange.

Han kan etter dette med andre ord kun fratras krigsfangestatusen og straffes som spion dersom han tas til fange mens han utfører spionasje på fremmed territorium uten å være iført uniform.

⁴³ Jf Ruud, Kombattantbegrepet og status som krigsfange, s. 17

⁴⁴ Jf Første tilleggsprotokoll artikkel 46.

Også leiesoldater vil etter første tilleggsprotokoll artikkel 47 falle utenfor. Med leiesoldater menes personer som ikke er statsborger i en av konfliktpartenes stater. Han må videre delta i konflikten hovedsakelig ut fra egen vinnings hensikt og han må betales utover ordinær soldatlønn.⁴⁵

Denne bestemmelsen, artikkel 4A(1), gjelder væpnede styrker fra stater som er anerkjent av de øvrige partene.

Under 2. verdenskrig opplevde man i flere tilfelle at land ble okkupert og ny regjering ble innsatt av okkupasjonsmakten. Dette var også tilfellet her i landet. Tyskland innsatte den tysk- støttede Quisling- regjeringen, mens den norske regjering flyktet til London. Da Tyskland ikke anerkjente den norske London-regjeringen, falt de norske styrker som kjempet sammen med de allierte strengt tatt utenfor konvensjonen av 1929.

For å unngå slike situasjoner, ble det derfor gjort en endring i artikkel 4A(3). Dette kommer jeg tilbake til under kapittel 3.3.3.3.

3.3.3.2 Kategori 2

Den andre kategorien omfatter:

”Medlemmer av andre militser og medlemmer av andre frivillige avdelinger, herunder medlemmer av organiserte motstandsbevegelser, som hører til en av partene i konflikten, og som opptrer utenfor eller på sitt eget territorium, selv om territoriet er okkupert, under forutsetning av at disse militser eller frivillige avdelinger, herunder de nevnte organiserte motstandsbevegelser, fyller følgende vilkår:

- a) at de som leder har en person som er ansvarlig for sine underordnede;**
- b) at de har et fastsittende kjennetegn, kjennelig på avstand;**
- c) at de bærer våpnene åpent;**

⁴⁵ Jf Ruud, Innføring i krigens folkerett, s. 215.

d) at de i sine operasjoner retter seg etter krigens lover og sedvaner;”

De første årene av 2. verdenskrig vitnet om store politiske endringer i Europa. Mange land var okkupert og allianser reversert. Noen regjeringer opphørte, noen gikk i eksil og andre ble opprettet. Dette førte til en unormal og kaotisk situasjon hvor forhold under folkeretten ble uløselig. Som en konsekvens fortsatte nasjonale grupper å bli en effektiv og aktiv del av krigshandlinger. Dette selv om de ikke ble anerkjent av sine fiender som lovlig stridende, og dermed også nektet status som krigsfanger ved tilfangetakelse. De ble ansett som partisanere, og ble ikke beskyttet av konvensjonen, men tvert om utsatt for undertrykkelse og tvang⁴⁶.

ICRC jobbet for at medlemmer av slike motstandsbevegelser skulle få samme behandling som krigsfanger dersom de ble tatt til fange så sant fire vilkår, identiske med de man finner i Landkriksreglementet artikkel 1, var oppfylt.

I 1944 sendte ICRC et memorandum⁴⁷ til alle de krigførende stater, hvor de oppfordret til at partisanere også skulle få de fordeler som følger av reglene om behandling av krigsfanger.

Noen regjeringer var enige i ICRCs forslag, mens andre tok reservasjoner.

Løsningen ble å ta inn de fire vilkårene nevnt ovenfor som Landkriksreglementet pålegger militser og frivillige avdelinger, men å tilføye ”som ikke tilhører de regulære styrker”, slik at også motstandsbevegelser ble omfattet.

Det ble nå dermed anerkjent at også motstandsbevegelser kunne operere i okkuperte områder, men at de på lik linje med de øvrige militser og frivillige avdelinger, må oppfylle de fire vilkårene⁴⁸.

⁴⁶ Jf Commentary, s. 52.

⁴⁷ Gjengitt i Commentary, III Geneva Convention, s. 53

⁴⁸ Jf bestemmelsens ordlyd ovenfor s. 32.

Disse fire vilkårene innebærer mer detaljert at de for det første må ha en leder som har ansvar for sine underordnede.

Lederen kan være militær eller sivil.⁴⁹ Han er ansvarlig for handlinger gjort under hans ordre og for handlinger han ikke kunne forhindre. Hans kompetanse må bli vurdert på samme måte som for militære ledere.

For det andre må de bære et merke, lett gjenkjennelig fra avstand.

For motstandssoldater erstatter merket uniform. Merket er derfor en essensiell faktor med tanke på fiendens mulighet for å skille dem fra sivilbefolkningen. Av hensyn til lojalitet må det derfor bæres til enhver tid.

For at merket skal være lett gjenkjennelig må det være likt for alle. I likhet med Landkriksreglementet spesifiserer ikke Genèvekonvensjonen hvordan merket skal se ut. Det er hver enkelt stats ansvar å sørge for at dens væpnede styrker umiddelbart blir gjenkjent og lett lar seg skille fra sivile og fiendens styrker.

ICRC ønsket dette regulert så godt som mulig og foreslo at merkets utseende skulle spesifiseres i konvensjonen når det gjaldt farge, størrelse, hvor det skulle plasseres osv.⁵⁰ Forslaget ble ikke vedtatt, men uttrykket ”lett gjenkjennelig på avstand” er åpen for tolkning og i følge ICRC sin tolkning bør merket være gjenkjennelig fra samme avstand som en uniform.⁵¹

Et slikt merke kan være et armbind, et hodeplagg (selv om dette er noe upraktisk da slike ofte tas av), en jakke, skjorte, et emblem eller et farget merke foran på brystet.

Befinner personene seg i et kjøretøy eller maskin (for eksempel båt, fly, stridsvogn), må merket naturligvis vises på kjøretøyet.

Dette er i tråd med de gamle og godt etablerte bestemmelsene om flagg på skip ved sjøkrig. Det er ingen vilkår om at merket må være kunngjort.

⁴⁹ Jf Commentary, s. 59 og Ruud, Innføring i krigens folkerett, s. 204..

⁵⁰ Jf Commentary, s. 60.

⁵¹ Jf Commentary, s. 60.

For det tredje må våpnene bæres åpent.

Også dette er et krav satt av hensyn til sivilbefolkningen slik at disse skal skille seg ut.

Hva som menes med "åpent" er det delte meninger om. ICRC åpner for en forholdsvis fleksibel løsning⁵². Deres tolkning legger vekt på at selv om forskjellen kan virke liten, må det ikke forveksles mellom å bære våpnene åpent og bære dem synlig.

Overraskelse er en faktor i enhver krigsoperasjon. Denne bestemmelsen er ment å garantere lojalitet ovenfor de stridende. Den er ikke ment å påby at man må bære håndgranater og pistoler i beltet eller på skulder og ikke i lommer eller innenfor jakken.

Andre vil hevde en strengere forståelse av bestemmelsen.

Blomdal på sin side, hevder bruk av skulderhylster ikke oppfyller kravet til å bære våpnene åpent⁵³.

Poenget med bestemmelsen må være å hindre at stridende forsøker å skjule sin status som stridende på en svikaktig måte⁵⁴. Motparten skal ikke villedes til å tro den stridende er sivil.

Dette innebærer at det ikke kan være tillatt å gjemme sine våpen når fienden nærmer seg, eller utgi seg for sivil, for så å trekke frem våpnene foran godtroende motstandere.

Fienden må kunne gjenkjenne en partisan på samme måte som vanlige militære soldater uansett våpentyper.

For det fjerde må de følge krigens folkeretts lover og sedvaner.

Krigens folkerettslige lover og sedvaner er forholdsvis vage og endrer seg i forhold til type krig som utkjemper.

Enkeltstående overtredelser vil alltid kunne inntreffe. Slike overtredelser skal likevel ikke benyttes som argument for å frata noen retten til status som krigsfange. Det avgjørende er om vedkommende soldat og hans organisasjon rent generelt viser evne og vilje til å respektere de nevnte regler.⁵⁵

⁵² Jf Commentary s. 61.

⁵³ Jf Blomdal, Krigens rett, s. 83.

⁵⁴ Jf Ruud, Innføring i krigens folkerett, s. 205.

⁵⁵ Jf Ruud, Innføring i krigens folkerett, s. 206.

Det følger av artikkel 4A(2) at motstandskampen må skje på vegne av en av partene i konflikten, ellers kommer bestemmelsen i artikkel 3 om ikke-internasjonalt konflikt inn. Folkeretten har utviklet seg voldsomt på dette området. Tidligere krevdes skriftlig bevis for forholdet mellom part og motstandsbevegelse. Etter Haagkonferansen er det essensielle at det foreligger et de facto-forhold mellom de to.⁵⁶

Tilknytning til en part kan følge av stilltiende avtaler som viser hvilken side bevegelsen står på, eller den kan følge av en offisiell erklæring, for eksempel fra regjering i eksil og bekreftet av høyest kommanderende av styrken som er i krig mot okkupantene.

De forskjellige tilfellene er basert på erfaringer fra 2. verdenskrig, og forfatterne av konvensjonen ønsket egne bestemmelser for disse.

Uttrykket ”organisert motstandsbevegelse” ble som nevnt lagt til uttrykkene ”militser” og ”frivillige avdelinger” i utarbeidelsen av artikkel 4A(2).

I uttrykket ”organisert” ligger visse vilkår.

Konferansen for statsekspertene hadde generelt blitt enige om at den første betingelsen for å gi krigsfangestatus til medlemmer av motstandsbevegelser var at de var formet som en militær organisasjon. Meningen var at en slik organisasjon må ha de prinsipielt samme karakteristiske trekkene som militære styrker rundt om i verden når det gjelder disiplin, hierarki, ansvar og ære. Disse vilkårene skal sørge for en garanti for at konflikten mellom motstandsbevegelser og styrker fra okkupasjonsmakten blir en åpen og lojal konflikt.

Man kan spørre seg om uttrykket ”organisert motstandsbevegelse” er spesifisert nok, og om ”motstand” omfatter ikke bare åpen konflikt mot okkupasjonsstyrken, men også andre former for opposisjon mot sistnevnte. Ingen tillegg ble dog gjort i forhold til dette.

Slike militser og frivillige avdelinger er etter bestemmelsen beskyttet av konvensjonen når de opererer ”i eller utenfor deres eget territorium selv om dette territoriet er okkupert”. De kan altså operere over hele fiendens territorium inklusiv luftrommet og territorialfarvannet og selvsagt på åpent hav.

⁵⁶ Jf Commentary, s. 57.

Etter Landkriksreglementet ble motstandsbevegelser kun anerkjent under invasjon. Når området var okkupert, måtte man respektere de tiltak som okkupanten ga. Sanksjonene mot brudd var blant annet dødsstraff. At bestemmelsen nå har med ” selv om territoriet er okkupert” er meget viktig og gir en garanti for motstandsbevegelser slik som de som vokste frem under 2. verdenskrig.

Heller ikke denne bestemmelsen skulle vise seg å være tilfredsstillende. Enkelte grupper, blant annet geriljasoldater, falt fortsatt utenfor begrepet lovlig stridende da et sentralt ledd i selve geriljaføringens strategi som sagt er å skjule seg blant og identifisere seg med sivile. Dette førte til at man i 1977 fikk artikkel 44 som utelot de fire vilkårene som følger av både konvensjonen artikkel 4A(2) og Landkriksreglementet artikkel 1. Denne bestemmelsen er en tydelig kompromissløsning⁵⁷. Dette da det av hensyn til sivilbefolkning er en fordel og trygghet at fienden kan skille mellom dem og geriljasoldatene.

Artikkel 44 sier de stridende er forpliktet til å skille seg ut fra sivilbefolkningen når de deltar i et angrep, eller en militær operasjon til forberedelse av et angrep. Så langt er artikkel 44 bare en stadfestelse av konvensjonens artikkel 4A(2). Artikkel 44 sier dog videre ”..hvor en væpnet stridende på grunn av fiendtlighetenes art ikke kan skille seg ut fra sivilbefolkningen, skal han beholde sin status som stridende, forutsatt at han i slike situasjoner bærer sine våpen åpent:

- a) under hver militær trefning, og
- b) under den tid han er synlig for motparten mens han deltar i en militær deployering forut for et angrep som han skal ta del i.”

Overholdes ikke disse kravene, følger det av tilleggsprotokollen artikkel 44, at vedkommende mister sin rett på krigsfangestatus dersom han faller i fiendens hender. Det må her presiseres at vedkommende kun mister sin status som krigsfange dersom han faller i fiendens hender mens han er i ferd med å begå brudd på bestemmelsen. Tas han til

⁵⁷ Jf ICRC, Commentary to protocol (I) additional to the Geneva Conventions, s. 520.

fange etter dette tidspunktet kan han dømmes for bruddet, men skal da ikke fratras sin status som krigsfange. Dette er en meget fordelaktig bestemmelse for geriljasoldater da disse ofte ikke tas til fange under selve kampsituasjonen, men under etterfølgende aksjoner.⁵⁸

Når det gjelder forståelsen av ”å bære våpnene åpent”, vises det til det som er sagt ovenfor s.35.

Med deployering må dette trolig forstås som enhver bevegelse frem til det sted hvorfra et angrep skal settes til verk⁵⁹.

3.3.3.3 Kategori 3

Den tredje kategorien omfatter:

”Medlemmer av regulære væpnede styrker som påberoper seg en regjering eller en myndighet som ikke er anerkjent av den makt som har dem i sin varetekt.”

Under 2. verdenskrig nektet enkelte stater å anerkjenne stridende enheter som krigførende dersom de tilhørte en myndighet disse statene ikke anerkjente som stater.

Uttrykket ”medlem av regulære væpnede styrker” finner vi igjen i artikkel 4A(1). De regulære styrkene i denne kategorien skiller seg fra de styrker referert til i kategori 1 kun i ett henseende; myndighetene de har erklært troskap til er ikke anerkjent av motparten i konflikten.

Disse regulære styrkene har den samme materielle karakter og egenskaper som de væpnede styrker i kategori 1. De bærer uniform, organisert hierarkisk og respekterer lovene og sedvanene i krigens folkerett. Vilkårene i kategori 2 a-d var det derfor ikke behov for å ta med i kategori 3, men de gjelder altså også her.

⁵⁸ Jf Ruud, Innføring i krigens folkerett, s. 211.

⁵⁹ Jf Ruud, Innføring i krigens folkerett, s. 210.

Det særegne ved disse styrkene er at fra motpartens synspunkt opererer de ikke direkte under en part i konflikten i henhold til artikkel 2.

En løsning for å få disse styrkene legalt innenfor konvensjonen var å assosiere dem med en krigførende som kjempet mot vedkommende part. Under 2. verdenskrig aksepterte Tyskland denne ordningen og så på den frie franske styrken som stridende for England. Konferansen for statlige eksperter godtok også denne løsningen.⁶⁰

For å utelukke mistolkning som kunne lede til dannelser av væpnede bander, spesifiserte utkastet til 1949 konvensjonen at slike styrker må erklære troskap til en regjering eller myndighet som ikke er anerkjent av motparten. Det er ikke eksplisitt sagt at regjeringen eller myndigheten må anerkjennes av en 3.stat, men dette vilkåret er i tråd med formålet med bestemmelsen som ble utarbeidet med tanke på styrken til general de Gaulle som under 2. verdenskrig kjempet mot tyskerne.

Det er også nødvendig at denne makten som ikke er anerkjent av motparten, ser på seg selv som representant for en av konvensjonens parter eller erklærer at den aksepterer forpliktelsene som er stilt i konvensjonen og ønsker å følge disse.

Bestemmelsen inkluderer videre væpnede styrker som fortsetter operasjoner under ordre fra en regjering i eksil som ikke er anerkjent av motparten, men som er gitt gjestfrihet fra en annen stat. I ICRCs synspunkt dekkes også væpnede styrker som fortsetter å kjempe i en nasjonal skanse under ordre fra en myndighet som har hovedkvarter i den del av landet mens okkupanten har anerkjent en regjering som kanskje/ kanskje ikke støtter dem i den del av landet som er okkupert av deres tropper.⁶¹

⁶⁰ Jf Commentary, s.63.

⁶¹ Jf Commentary, s. 63-64.

3.3.3.4 Kategori 4

Den fjerde kategorien omfatter:

”Personer som følger de væpnede styrker uten direkte å tilhøre disse, så som sivile medlemmer av militærflys besetninger, krigskorrespondenter, leverandører, medlemmer av arbeidsgrupper eller avdelinger som sørger for de væpnede styrkers velferd, på betingelse av de væpnede styrker som de følger, har gitt dem samtykke hertil; i dette øyemed skal de av disse utstyres med et identitetskort i samsvar med vedlagte utkast;”

Denne bestemmelsen er en oppdatert versjon av artikkel 81 fra 1929 konvensjonen som igjen var basert på artikkel 13 i landkrigsreglementet.

Konferansen for statsekspertene mente teksten fra 1929 var foreldet og måtte omfatte flere grupper personer som det under 2. verdenskrig var visse problemer med å klassifisere.

Artikkel 4A(4) garanterer krigsfangestatus for personer som oppholder seg hos de væpnede styrkene i krigssonen, uten direkte å være medlemmer av disse styrkene. Noen av de persongrupper bestemmelsen omfatter er sivile medlemmer av militærflys besetninger, krigskorrespondenter og leverandører.

Listen som gis indikerer bare hvilke personer som omfattes. Den er ikke ment å være uttømmende. Teksten omfatter dermed flere kategorier av personer som kan følge en væpnet styrke.⁶²

Det er en betingelse at de personer det her er tale om har fått samtykke til å følge de væpnede styrker for at de skal ha rett til krigsfangestatus.

Statsekspertene på konferansen, i likhet med utkastet av artikkel 81 fra 1929 konvensjonen, beholdt systemet med at kun personer med id- kort⁶³ fikk status som krigsfange.

⁶² Jf Ruud, Kombattantbegrepet og status som krigsfange, s. 18.

⁶³ jf vedlegg IV A til tredje Genèvekonvensjon.

Diplomatkonferansen i 1949 vedtok ikke denne versjonen. De mente det avgjørende skulle være stillingen personen hadde. Om han hadde id- kort skulle ikke være av avgjørende betydning, men ga en ekstra sikkerhet.⁶⁴ Dette kom som et resultat av erfaringer fra 2. verdenskrig hvor personer som hadde mistet id- kortet ble nektet status som krigsfange. Resultatet ble til slutt en mer fleksibel bestemmelse hvor id- kort ikke var en nødvendig betingelse for å få status som krigsfange, men tjente som bevis. Id- kort tilsvarer en soldats uniform eller en partisans armbind. Hvis tvil, skal spørsmålet avgjøres i samsvar med Genèvekonvensjonen artikkel 5, jf kapittel 4.

3.3.3.5 Kategori 5

Den femte kategorien omfatter:

”Medlemmer av besetninger fra handelsflåten, herunder skipsførere, loser og læregutter, og fra den sivile luftflåte, som hører til partene i konflikten, og som ikke nyter godt av gunstigere behandling i kraft av andre folkerettsbestemmelser;”

Tidligere var det allment akseptert at i krig kunne besetningen fra handelsflåten tas til fange og de hadde da krav på status som krigsfange.

Dette synspunktet endret seg, og XI Haag konvensjonen av 1907 fikk inn en bestemmelse som tvert imot sa besetningen av handelsflåten ikke kunne tas som krigsfanger på betingelse av at de formelt skriftlig lovet å ikke ta del i krigsoperasjoner. Dette følger av artikkel 6. Artikkel 7 i samme konvensjon sier det da er forbudt for den annen part å benytte slike personer i sådan tjeneste.

Det er vel kanskje ikke overraskende at disse reglene har vært lite respektert i praksis. Besetninger fra handelsflåten under 1. verdenskrig viste at disse betingelsene var foreldet.

⁶⁴ Jf Commentary, s. 64-65 og Ruud, Innføring i krigens folkerett, s. 207.

Selv om det ikke var meningen at disse sjømennene skulle ta en aktiv del i fiendtlighetene, var de bevæpnet og kunne/ hadde anledning til å delta.

Det var likevel ikke meningen å godkjenne denne praksisen da konvensjonen ble nedtegnet i 1929. Under 2. verdenskrig ble likevel disse sjømennene utsatt for samme praksis som under 1. verdenskrig. Fangede sjømenn ble noen ganger behandlet som krigsfanger, andre ganger som sivile fanger.

Man fant dermed ut at det beste var å gå tilbake til den tidligere praksis om å la slike personer få status som krigsfanger, da de faktisk hadde anledning til å delta i konflikten, og i praksis ofte ble tatt til fange av denne grunn.

Resultatet ble at slike sjømenn fikk status som krigsfanger etter 1949- konferansen. Det ble da også tatt inn medlemmer av de sivile flybesetninger i denne kategorien.

Uttrykket ”medlem av besetningen” må trolig forstås slik at det kun dekker medlemmer av handelsflåten som har mønstret om bord på et skip, men ikke de som har avsluttet sin kontrakt og er om bord som passasjer eller de som er på perm.⁶⁵

Skipsførere, loser og læregutter er spesielt nevnt. Dette for å avskjære mulige innskrenkende fortolkninger av uttrykket ”besetninger”.

Fiskere faller utenfor da artikkel 3 i den XI Haagkonvensjon fra 1907 sier fiskebåter ikke kan kapres.

Uttrykket ”som ikke nyter godt av gunstigere behandling i kraft av andre folkerettsbestemmelser” refererer til artikkel 6 i XI Haagkonvensjonen som altså sier besetningen av handelsflåten ikke kan tas som krigsfanger. Det er dog ikke så mange stater som har ratifisert denne.

⁶⁵ Jf Commentary, s. 66.

3.3.3.6 Kategori 6

Den sjette kategorien omfatter:

”Befolkningen på et ikke-okkupert⁶⁶ territorium som, når fienden nærmer seg, spontant griper til våpen for å kjempe mot invasjonstroppene uten å ha fått tid til å organisere seg i regulære væpnete styrker, hvis den bærer våpnene åpent og respekterer krigens lover og sedvaner.”

Befolkningen på et ikke-okkupert område, som spontant griper til våpen når fienden nærmer seg, skal også ha krav på status som lovlig stridende og krigsfangestatus. Dette fulgte også av Landkriksreglementet artikkel 2.

Selv om situasjonen beskrevet i artikkel 2 i Landkriksreglementet nesten aldri oppstod under 2. verdenskrig, ble betingelsene altså beholdt og tatt inn i den tredje Genèvekonvensjonen artikkel 4A(6).

Slike ”levèe en masse” er nok mindre praktisk under nåtidens krigføringer. Det er lite trolig at befolkningen på et område overhodet vil finne det hensiktsmessig å forsøke å yte spontan væpnet motstand mot en fiendtlig militærmakt. I alle fall gjelder dette hvor kampene vil måtte foregå på åpne områder. Noe annerledes kan det stille seg i byområder, hvor befolkningen ennå i dag kanskje vil kunne ha en viss mulighet til effektivt å bekjempe en inntrenger. Et tenkelig eksempel er at lokalbefolkningen spontant gjør motstand mot en mindre militær enhet, for eksempel fallskjermstyrker som plutselig innfinner seg i lokalmiljøet. Mot mer massive styrker, utstyrt med moderne våpen og kjøretøy, virker derimot ”levèe en masse” lite praktisk i dag.

I enkelte kriger, hvor mer elementære krigføringsmetoder anvendes, vil man derimot fortsatt kunne nytte seg av ”levèe en masse”.

⁶⁶ Den norske oversettelsen i Overenskomster vedrørende krigens rett, utgitt av Utenriksdepartementet, inneholder her en tydelig skrivefeil. Fremgår klart av originalspråket at det skal være ikke-okkupert (non-occupied) og ikke ”okkupert”.

I følge denne bestemmelsen er det ikke nødvendig at befolkningen som tyr til våpen er blitt overrasket av invasjon. Kategori 6 er også anvendelig ovenfor en befolkning som har blitt advart, men som ikke har hatt tid til å organisere seg i henhold til kategori (1) og (2).

To av vilkårene som stilles til motstandsbevegelser etter artikkel 4A(2) er derimot ikke spesifisert i denne bestemmelsen, 4A(6), og den type motstand som gjøres etter denne. Her er det ikke snakk om ordinære motstandsbevegelser, men spesielle tilfeller hvor befolkningen i et territorium ikke har hatt tid til å organisere seg.

Første tilleggsprotokoll artikkel 43 kom som nevnt inn og erstattet konvensjonens artikkel 4A(2) slik at de fire vilkårene konvensjonen oppstiller i forhold til motstandsbevegelser ikke lenger kommer til anvendelse. Dette er ikke tilfellet når det gjelder kategori 6. Tilleggsprotokollen har ingen regler som omhandler "levée en masse". Man må derfor legge konvensjonens tekst til grunn.

De to vilkårene det her er snakk om er å ha en leder ansvarlig for sine underordnede, og at de må ha et lett gjenkjennelig merke.

Siden det ikke er et krav om å bære et lett gjenkjennelig merke, er det spesielt viktig å bære våpnene åpent, og dette har derfor en mer presis forståelse her enn i kategori (2). Denne bestemmelsen er i de stridenes egen interesse, da disse må være gjenkjennelige for å ha krav på behandling som krigsfange.

Det må til slutt understrekes at "levée en masse" bare kan anses å eksistere en kort periode, dvs. under den faktiske invasjonen. Hvis motstand opprettholdes, må befolkningen erstattes av regulære styrker eller de må inkorporeres i slike. De som fortsetter kampen i slike tilfelle må med andre ord oppfylle de generelle betingelsene i tilleggsprotokollen artikkel 43 og 44, dersom de vil gjøre krav på begrepet lovlig stridende og ha rett på status som krigsfange.

3.4 Paragraf B

3.4.1 Innledning

I tillegg til personer som faller inn under en av de seks kategoriene under paragraf A, følger det av paragraf B at ytterligere to grupper til skal omfattes.

3.4.1.1 Kategori 1

Den første gruppen omfatter:

”Personer som hører til eller har hørt til det okkuperte lands væpnede styrker når okkupasjonsmakten, selv om den opprinnelig hadde satt dem fri mens fiendtlighetene fortsatte utenfor det territorium som den okkuperer, på grunn av denne tilknytning finner det nødvendig å la dem internere, særlig etter et mislykket forsøk fra disse personers side på igjen å slutte seg til de væpnede styrker som de hører til og som fortsatt tar del i kampen, eller når de ikke etterkommer en oppfordring til dem om å la seg internere.”

Denne bestemmelsen gjør konvensjonen anvendelig på en gruppe personer som tidligere ikke var spesielt inkludert i tradisjonell folkerett. Denne gruppen er demobilisert militært personell i okkupert område som er arrestert av okkupanten pga deres tjenester i den væpnede styrken i den okkuperte staten.

Under 2. verdenskrig arresterte okkupanten av sikkerhetshensyn ofte demobilisert militært personell i okkupert område, særlig offiserer. Disse ble gitt krigsfangestatus, men vanligvis bare etter gjentatte representasjoner av ICRC og den aktuelle myndighet. Ofte ble de meget hardt behandlet, enkelte også henrettet uten rettergang. Dette harmonerte dårlig med bestemmelsen i artikkel 93 som sier krigsfanger som blir tatt under fluktforsøk bare kan

straffes med disiplinærforføyninger. At demobilisert militært personell ble hardere straffet enn krigsfanger etter fluktforsøk var ikke tilfredsstillende.

ICRC foreslo dermed at bestemmelsen eksplisitt skulle omfatte disse personene, noe konferansen støttet.⁶⁷

Denne bestemmelsen utfyller artikkel 42- 56 i Landkriksreglementet fra 1907. Utfyllelsen gjelder forhold hvor fiendtlighet fortsetter utenfor det okkuperte området, enten mot staten som okkupantene hører til, eller mot denne statens allierte.

3.4.1.2 Kategori 2

Den andre gruppen omfatter:

”Personer som hører til en av de grupper som er nevnt i denne artikkel og som nøytrale eller ikke- krigførende makter har tatt imot på sitt territorium og som de etter folkeretten er forpliktet til å internere, under forbehold av enhver gunstigere behandling som disse makter måtte finne det hensiktsmessig å tilstå dem, og med unntak av bestemmelsene i artiklene 8, 10, 15, 30, femte ledd, 58- 67, 92, 126, og, hvis det er diplomatisk forbindelse mellom partene i konflikten og vedkommende nøytrale eller ikke- krigførende makt, de bestemmelser som angår beskyttermakten. Når det er slik diplomatisk forbindelse, skal de parter i konflikten som personene hører under, ha adgang til for disses vedkommende å utøve de funksjoner som etter denne konvensjon tilligger beskyttermaktene, uten at dette får noen konsekvenser for de funksjoner som partene normalt utøver i henhold til diplomatiske og konsulære sedvaner og traktater.”

Forpliktelsen til å behandle fanger i nøytrale land som krigsfanger setter bare et minstekrav til behandlingen. Erfaring viser at militære fanger er stort sett bedre behandlet i nøytrale stater enn i fiendens områder.

⁶⁷ Jf Commentary, s. 68.

Bestemmelsen sier at dersom det er en diplomatisk forbindelse mellom den nøytrale eller ikke- krigførende stat og partene i konflikten, skal diplomater tilhørende konflikten ha adgang til å utføre de funksjoner som etter denne konvensjonen gis beskyttermakten i forhold til "sine" fanger.

Ved første øyekast virker teksten klar, men det foreligger uoverensstemmelse med første setning som henviser til artikkel 8, 10 og 126. Dette er prinsipielle bestemmelser om beskyttermaktens funksjoner og gir beskyttelsesmakten rett til granskning.

Gir setningen diplomater adgang til å utføre funksjonene etter artikkel 8, 10 og 126, eller ikke?

ICRCs synspunkt er det sistnevnte⁶⁸. For fangene er en nøytral stat ikke fiende og begrunnelsen som rettferdiggjør nøytral beskyttelse av krigsfanger er ikke lenger til stede. Det var trolig likevel ikke ønske å utelukke granskning av fengselsforholdene av en 3. part, og samtidig overdra retten til granskning til den makten fangene er avhengige av.

Konklusjonen må være at uttrykket "utøve de funksjoner som etter denne konvensjonen tilligger beskyttelsesmaktene", inkluderer alle bestemmelsene som gjelder beskyttelsesmaktens funksjoner med unntak av de som følger av artikkel 8, 10 og 126. Selv om funksjonene i artikkel 8, 10 og 126 holdes utenfor er det en rekke viktige funksjoner igjen for diplomatene.

Spørsmålet er hvem som skal utføre disse funksjonene dersom det ikke foreligger noen slik diplomatisk forbindelse mellom den nøytrale stat som holder fangene og fangenes hjemstat. Dersom beskyttelsesmakten ikke har noen diplomatiske forbindelser til den nøytrale eller ikke- krigførende stat hvor fangene sitter, må det oppnevnes en erstatte for beskyttelsesmakten, eksempelvis en uavhengig humanitær organisasjon.⁶⁹

En reservasjon må dog gjøres. Artikkel 126 er som nevnt ikke anvendelig, men fjerde ledd i denne bestemmelsen gir ICRC de samme prerogativene som de gitt beskyttelsesmakten.

⁶⁸ Jf Commentary, s. 71.

⁶⁹ Jf Commentary s. 72.

Det ville være feil å konkludere ut fra dette at delegatene fra ICRC ikke kunne utføre sine oppgaver på vegne av de internerte holdt i et nøytralt eller ikke- krigførende land.

Artikkel 9, også kalt ”den gyldne regel”, sier denne konvensjonens bestemmelser ikke skal hindre humanitær aktivitet som ICRC eller noen andre uavhengige organisasjoner utfører for å beskytte krigsfanger.

Man må også huske begrunnelsen for denne bestemmelsen. Den eneste grunnen til at beskyttelsesmakten ikke kan gripe inn, er fordi fangene ikke lenger er i fiendens hender. Det var ikke intensjonen da denne teksten ble utarbeidet å hindre humanitær inngripen fra Røde Kors på vegne av fangene.⁷⁰

3.5 Paragraf C

”Denne artikkel får ingen virkning for legepersonells og geistliges status slik den er fastlagt i denne konvensjons artikkel 33.”

Artikkel 4 kommer ikke til anvendelse på disse. Det henvises i stedet til artikkel 33 som summarisk gjentar de relevante bestemmelser i første og andre Genèvekonvensjon.

Disse grupper av personer skal som hovedregel sendes tilbake til den part de tilhører. Dersom de holdes tilbake vil dette være for å yte bistand til krigsfangene vedkommende part har i sin varetekt. I så fall skal legepersonell og geistlige som et minimum ha de samme rettigheter som krigsfanger.

⁷⁰ Jf Commentary, s. 72.

3.6 Konsekvensen av krigsfangestatus

Hva konsekvensene, fordelene og ulempene ved krigsfangestatus er, beror på hvilke side man befinner seg på. Om man tar til fange, eller blir tatt til fange.

For den part som tar krigsfanger er formålet å beskytte seg selv. Å ta fiendens stridende til fange gjøres ut fra sikkerhetsmessige hensyn.⁷¹ Ved å internere disse, hindrer man dem i å kjempe videre og yte ytterligere motstand på vegne av fienden.

I motsetning til tilfangetakelse slik vi er vant med etter nasjonal rett, er tilfangetakelse av fiendens soldater ikke ment som straff. Tiden de er internert skal dermed heller ikke praktisk være en straff. De er i utgangspunktet ikke tatt til fange på grunn av straffbare handlinger, men kun i sikkerhetsøyemed for å hindre dem i å fortsette kampen. Dersom vedkommende har brutt krigens folkerett, kan han straffes for dette, men statusen som krigsfange skal han likevel beholde med mindre denne tapes etter første tilleggsprotokoll artikkel 44.

For den makt som har tatt personer til fange, har fangenes krigsfangestatus altså den konsekvens at oppholdet ikke må utarte seg i form av straff. Dette innebærer en rekke restriksjoner på den behandling fangene kan utsettes for. Tredje Genèvekonvensjon kommer her inn med en rekke bestemmelser om interneringens start, opphold og avslutning.

For personene som er internerte har krigsfangestatusen først og fremst den konsekvens at handlingene de har begått normalt ikke anses som straffbare, og risikerer således ingen straffesak med etterfølgende straff. Oppholdet skal dermed heller ikke praktisk utarte seg som straff. De har videre krav på den behandling foreskrevet i konvensjonen. Jeg går ikke videre inn på alt hva denne behandlingen innebærer, men noen av de kanskje viktigste rettighetene kan kort nevnes. Dette gjelder retten på human behandling, jf artikkel 13, rett til visse innkvarteringsforhold, jf artikkel 25, og rett til umiddelbar hjemsendelse ved

⁷¹ Jf Ruud, Innføring i krigens folkerett, s. 219-220.

opphør av fiendtlighetene, jf artikkel 118. Fangene trenger heller ikke komme med andre opplysninger enn navn, fornavn, grad, fødselsdato og matrikkelnummer eller tilsvarende opplysninger, jf artikkel 17.

Status som krigsfange fremstår altså i motsetning til vanlig fange som noe positivt. Det er ikke ment som straff og gir en lang liste med rettigheter.

Kanskje den største ulempen ved å ha status som krigsfange er uvissheten når det gjelder tidsrommet man kan holdes fanget. Krigsfangene skal frigis ”uten opphold” etter at fiendtlighetene er avsluttet, jf artikkel 118. Under konflikten kan partene derimot utfra formålet holde på krigsfangene.

Hvor lenge en konflikt vil pågå er som regel umulig på forhånd å fastslå. I verste fall kan man dermed kunne risikere å sitte fengslet på livstid.

4 ARTIKKEL 5

4.1 Innledning

Bestemmelsene i artikkel 4 og tilleggsprotokollen artikkel 43 og 44 er ikke klare på alle punkter. I mange tilfelle vil det kunne oppstå tvil om en person har krav på krigsfangestatus eller ikke.

Konvensjonens artikkel 5 og første tilleggsprotokoll artikkel 45 søker å løse disse situasjonene.

4.2 Generell bestemmelse for anvendelsesområde og varighet

Artikkel 5 er den essensielle bestemmelsen som forhindrer forvandlingen av krigsfanger til slaver.

Det følger av bestemmelsens ordlyd at den kommer til anvendelse straks de er falt i fiendens hender, uten unntak. Fanger i varetekt, i transitt- eller sorteringsleire omfattes dermed også.

Konvensjonen kommer til anvendelse til fangene er endelig frigitt og hjemsendt. Tidspunktet for når de må være frigitt og hjemsendt følger av artikkel 118 (første ledd) som sier krigsfanger skal bli frigitt og hjemsendt uten opphold etter de aktive fiendtligheters opphør.

Med endelig frigitt og hjemsendt menes at fangene må fortsette å bli behandlet som krigsfanger til de er tilbake til den situasjon de var i før de ble tatt til fange⁷². Dette kan medføre at en krigsfange blir hjemsendt til et okkupert land og at okkupanten derfor ønsker å ta noen forholdsregler av sikkerhetshensyn.

I henhold til artikkel 4B(1) skal slikt militært personell bli behandlet i henhold til konvensjonen hvis de blir tatt til fange på nytt.

En dypere drøftelse av fangenskapets opphør, ligger utenfor denne oppgaven.

En kategori av militært personell som under 2. verdenskrig var nektet fordelene Genèvekonvensjonen gir, var de tyske og japanske troppene som falt i fiendens hender da deres land kapitulerte i 1945.

Disse ble ikke beskyttet av bestemmelsene i 1929- konvensjonen vedrørende krigsfanger. De allierte mente at betingelsesløs overgivelse innbar frie tøyler for anholdelsesmakten når det gjaldt behandlingen av militært personell som falt i deres hender som følge av kapitulasjonen. Dette da ordlyden denne gangen var "fanget" og ikke det videre begrepet "falt i fiendens hender" som kom inn i 1949.

Disse soldatene var ofte i en meget forskjellig situasjon enn deres kamerater som hadde blitt tatt til fange under fiendtligheten, siden de ofte ikke engang hadde gått i kamp mot fienden⁷³.

⁷² Jf Commentary, s. 74.

⁷³ Jf Commentary, s. 75.

Selv om behandlingen som ble gitt de overgitte fra fiendens personell stort sett var rimelig bra, var det visse ulemper. Disse fangene ble fratatt deres personlige eiendeler uten noen form for kvittering, de hadde ingen talsmann som representerte dem ovenfor anholdelsesmakten, offiserer fikk ikke betalt og andre, selv om de ble tvunget til å arbeide fikk ingen lønn⁷⁴. Under en straffesak hadde de ingen av fordelene/ rettighetene som følger av Genèvekonvensjonen. Viktigst av alt så hadde disse fangene ingen juridisk status og var helt overlatt til seierherrens barmhjertighet.⁷⁵

En annen kategori militært personell som tidligere var fratatt krigsfangestatus var de anklaget for brudd på krigens folkerett. De viktigste krigsforbryterne slik som de under Nürnberg, nøt godt av prosessuelle rettigheter og mottok behandling som var minst like bra som de som gis fanger etter alminnelig rett. På den annen side, et stort antall av militært personell anklaget for mindre forbrytelser var fratatt disse fordelene og mottok ikke slik behandling som følger av Genèvekonvensjonen.

Den nye konvensjonen bekjemper slik tilbaketrekking av fordeler og bestemmer i artikkel 85 at krigsfanger anklaget for handlinger begått før de ble tatt til fange, skal beholde også hvis de dømmes, de fordeler som følger av konvensjonen.

Til slutt må det nevnes at krigsfanger som ble fanget på ny etter rømningsforsøk ble noen ganger sendt til leire for politiske fanger og ble derfor fullstendig ekskludert fra beskyttelsen av 1929- konvensjonen⁷⁶. Dette var et grovt brudd på det veletablerte prinsippet om at slike krigsfanger ikke skal bli utsatt for mer enn disiplinærstraff. Dette prinsippet er nå slått fast i artikkel 92.

⁷⁴ Jf tredje Genèvekonvensjon artikkel 18, 79, 49 og 62.

⁷⁵ Jf Commentary s. 76.

⁷⁶ Jf Commentary s. 76.

4.3 Personer hvor det er tvil om statusen

Artikkel 5 forutsetter at spørsmålet om en persons rett til krigsfangestatus i tvilstilfelle må avgjøres av en domstol eller et forvaltningsorgan. Inntil en slik avgjørelse er truffet skal vedkommende behandles som krigsfange i samsvar med reglene i tredje Genèvekonvensjon. Denne regelen er gjentatt i første tilleggsprotokoll artikkel 45. Det vil i disse saker alltid være interneringsstatens organer som skal treffe avgjørelsen⁷⁷. Det finnes ingen internasjonal domstol som kan ta slike avgjørelser.

Grunnen til at man ønsker domstolsavgjørelse om dette spørsmål, er at dette selvsagt er meget viktig avgjørelse for den personen det gjelder. Det er ikke bare spørsmål om hvilken behandling han vil ha krav på under fangenskapet, langt viktigere er det at avgjørelsen har klar betydning for spørsmålet om i hvilken grad han kan settes under straffeforfølgning for sin deltagelse i krigen. Første tilleggsprotokoll artikkel 45(2) foreskriver da også at spørsmålet om krigsfangestatus bør avgjøres før en eventuell straffesak tas opp til behandling⁷⁸.

I 1949 ble det først foreslått av hensyn til presisjon at uttrykket ”ansvarlig myndighet” skulle erstattes med ”militær domstol”.

Dette tillegget var basert på det synspunkt at avgjørelser som kunne ha de alvorligste konsekvenser burde ikke bli overlatt til en person som ofte kunne ha underordnet militær grad. Saken burde føres i en rettssak siden personer som deltar ulovlig i kampen kan bli dømt for drap eller drapsforsøk og kan også risikere dødsstraff.

Dette forslaget ble ikke enstemmig vedtatt. Det å bringe noen inn for en militær domstol kunne medføre mer seriøse konsekvenser enn en avgjørelse om å frarøve ham rettighetene etter konvensjonen.

⁷⁷ Jf Ruud, Innføring i krigens folkerett, s. 217.

⁷⁸ Jf ”..Når det er mulig i henhold til gjeldende rettergangsmåte, skal denne avgjørelse (spørsmålet om krigsfangestatus) treffes før selve straffesaken tas opp til domstolsbehandling.”

Et nytt tillegg ble derfor lagt til teksten hvor avgjørelsen angående en persons status skulle avgjøres av en kompetent domstol, ikke nødvendigvis en militær domstol⁷⁹.

5 Dagens situasjon

5.1 Innledning

Vi har nå sett på bestemmelsenes innhold og utvikling, men hvordan fungerer de så i praksis? I hvilken grad overholdes de, og hvilke tiltak gjøres for å sørge for at de i størst mulig grad etterleves?

I det følgende blir det som er sagt om krigsfanger etter Genèvekonvensjonen og første tilleggsprotokoll, forsøkt knyttet opp mot dagens situasjon. Det blir i denne forbindelse sett på forholdene ved Guantanamo- basen, men også hvordan norske soldater kan bli eller blir berørt.

Valget av Guantanamo skyldes, som vi skal se, dette fengselets spesielle plassering og dermed de spesielle spørsmålene som reiser seg ved avgjørelsen av fangenes status. Videre er det en tankevekker at dette er et fengsel ledet av en demokratisk stat, som vi i mange henseender liker å sammenligne oss med.

Det blir til slutt sett på tiltak i og utenfor det norske forsvaret med tanke på å legge forholdene mest mulig til rette for etterlevelse av folkerettsforpliktelsene.

Andre forhold ved Guantanamo, politiske spørsmål og spørsmål knyttet til amerikansk intern rett faller utenfor denne oppgaven.

⁷⁹ Jf Commentary, s. 77.

5.2 Guantanamo

Det spesielle med Guantanamo er denne basens geografiske plassering, en amerikansk militærbase på cubansk grunn, leaset siden 1903⁸⁰.

Januar 2002 ble de første fangene sendt til Guantanamo.

Her har flere hundre fanger av forskjellig nasjonalitet vært internert i lang tid. De fleste uten en rettslig avklaring av sin status⁸¹.

Det er fra flere hold rettet massiv kritikk vedrørende forholdene på Guantanamo⁸². Dette gjelder blant annet interneringsforholdene og den fysiske behandlingen fangene får. Det interessante i forhold til denne oppgavens tema er derimot mangelen på avklaring av disse fangenes status. Det følger av grunnleggende menneskerettigheter at ingen kan holdes fengslet uten lov eller dom, jf SP art 9.

Som eneste internasjonale organisasjon, har ICRC fått anledning til å besøke fangene. Dette med hjemmel i tredje Genèvekonvensjon artikkel 126 og artikkel 3.

5.3 Problemstillingen i forhold til retten til status som krigsfange

I forhold til problematikken med de internertes status, må det først og fremst skilles mellom personer anholdt under en internasjonal væpnet konflikt, og de anholdt under en ikke-internasjonal væpnet konflikt.

⁸⁰ Jf US Treaty Series No. 426 og 866.

⁸¹ Jf artikkel av ICRC 30. april 2005.

⁸² Blant annet fra Amnesty International, Røde Kors og norske myndigheter, jf Innst.S.nr.177 (2002-2003).

Med internasjonal væpnet konflikt menes en konflikt som foregår mellom to eller flere stater⁸³. Dette da statene kun vil innrømme andre stater status som krigførende, og kun disse staters soldater som lovlig stridende. Som behandlet ovenfor i kapittel 3.2 er det bare disse som har rett på krigsfangestatus.

Som nevnt i kapittel 2.5 kommer tredje Genèvekonvensjon kun til anvendelse i en internasjonal væpnet konflikt⁸⁴. Foreligger ikke en slik konflikt, kommer med andre ord heller ikke bestemmelsene vedrørende krigsfanger til anvendelse. De anholdte vil da bli behandlet som sivile og eventuelt stilt for en sivil straffedomstol.

Den viktigste forskjellen her ligger i de eventuelle begåtte handlingenes lovlighet⁸⁵.

Når det gjelder konflikten som gjerne blir kalt ”krigen mot terrorisme”, ledet av USA, er dette i seg selv ikke en internasjonal væpnet konflikt. Dette er en krig mot terrorisme, ikke mot en eller flere stater. Deler av denne ”krigen” faller likevel innenfor definisjonen av en internasjonal væpnet konflikt. Det avgjørende er om USA er i konflikt med en stat eller med terroristgrupper.

Under de konflikter som er å anse som internasjonale væpnede konflikter, kommer følgelig Genèvekonvensjonen til anvendelse. I de øvrige konfliktene må man falle tilbake på reglene om ikke internasjonal væpnet konflikt. Hovedprinsippene for gjennomføringen av stridshandlingene blir dog de samme. Hovedforskjellen blir at de anholdte ikke har krav på status som krigsfange og straffrihet for ellers lovlige krigshandlinger. Begge parter er imidlertid forpliktet til å behandle fanger humant⁸⁶.

To konflikter under ”krigen mot terrorisme” må anses som internasjonale væpnede konflikter. Disse pågikk i Afghanistan og Irak. USA har fortsatt soldater i disse områdene, men de er nå ikke lenger å anse som internasjonale væpnede konfliktområder.

⁸³ Jf Commentary, s. 23.

⁸⁴ Jf Genèvekonvensjonen artikkel 2.

⁸⁵ Jf det som er sagt om straffrihet under kapittel 3.2.2.

⁸⁶ Jf Dahl. Håndbok i militær folkerett, s. 34.

Tidsrommet hvor konflikten folkerettslig var å anse som en internasjonal væpnet konflikt, var noe enkelt sagt fra USA gikk inn i Afghanistan og Irak, og frem til disse statenes regjeringer var fjernet fra makten. Den nærmere definisjon av en krigs start og opphør ligger utenfor denne oppgaven.

Mens lovligheten av inngangen i Afghanistan er uomstridt da terrorangrepet 11. september ble ansett som et angrep på koalisjonen NATO, noe som utløste et artikkel 5- vedtak⁸⁷, er USAs angrep på Irak noe mer folkerettslig omdiskutert.

En nærmere drøftelse av dette vil også ligge utenfor oppgaven. Poenget er at det uansett dreier seg om en væpnet konflikt mellom flere stater slik at Genèvekonvensjonen kommer til anvendelse. Denne gjelder uavhengig av konflikten folkerettslig status⁸⁸.

Når det gjelder konflikten i Afghanistan pågikk denne noe enkelt sagt frem til Taliban-regimet ble avsatt.

Folkerettslig kunne ikke Taliban sies å være anerkjent som lovlige regjering i Afghanistan, men de facto var situasjonen en annen⁸⁹.

Selv om få stater positivt hadde anerkjent Taliban som lovlige regjering i Afghanistan, fremsto regimet nettopp som dette. De hadde politisk kontroll, hadde militære styrker samt at de i mangel av noe annet fremsto som det eneste alternativ. Det var heller ingen eksil-regjering som hevdet den var statens lovlige regjering, slik som for eksempel den norske London- regjeringen gjorde under 2. verdenskrig.

Som en følge av dette vil Talibansoldater som oppfyller de øvrige vilkårene i Genèvekonvensjonen og første tilleggsprotokoll, anholdt under denne konflikten, ha rett på status som krigsfange etter bestemmelsene i artikkel 4A(3), og tilleggsprotokollen artikkel 43 og 44.

⁸⁷ Jf NATO- pakten av 1949 artikkel 5

⁸⁸ Jf Genèvekonvensjonen artikkel 2 "...denne konvensjonen komme til anvendelse i tilfelle av erklært krig eller enhver (min understrekning) annen væpnet konflikt..."

⁸⁹ Jf Artikkel av Terje Lund, Terroristbekjempelse og folkeretten. Den norske atlantehavskomite, 2003.

Også anholdte medlemmer av al Quaida byr på visse problemer.

Al Quaida- medlemmer kan deles i to hovedgrupper; de som kun tilhører terroristgruppen og dens nettverk, og de som i tillegg har knyttet seg til Taliban.

Medlemmer av den sistnevnte gruppen vil da kunne bli sett på som en militans under Taliban⁹⁰, og vil ved tilfangetakelse ha rett på status som krigsfange. Dette med forbehold om at de oppfyller de øvrige vilkår etter konvensjonen og dens tilleggsprotokoll. Det kan her særlig nevnes avgrensningen mot leiesoldater, jf tilleggsprotokoll artikkel 47.

Dersom et al Quaida- medlem med for eksempel pakistansk statsborgerskap går inn i en slik militans, men med en klart høyere lønn enn vanlig soldatlønn, vil han ikke ha rett på status som krigsfange. Han anses da som leiesoldat i henhold til artikkel 47.

Medlemmer av al Quaida uten tilknytning til Taliban, vil derimot ikke ha rett på krigsfangestatus, men bli behandlet som sivile. Uavhengig om det er en internasjonal væpnet konflikt, eller ikke.

Stridende personer anholdt i eller utenfor en internasjonal væpnet konflikt, og som ikke kan defineres som krigsfange, er å anse som sivile, eventuelt også kriminelle, og skal behandles deretter. Dette medfører at de skal stilles for sivile straffedomstoler da de ikke er beskyttet av straffriheten slik lovlig stridende er.

Som tidligere nevnt vil blant annet kravet til human behandling fortsatt gjelde⁹¹.

En modifikasjon må dog gjøres i forhold til personer anholdt under en internasjonal væpnet konflikt. Disse skal likevel behandles som krigsfanger inntil en domstol eventuelt vedtar noe annet⁹².

For Guantanamofangene vanskeligjøres statusen ytterligere, ved at USA ikke har ratifisert tilleggsprotokollene. Dette medfører at vilkårene for å få status som krigsfange i utgangspunktet utelukkende fremgår av konvensjonen artikkel 4. Denne er som nevnt

⁹⁰ Jf artikkel 4A(2).

⁹¹ Jf fellesartikkel 3, Torturkonvensjonen av 1984 og menneskerettighetene.

⁹² Jf artikkel 5.

strengere i forhold til blant annet geriljasoldater da alle de fire vilkårene i 4A(2) kommer inn⁹³.

Hva som er å anse som en krigsfange vil dermed være forskjellig avhengig av om man ser det fra et norsk eller amerikansk synspunkt.

En modifikasjon må dog gjøres. Mens tilleggsprotokollen som sådan ikke er å anse som sedvanerett, vil derimot enkelte av bestemmelsene være å anse som sedvanerettsregler og dermed også bindende for stater som ikke har ratifisert protokollen⁹⁴.

Uten å gå nærmere inn på en drøftelse av sedvanerettsreglers eksistens, tyder mye på at artikkel 43 og 44 er å anse som sedvanerettsregler. Dette er blant annet ICRC sitt synspunkt⁹⁵.

5.3.1 Problemstillingen i forhold til Guantanamo

Som nevnt ovenfor er det av avgjørende betydning for fangenes status om de ble anholdt under en internasjonal væpnet konflikt eller ikke.

Det er likevel et jurisdiksjonsspørsmål som har stått for den største utfordringen i forholdet til fangene på Guantanamo.

Fangene på Guantanamo ble i lang tid holdt internert uten noen rettslig avklaring vedrørende deres situasjon. Dette da det fra amerikansk hold, i henhold til en amerikansk høyesterettsdom, *Johnson v. Eisentrager*⁹⁶, ble hevdet at amerikanske domstoler ikke hadde jurisdiksjon på dette området.

Som en følge av dette hevdet USA de befant seg i et juridisk vakuum hvor de internertes status ikke kunne avklares.

⁹³ Jf kapittel 3.3.3.2.

⁹⁴ Jf Dahl, *Håndbok i militær folkerett*, s. 21.

⁹⁵ Jf Henckaerts and Doswald-Beck, *Customary International humanitarian law*, volume I: rules s. 14 flg.

⁹⁶ Jf *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763 (1950)

Dette ble fra flere hold oppfattet som uholdbart. Som et resultat av dette kom en avklaring på området 28. juni 2004 ved dom avsagt av amerikansk høyesterett i saken Rasul v.

Bush.⁹⁷ Høyesterett uttalte her at Eisentragerdommen ikke utelukket at amerikanske domstoler har jurisdiksjon i slike situasjoner som på Guantanamo.

7. juli 2004, som resultat av Rasul v. Bush, uttalte Pentagon at det skulle opprettes militære domstoler som skulle behandle saker angående fangenes status etter Genèvekonvensjonen artikkel 5⁹⁸.

29. mars 2005 hadde alle de internerte på Guantanamo fått avgjort sin status av en domstol. Dette resulterte i løslatelse av 38 internerte mens 520 fikk status som stridende (enemy combatant) og fortsatt holdt internert⁹⁹.

13. november 2001 gav President Bush ordre om opprettelse av en "military commission". Denne trådte i kraft først august 2004. Denne kommisjonens kompetanse og oppfyllelse av folkerettens krav til en domstol, ble det dog satt spørsmålsteget ved i U.S. District Court for the District of Columbia 8. november 2004 i saken Hamdan v. Rumsfeld. Saken er ikke avgjort av høyesterett på nåværende tidspunkt.

Som vi har sett under kapittel 5.3 og 5.3.1, er spørsmålet om hvem som i praksis har rett på krigsfangestatus langt fra uproblematisk. Særlig ser vi dette på Guantanamo.

Noe klart svar og konklusjon på hvorfor disse ikke har fått status som krigsfange er dermed vanskelig å gi utover de drøftelser som er gitt vedrørende bestemmelsene. Det kommer her inn amerikansk nasjonal rett, avgjørelser som må treffes av amerikanske domstoler samt at mye informasjon ikke er offentlig tilgjengelig.

Det man imidlertid kan si, er at det uansett vil ligge et krav i bunn om human behandling for de internerte til en avgjørelse blir truffet.

⁹⁷ Rasul v. Bush, 000 U.S. 03-334, avsagt 28. juni 2004.

⁹⁸ Jf Presseuttalelse fra United States Department of Defense, No. 651-04, July 7, 2004.

⁹⁹ Jf U.S. Department of State, USINFO.

5.3.2 Berører situasjonen norske soldater?

Hva med norske soldaters stilling i denne problematikken?

Norge har i dag soldater som tjenestegjør i Afghanistan og Irak. I Irak gjelder dette stabsoffiserer hvor problematikken ikke kommer inn i samme grad. Når det gjelder Afghanistan har Norge soldater fordelt på to forskjellige operasjoner. ISAF¹⁰⁰ - styrker under NATO, og spesialstyrker under det amerikanske oppdraget ”Operation Enduring Freedom”, OEF¹⁰¹, hvor oppgaven er å bekjempe terrorisme.¹⁰²

Spørsmålet som er blitt reist fra flere hold, er om norske soldater er utsatt for å komme i situasjoner hvor norsk lov og norske forpliktelser etter folkeretten blir brutt. Spørsmålet er en følge av at Norge ikke har noen anledning til å holde fanger i Afghanistan. Dette medfører at dersom norske soldater skulle anholde personer i Afghanistan, vil disse måtte overleveres til andre. Problemstillinger er her om dette vil stride med norsk lov og Norges folkerettslige forpliktelser dersom personer anholdt av norske soldater blir overlevert til amerikanske soldater, eller til afghanske myndigheter. Dette da begge disse landene benytter seg av blant annet dødsstraff.

I forhold til Genèvekonvensjonen kan man i en internasjonal væpnet konflikt kun overlevere fanger til en stat som er part av konvensjonen og som er villig og i stand til å anvende og følge konvensjonen¹⁰³. Etter de hendelser som har forekommet i de amerikanske fengslene, vil det kunne stride mot denne bestemmelsen dersom norske soldater overleverte fanger til disse partene under en internasjonal væpnet konflikt.

Mens Norge har ratifisert tilleggsprotokollen, har blant annet USA ikke ratifisert denne. Dette innebærer en potensiell konflikt når det gis ordre til multinasjonale styrker, og vil

¹⁰⁰ International Security Assistance Force

¹⁰¹ Amerikanskledet operasjon med hovedvekt på å nedkjempe al Quaida.

¹⁰² Jf Forsvarets fellesoperative hovedkontor, infoside.

¹⁰³ Jf Genèvekonvensjonen artikkel 12.

kunne bety at norske styrker gjennom et annet lands kommandolinje kan risikere å motta ordre som er i strid med internasjonale forpliktelser. Dette medførte et privat lovforslag om utarbeidelse av klarere retningslinjer for norsk deltakelse i internasjonale militæroperasjoner¹⁰⁴.

Daværende forsvarsminister Kristin Krohn Devold, så seg derimot ikke enig i dette, og gjorde i sitt tilsvarende svar til forslaget rede for forholdene slik hun så dem¹⁰⁵.

Forsvarsdepartementet har også senere gitt uttalelser angående lignende spørsmål¹⁰⁶. Det fremgår av disse uttalelsene at det hittil ikke har vært nødvendig for norske soldater å ta fanger i Afghanistan. Hvis en slik situasjon skulle oppstå, vil norske myndigheter legge til grunn at personen blir behandlet i samsvar med gjeldende folkerettslige forpliktelser.

Dersom norske myndigheter ikke blir tilstrekkelig forsikret om at behandlingen av fanger skjer på den måten som Norge anser dem berettiget til, vil dette måtte tas opp i kontakt mellom myndighetene i Norge og USA.

Norske styrker er underlagt norsk lovgivning, norske folkerettslige forpliktelser og norsk jurisdiksjon uansett hvor i verden de opererer. Når operativ kommando overføres til utenlandsk styrkesjef, er prosedyren at det alltid tas forbehold om at norske styrker ikke kan brukes på en måte som kan være i strid med norsk lov eller norske folkerettslige forpliktelser.

Norske soldater i ISAF- styrken har i utgangspunktet et oppdrag som normalt ikke vil sette dem i en slik situasjon hvor anholdelse blir nødvendig.

¹⁰⁴ Jf Dok.nr.8:76 (2002-2003)

¹⁰⁵ Jf Innst.S.nr.177 (2002-2003)

¹⁰⁶ Jf offentlig dokument fra Forsvarsdepartementet av 09.08.05

5.4 Hvordan unngå slike situasjoner?

I alle de fire Genèvekonvensjonene heter det i artikkel 1 at de kontraherende parter ”forplikter seg til å respektere og sikre respekt for” konvensjonene. I dette ligger at det etter omstendighetene kan være en handleplikt for både å forhindre og i ettertid rapportere om overgrep begått av andre lands personell. Videre er det i henhold til første tilleggsprotokoll artikkel 87 en klar forpliktelse til ”å hindre og om nødvendig å bekjempe og melde fra til kompetente myndigheter om brudd på Konvensjonene og denne Protokoll”. I de nasjonalt fastsatte ”soldatreglene”, som er å anse som bindende instruksjoner fra Forsvarssjefen til alt norsk militært personell, lyder den 10. soldatregel slik: ”Gjør ditt beste for å avverge brudd på krigens lover. Adlyd ikke ordre som krenker disse regler. Rapportør overtredelser til overordnede.”¹⁰⁷

Rapportering er med andre ord et viktig middel i kampen mot brudd på bestemmelsene. Regler om rapporteringsplikt er likevel ikke tilstrekkelig for å unngå brudd. Også andre tiltak er nødvendig.

5.4.1 Tiltak for å sikre etterlevelse av krigens lover

De bestemmelser vi har sett på i denne oppgaven, Genèvekonvensjonen, første tilleggsprotokoll og Landkriksreglementet, er alle regler som setter forbud eller påbud for en bestemt type handling. Slike bestemmelser er ikke tilstrekkelige for å sikre etterlevelse. Dette er bevist gjennom stadige brudd. Forholdene på Guantanamo og Abu Ghraib¹⁰⁸ er bare noen eksempler.

¹⁰⁷ Jf Innst.S.nr.177 (2002-2003)

¹⁰⁸ Abu Ghraib, Irak. Fengsel hvor blant annet tortur og nedverdiggende behandling av fanger er skjedd. Se også Taguba- rapporten.

Erfaring viser at det er et behov for egne bestemmelser som tar sikte på å sikre at disse forbud- og påbudreglene blir fulgt. Det er her først og fremst straffebestemmelser som er av betydning.

Det hjelper likevel lite med et mangfold av regler dersom disse ikke er kjent av de som deltar i krigen. Informasjonsarbeid er et nøkkelord i denne sammenheng.

Når det gjelder USA kan det kort nevnes at Senatet 5. oktober 2005, stemte for senator McCains forslag om klarere regler angående behandling av krigsfanger som følge av tilfellene rapportert fra blant annet Abu Ghraib og Guantanamo¹⁰⁹. Dette er under videre behandling.

5.4.1.1 Undervisning

Genèvekonvensjonene har alle bestemmelser om plikten til å gjøre konvensjonens regler kjent blant folk.¹¹⁰ Spesielt viktig er det selvfølgelig at bestemmelsene er kjent for de militære styrker. Konvensjonen pålegger da også en ubetinget plikt for landene til å gjennomføre undervisning om reglene. Hvor omfattende denne undervisning skal være sies det dog ikke noe om. Dette er overlatt til det enkelte lands skjønn. Det er her dessverre grunn til å tro at en rekke land ikke legger tilstrekkelig vekt på viktigheten av denne undervisningen. I forbindelse med situasjonene på Guantanamo og Abu Ghraib er det kommet uttalelser fra flere hold som tyder på at flere av soldatene manglet grunnleggende kjennskap til Genèvekonvensjonene.

5.4.1.2 Røde Kors

Et annet viktig tiltak for å øke etterlevelse av konvensjonen er det arbeidet som Røde Kors utfører. Betydningen av Røde Kors sitt arbeid er uttrykkelig anerkjent ved at alle

¹⁰⁹ Jf S.Amdt. 1977.

¹¹⁰ Jf artikkel 127

Genèvekonvensjonene har bestemmelser som søker å sikre at bestemmelser ikke tolkes slik at de virker hindrende for det arbeidet Røde Kors og andre humanitære organisasjoner utøver til beste for krigens ofre.¹¹¹ Blant oppgavene som Røde Kors, via den internasjonale Røde Kors komitè (ICRC) utfører, er besøk i interneringsleire for krigsfanger og sivile samt undervisningsarbeid. Rapportene utarbeidet av ICRC i forbindelse med slike fengselsbesøk blir dog ikke offentliggjort. Dette ut fra et hensiktsmessighetshensyn. Fordelen med dette er at samarbeidsviljen blir større fra de stater som blir besøkt. Ulempen er på den andre siden at resten av verden ikke får kjennskap til forholdene og dermed ikke mulighet til å utøve press mot de statene som bryter med folkeretten. Denne konfidensialiteten er dog ikke absolutt. Dersom ICRC finner det hensiktsmessig, kan det i enkelte tilfeller løsnes noe på denne. Rapportene i sin helhet blir derimot ikke offentliggjort¹¹².

5.4.1.3 Granskningskommisjoner

Hvor det forekommer mistanke eller påstander om brudd på krigens folkerett, vil det ofte være uklart hva som faktisk har skjedd. Den part som er beskyldt for brudd vil gjerne benekte dette. I et forsøk på å avdekke hva som faktisk har skjedd, vil en objektiv granskning fra en nøytral part være den løsning begge parter i størst grad vil godta. Partene vil da ofte også rette seg etter denne granskingens konklusjon.

Alle Genèvekonvensjonene har bestemmelser om opprettelse av slike særskilte granskningskommisjoner som skal foreta granskning av påståtte brudd på krigens folkerett¹¹³.

Svakheten ved disse bestemmelsene er at de overlater til partene å bestemme sammensetningen av den aktuelle kommisjon. De krigførende parter må altså inngå en

¹¹¹ Jf artikkel 9

¹¹² Jf artikkel av ICRC 30. april 2005.

¹¹³ Jf fellesartikler GKI 52, GKII53, GKIII 132 og GKIV 149.

avtale om kommisjonens sammensetning og metoder for granskningen. I praksis har dette vist seg å være svært vanskelig.

Da tilleggsprotokollene til Genèvekonvensjonen ble utarbeidet, ble det fremmet forslag om opprettelse av en fast granskningskommisjon som automatisk skulle iverksette gransking av påståtte brudd etter anmodning fra en av partene.

Resultatet finner vi i første tilleggsprotokoll artikkel 90. Kommisjonens kompetanse er her gjort avhengig av erklæring fra statene. En slik erklæring kan gis på forhånd, enten ved ratifisering eller på et senere tidspunkt. Fordelen er at statene da kan avgi erklæring i fredstid slik at man slipper å måtte forhandle seg frem til dette under selve konflikten.

Granskning kan også forekomme av en stat på denne statens eget ønske. Dette var tilfellet ved Taguba- rapporten¹¹⁴.

5.4.1.4 Rapportering

Som nevnt i kapittel 2.2 er håndhevingsorganene i folkeretten dårlig utbygd slik at rapportering blir et sentralt virkemiddel når det gjelder opprettholdelse av staters folkerettslige forpliktelser

Etter Genèvekonvensjonenes fellesartikkel 1, følger det en plikt for partene ”å respektere og sikre respekt” for konvensjonen. I dette ligger en forpliktelse til å rapportere om mulige brudd på konvensjonen dersom dette blir oppdaget.

Også første tilleggsprotokoll artikkel 87 setter krav til partene om bekjempelse av konvensjonsbrudd. Etter denne bestemmelsen nr. 1 ligger det en plikt til bekjempelse og eventuell meldingsplikt til kompetente myndigheter om brudd på konvensjonen eller tilleggsprotokollen.

Også norske instruksjoner fra forsvarssjefen gir plikt til rapportering av overtredelser. Dette følger av ”den 10. soldatregel”¹¹⁵.

¹¹⁴ Rapport utarbeidet av Generalmajor Antonio M. Taguba etter anmodning fra Generalløytnant Ricardo S. Sanchez etter rapporter om mishandling av fanger i Abu Ghraib.

5.4.1.5 Undervisningen i det norske forsvaret

Soldaters kunnskap om krigens folkerett er meget viktig da brudd på disse reglene kan føre til straffeansvar for vedkommende. Det er derfor av stor betydning at soldatene er godt drillet i hva som er riktig og galt, lovlig og ulovlig før de sendes ut i operasjoner hvor slike situasjoner kan oppstå.

Krigsadvokat Lund beskriver i et intervju i avisen "Hærfra"¹¹⁶, Norges internasjonale anseelse innenfor Krigens folkerett som svært god. Norge har ikke begått noen betydningsfulle lovbrudd, og har historisk sett et godt rulleblad. Dette i motsetning til blant annet USA.¹¹⁷

Mai 2004 gjennomførte Røde Kors en undersøkelse blant soldater i Telemark bataljon og blant kavalerister i 6. divisjon som var på vei til tjeneste i Afghanistan, om deres kunnskap om krigens folkerett og tilhørende prinsipper. Totalt ble 240 soldater intervjuet¹¹⁸.

Undersøkelsen viste dessverre at kunnskapsnivået hos norske soldater ikke var så høyt som ønsket. Spesielt når det gjaldt beskyttelsen av sivile, krigsfangers rettigheter og skillelinjer mellom følelser og regler var kunnskapen for dårlig¹¹⁹.

Et år etter har folkeretten fått et sterkere fokus i Hærens utdanning av nye soldater og befal.

Forsvarets skolesenter er ansvarlig for all fellesundervisning i Forsvaret. Representanter fra de forskjellige forsvarsgrener har i forbindelse med den nye læreplanen sett på den videre tilretteleggingen av folkerettsutdanningen. Målet er å tilrettelegge undervisningen til de forskjellige nivåer og deler av Forsvaret på en best mulig måte.

¹¹⁵ Jf regelens innhold under kapittel 5.4.

¹¹⁶ Hærfra nr 11, september 2005

¹¹⁷ jf Guantanamo og Abu Ghraib

¹¹⁸ Jf Røde Kors undersøkelse "People on War" s. 3

¹¹⁹ Jf "People on War" s. 9

Det er ikke lett å være forberedt på det en møter under en internasjonal operasjon. Presset man blir satt under er ofte stort, og de moralske og etiske holdninger vi er vant med her hjemme er gjerne tilsidesatt. Vanskelige situasjoner, særlig over tid, vil kunne føre til svekkelse i den enkelte soldats moral. Når midlene man kan ta i bruk er begrensede, mens man samtidig erfarer at motparten ikke følger de samme spilleregler man selv gjør, er det ikke vanskelig å forstå at frustrasjon kan oppstå. I slike situasjoner kan avstanden til å ty til handlinger som under normale forhold ville ha stridd mot vår egen moral bli kort. Et eksempel kan være krigens folkeretts forbud mot tortur. Etter normal moral og etikk vil de fleste avstå fra slike metoder uavhengig av regelverk. Men hva under pressede situasjoner? Rettferdiggjøres bruk av tortur hvis det er med formål å redde en medsoldat, eller mange sivile fra et bombeangrep?

Konklusjonen må være at effektiv undervisning om krigens folkerett og dennes regelverk samt holdningsskapende arbeid og bevisstgjøring av den enkeltes moral og etikk, er av stor betydning for å redusere faren for folkerettsbrudd begått av norske soldater.

Hva som er lovlig i forskjellige situasjoner må sitte i ryggmargen til disse soldatene. Når man først befinner seg i en presset og vanskelig situasjon må de riktige handlingene komme nærmest impulsivt.

Særlig viktig er det at de overordnede har god kunnskap og viser god moral og etikk. Den holdning man selv innehar vil kunne påvirke andre i samme retning.

6 Litteraturliste

Blomdal, Odd: Krigens rett, 1.utgave Oslo 1974

Castberg, Frede: Folkerett, 2.utgave Oslo 1948

Dahl, Arne Willy: Håndbok i militær folkerett, 1. utgave Oslo 2003

Det kgl Utenriksdepartement: Overenskomster vedrørende krigens rett, 1. utgave, Oslo 1961.

Henckaerts, Jean-Marie og Doswald-Beck, Louise: Customary International humanitarian Law, Volume I: Rules, utgitt av ICRC, 1. utgave 2005.

ICRC: Commentary, III Geneva Convention, Relative to the treatment of prisoners of war, 2. utgave Geneva 1994.

ICRC: Commentary, Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of victims of international armed conflicts (protocol I), 8 June 1977. (Tilgang til begge kommentarer på:

<http://www.icrc.org/ihl.nsf/CONVPRES?OpenView>)

Møse, Erik: Menneskerettigheter, 1. utgave Oslo 2002

Norges Røde Kors: Menneskerettigheter i væpnede konflikter. Genèvekonvensjonene og andre gjeldende internasjonale regler, 1. utgave Oslo 1984

Opsahl, Torkel: Internasjonale menneskerettigheter, en innføring, 2. utgave Oslo 1996

Ruud, Morten: Innføring i krigens folkerett, 1. utgave Oslo 1980

Ruud, Morten og Ulfstein, Geir: Innføring i folkerett, 1.utgave Oslo 1998

Konvensjoner

IV Haagkonvensjon, Overenskomst (med reglement) om landkrigens lover og sedvaner
18. oktober 1907.

FN- pakten

26. juni, 1945.

Statuttene for Den Internasjonale Domstol

26. juni, 1945.

NATO- pakten

4. april, 1949.

Genèvekonvensjonen om behandling av krigsfanger

12. august 1949.

Europeiske menneskerettskonvensjon, EMK

4. november 1950

FN- konvensjon om sivile og politiske rettigheter, SP

16. desember 1966.

FN- konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, ØSK

16. desember 1966

Wienkonvensjonen om traktatretten

23. mai, 1969.

Tilleggsprotokoll I til Genèvekonvensjonen hva angår beskyttelsen av ofre for internasjonale væpnede konflikter

8. juni 1977.

FN- konvensjonen om bekjempelse av tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff, (Torturkonvensjonen)

10. desember 1984.

Roma- vedtektene om Den internasjonale straffedomstol

17. juli 1998

Domsregister

Supreme Court of the United States

Johnson v. Eisentrager, 339 U.S. 763 (1950)

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=339&invol=763>

Rasul v. Bush, 000 U.S. 03-334, avsagt 28.juni 2004

<http://a257.g.akamaitech.net/7/257/2422/28june20041215/www.supremecourtus.gov/opinions/03pdf/03-334.pdf>

United States District Court for the District of Columbia

Hamdan v. Rumsfeld, No. 04-1519 (JR) (tilgang; se nettreferanser)

<http://www.dcd.uscourts.gov/04-1519.pdf>

The Permanent Court of International Justice

PCIJ Ser.A/B, No.53, 1933 Øst- Grønlandsaken

<http://www.icj->

[cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie_AB/AB_53/01_Groenland_Oriental_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie_AB/AB_53/01_Groenland_Oriental_Arret.pdf)

The International Court of Justice

ICJ Rep. 1969 s.3, Nordsjøsakken

Høyesterett

Rt 1946 s. 880

Offentlige dokumenter

Innst.S.nr.177 (2003-2004), tilgang:

<http://www.stortinget.no/inns/2002/200203-177-005.html>

Dok.nr.8:76 (2002-2003), tilgang:

<http://www.stortinget.no/dok8/dok8-200203-076.html>

”Om tilfangetakelse i Afghanistan”, dokument forfattet av Forsvarsdepartementet 9. august 2005, tilgang:

<http://odin.dep.no/odinarkiv/norsk/fd/2005/annet/010051-210085/dok-bn.html>

Elektroniske dokumenter

Forsvarets hjemmesider, tilgang:

www.mil.no

Taguba- rapport, tilgang:

<http://news.findlaw.com/hdocs/docs/iraq/tagubarpt.html#ThR1.18>

Senator McCains forslag til lovendringer, tilgang (nr.88):

[http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/L?d109:./temp/~bdaNIzB:1\[1-160\]\(Amendments_For_H.R.2863\)&./temp/~bdO82U](http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/L?d109:./temp/~bdaNIzB:1[1-160](Amendments_For_H.R.2863)&./temp/~bdO82U)

News release av 7. juli 2004 som følge av Rasul v. Bush, tilgang:

<http://www.defenselink.mil/releases/2004/nr20040707-0992.html>

US detention relatet to the events of 11 September 2001 and its aftermath – the role of the ICRC, 30. april 2005, tilgang:

<http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/iwpList74/541ACF6DC88315C4C125700B004FF643>

Presidentordre om “military commision” av 13. november 2001, tilgang:

<http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/11/20011113-27.html>

Tidsskrift, hefter og artikler

Hærfra nr 11, september 2005

ICRC, Internasjonal humanitærrett, spørsmål og svar. 2002

Lund, Terje: Terroristbekjempelse og folkeretten, publikasjon 2003, Den norske atlanterhavskomiteé, tilgang:

<http://www.atlanterhavskomiteen.no/publikasjoner/sp/2003/3-2003.htm>

Norges Røde Kors, Krig har også regler. Oslo 1999

Ruud, Morten: Kombattantbegrepet og status som krigsfange og Blomdal, Odd: Lovlig krigshandlinger som straffrihetsgrunn- herunder status for leiesoldater, 1. utgave Oslo 1984

7 Vedlegg

7.1 Genèvekonvensjonen artikkel 4

A.

Personer som er falt i fiendens hender og som kommer inn under en av nedennevnte grupper, er krigsfanger i denne konvensjons forstand:

- 1) Medlemmer av de væpnete styrker som hører til en av partene i konflikten, og medlemmer av militser og avdelinger av frivillige som utgjør en del av disse væpnete styrker.
- 2) Medlemmer av andre militser og medlemmer av andre frivillige avdelinger, herunder medlemmer av organiserte motstandsbevegelser, som hører til en av partene i konflikten, og som opptrer utenfor eller på sitt eget territorium, selv om territoriet er okkupert, under forutsetning av at disse militser eller frivillige avdelinger, herunder de nevnte organiserte motstandsbevegelser, fyller følgende vilkår:
 - a. at de som leder har en person som er ansvarlig for sine underordnede;
 - b. at de har et fastsittende kjennetegn, kjennelig på avstand;
 - c. at de bærer våpnene åpent;
 - d. at de i sine operasjoner retter seg etter krigens lover og sedvaner;
- 3) Medlemmer av regulære væpnete styrker som påberoper seg en regjering eller en myndighet som ikke er anerkjent av den makt som har dem i sin varetekt;
- 4) Personer som følger de væpnete styrker uten direkte å tilhøre disse, så som sivile medlemmer av militærflys besetninger, krigskorrespondenter, leverandører, medlemmer av arbeidsgrupper eller avdelinger som sørger for de væpnete styrkers velferd, på betingelse

av at de væpnete styrker som de følger, har gitt dem samtykke hertil; i dette øyemed skal de av disse utstyres med et identitetskort i samsvar med vedlagte utkast;

5) Medlemmer av besetninger fra handelsflåten, herunder skipsførere, loser og læregutter, og besetninger fra den sivile luftflåte, som hører til partene i konflikten, og som ikke nyter godt av gunstigere behandling i kraft av andre folkerettsbestemmelser;

6) Befolkningen på et ikke-okkupert territorium som, når fienden nærmer seg, spontant griper til våpen for å kjempe mot invasjonstroppene uten å ha fått tid til å organisere seg i regulære væpnete styrker, hvis den bærer våpnene åpent og respekterer krigens lover og sedvaner.

B.

Følgende personer skal også behandles som krigsfanger etter denne konvensjon:

1) Personer som hører til eller har hørt til det okkuperte lands væpnete styrker når okkupasjonsmakten, selv om den opprinnelig hadde satt dem fri mens fiendtlighetene fortsatte utenfor det territorium som den okkuperer, på grunn av denne tilknytning finner det nødvendig å la dem internere, særlig etter et mislykket forsøk fra disse personers side på igjen å slutte seg til de væpnete styrker som de hører til og som fortsatt tar del i kampen, eller når de ikke etterkommer en oppfordring til dem om å la seg internere.

2) Personer som hører til en av de grupper som er nevnt i denne artikkel og som nøytrale eller ikke- krigførende makter har tatt imot på sitt territorium og som de etter folkeretten er forpliktet til å internere, under forbehold av enhver gunstigere behandling som disse makter måtte finne det hensiktsmessig å tilstå dem, og med unntak av bestemmelsene i artiklene 8, 10, 15, 30, femte ledd, 58-67, 92, 126, og, hvis det er diplomatisk forbindelse mellom partene i konflikten og vedkommende nøytrale eller ikke- krigførende makt, de bestemmelser som angår beskyttermakten. Når det er slik diplomatisk forbindelse, skal de parter i konflikten som personene hører under, ha adgang til for disses vedkommende å utøve de funksjoner som etter denne konvensjon tilligger beskyttermaktene, uten at dette får noen konsekvenser for de funksjoner som partene normalt utøver i henhold til diplomatiske og konsulære sedvaner og traktater.

C.

Denne artikkel får ingen virkning for legepersonells og geistliges status slik den er fastlagt i denne konvensjons artikkel 33.

7.2 Genèvekonvensjonen artikkel 5.

Denne konvensjon får anvendelse på de personer som er nevnt i artikkel 4 fra det øyeblikk de faller i fiendens hender og inntil de blir endelig frigitt og hjemsendt.

Hvis det er tvil om hvorvidt personer som har begått en krigshandling og som er falt i fiendens hender, hører til en av de grupper som er nevnt i artikkel 4, skal disse personer nyte godt av denne konvensjons beskyttelse inntil deres status er blitt fastslått av en kompetent domstol.

7.3 Første tilleggsprotokoll artikkel 43

Væpnede styrker

1. De væpnede styrker til en part i konflikten består av alle organiserte væpnede styrker, grupper og enheter som står under en kommandostruktur med ansvar overfor vedkommende part når det gjelder de underordnedes opptreden, selv om vedkommende part er representert ved en regjering eller en myndighet som ikke er anerkjent av motparten. Slike væpnede styrker skal være underlagt et internt disiplinærsystem som bl.a. skal sikre etterlevelse av de folkerettsregler som gjelder under væpnet konflikt.
2. Medlemmer av de væpnede styrker til en part i konflikten (utenom sanitetspersonell og feltprester som er dekket av Artikkel 33 i Tredje Konvensjon) er stridende, d.v.s. de har rett til å delta direkte i fiendtligheter.
3. En part i konflikten som innlemmer i sine væpnede styrker et paramilitært eller væpnet rettshåndhevelsesorgan, skal alltid underrette de andre partene i konflikten om dette.

7.4 Første tilleggsprotokoll artikkel 44

Stridende og krigsfanger

1. Enhver stridende, som definert i Artikkel 43, som faller i hendene på en motpart, skal være en krigsfange.
2. Selv om alle stridende har plikt til å overholde de folkerettslige regler som gjelder under væpnet konflikt, skal overtredelser av disse regler ikke berøve en stridende hans rett til status som stridende eller, dersom han faller i hendene på en motpart, hans rett til krigsfangestatus, med mindre annet er bestemt i paragrafene 3 og 4.
3. For å styrke beskyttelsen for sivilbefolkningen mot virkningene av fiendtligheter er de stridende forpliktet til å skille seg ut fra sivilbefolkningen når de deltar i angrep eller i en militær operasjon til forberedelse av et angrep. Da det imidlertid forekommer situasjoner i væpnede konflikter hvor en væpnet stridende på grunn av fiendtlighetenes art ikke kan skille seg ut fra sivilbefolkningen, skal han beholde sin status som stridende, forutsatt at han i slike situasjoner bærer sine våpen åpent:
 - a) under hver militær trefning, og
 - b) under den tid han er synlig for motparten mens han deltar i en militær deployering forut for et angrep som han skal ta del i.Handlinger som oppfyller de krav som stilles i denne paragraf, skal ikke anses som svikaktige slik som definert i Artikkel 37, paragraf 1 c).
4. En stridende som faller i hendene på en motpart mens han unnlater å overholde de krav som er fastatt i annet punktum i paragraf 3, taper sin rett til krigsfangestatus, dog skal han bli gitt beskyttelse som i enhver henseende tilsvarende beskyttelse som er gitt krigsfanger ifølge Tredje Konvensjon og denne Protokoll. Denne beskyttelse omfatter beskyttelse tilsvarende hva som er tilstått krigsfanger ved Tredje Konvensjon i de tilfeller der en slik person er dømt og straffet for straffbare handlinger som han har begått.
5. En stridende som faller i hendene på en motpart på et tidspunkt da han ikke deltar i et angrep eller i en militær operasjon til forberedelsene av et angrep, skal ikke på grunn av tidligere virksomhet tape sin rett til status som stridende og som krigsfange.

6. Denne Artikkel berører ikke en persons rett til å bli ansett som krigsfange i medhold av Artikkel 4 i Tredje Konvensjon.

7. Denne Artikkel tar ikke sikte på å endre den alminnelig anerkjente statspraksis når det gjelder bruk av uniform for stridende som er tilknyttet de regulære, uniformerte væpnede styrker til en part i konflikten.

8. I tillegg til de grupper av personer som er nevnt i Artikkel 13 i Første og Annen Konvensjon, skal alle medlemmer av de væpnede styrker til en part i konflikten, slik som definert i Artikkel 43 i denne Protokoll, ha rett til beskyttelse i henhold til nevnte Konvensjoner dersom de er sårede eller syke eller – når det gjelder Annen Konvensjon – skipsbrudne til sjøs eller i andre farvann.

7.5 Første tilleggsprotokoll artikkel 45

Beskyttelse av personer som har deltatt i fiendtligheter

1. En person som deltar i fiendtligheter og faller i hendene på en motpart, skal antas å være en krigsfange og skal derfor være beskyttet i henhold til bestemmelsene i Tredje Konvensjon dersom han krever krigsfangestatus, dersom det synes som om han har krav på slik status, eller dersom den part han tilhører krever slik status på hans vegne ved underretning til den makt som har ham i sin varetekt, eller til beskyttelsesmakten. Skulle det oppstå noen tvil hvorvidt noen slik person har rett til krigsfangestatus, skal han fortsatt ha en slik status og derfor være beskyttet i henhold til Tredje Konvensjon og denne Protokoll inntil hans status er blitt avgjort av et kompetent rettslig organ.

2. Dersom en person som er falt i hendene på en motpart, ikke holdes som krigsfange, og dersom han skal dømmes av vedkommende part for en straffbar handling som skriver seg fra fiendtlighetene, skal han ha rett til å nedlegge påstand med krav på krigsfangestatus overfor et rettslig organ og til å få spørsmålet rettslig avgjort. Når det er mulig i henhold til gjeldende rettergangsmåte, skal denne avgjørelse treffes før selve straffesaken tas opp til domstolsbehandling. Representanter for beskyttelsesmakten skal ha rett til å være til stede

under forhandlingene der spørsmålet om krigsfangestatus blir avgjort, med mindre forhandlingene unntaksvis føres for lukkede dører av hensyn til statens sikkerhet. I et slikt tilfelle skal den makt som har ham i sin varetekt, underrette beskyttelsesmakten om dette.

3. Enhver person som har deltatt i fiendtligheter, og som ikke har rett til krigsfangestatus og ikke nyter godt av mer gunstig behandling i samsvar med Fjerde Konvensjon, skal til enhver tid ha rett til beskyttelse i henhold til Artikkel 75 i denne Protokoll. Uansett Artikkel 5 i Fjerde Konvensjon skal enhver slik person på okkupert område også være berettiget til å ha forbindelse med omverdenen i medhold av nevnte Konvensjon, med mindre han er anholdt som spion.