

DIREKTE DELTAGELSE I IKKE-INTERNASJONALE VÆPNEDE KONFLIKTER

Kandidatnummer: 519

Veileder: Arne Willy Dahl

Leveringsfrist: 27. april 2009

Til sammen 15 458 ord

22.04.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av oppgavens tema og problemstilling.	1
1.2	Avgrensning av oppgaven.	2
1.3	Definisjoner og begrepsavklaring.	4
1.3.1	Kombattante.	4
1.3.2	Sivile.	5
1.3.3	Distinksjonsprinsippet.	5
1.4	Den videre fremstillingen i oppgaven.	6
<u>2</u>	<u>RETTSKILDER.</u>	<u>7</u>
2.1	Statuttene for Den Internasjonale Domstol av 26. juni 1945.	7
2.2	Konvensjoner.	8
2.3	Sedvanerett.	8
2.4	Rettspraksis.	9
2.5	Juridisk teori og ekspertuttalelser.	9
<u>3</u>	<u>SITUASJONEN I IKKE-INTERNASJONALE VÆPNEDE KONFLIKTER.</u>	<u>10</u>
3.1	Hjemmelsgrunnlaget i ikke-internasjonale væpnede konflikter.	10
3.2	Forholdet mellom internasjonale og ikke-internasjonale væpnede konflikter.	12
<u>4</u>	<u>DELTAGELSE I FIENDTLIGHETENE.</u>	<u>15</u>

4.1	Partene.	15
4.2	Direkte deltagelse i fiendtlighetene.	16
4.2.1	Fiendtligheter.	17
4.2.2	Forbindelse til en væpnet konflikt og fiendtligheter.	20
4.2.3	Årsakssammenheng.	21
4.2.4	Fiendtlig intensjon.	24
4.2.5	Praktiske eksempler på direkte deltagelse i fiendtlighetene.	25
4.3	Deltagernes status.	29
4.3.1	Sivile.	30
4.3.2	Statens væpnede styrker.	31
4.3.3	Andre væpnede styrker og organiserte væpnede grupper.	31
4.4	Tidsaspektet.	38
4.4.1	The specific acts approach.	40
4.4.2	The affirmative disengagement approach.	41
4.4.3	The membership approach.	43
4.4.4	”Trussel” som et vilkår i vurderingen av tidsaspektet.	45
<u>5</u>	<u>AVSLUTNING.</u>	<u>46</u>
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>48</u>

1 Innledning.

1.1 Presentasjon av oppgavens tema og problemstilling.

Temaet for oppgaven er å finne ut av hva som skal anses som direkte deltagelse av sivile personer i ikke-internasjonale væpnede konflikter, hvor problemstillingen er hva som ligger i uttrykket å ”delta direkte i fiendtlighetene”. Dette uttrykket finner vi i Genève-konvensjonene og dennes tilleggsprotokoller, hvor det brukes som et kriterium på når sivile innbyggere i en stat hvor det foregår en væpnet konflikt mister sin sivile beskyttelse og blir lovlige mål.

En overveiende stor del av dagens væpnede konflikter er av ikke-internasjonal karakter. Slagmarkene har ofte forflyttet seg til områder hvor sivilbefolkningen bor, de væpnede deltakerne i konflikten lar oftere være å skille seg ut fra sivilbefolkningen, og både i ikke-internasjonale konflikter og i internasjonale konflikter foreligger det generelt en tendens til økt innblanding av sivile deltagere i militære operasjoner¹. Som et resultat av dette foreligger det et vanskelig skille mellom hvilke personer som skal anses som lovlige mål og som dermed kan være gjenstand for direkte angrep, og hvilke personer som skal anses for å ha beskyttelse mot slike angrep. Dette vanskelige skillet viser seg spesielt i ikke-internasjonale væpnede konflikter hvor man ikke opererer med en kombattantstatus hos de stridende. Dette kan føre til at sivilbefolkningen blir ofre for unødvendige, feilaktige og vilkårlige angrep, og at væpnede styrker har en økt risiko for å bli angrepet av personer de ikke klarer å identifisere som sine fiender og som de dermed har problemer med å beskytte seg mot². Det er derfor viktig å ha på det rene hva som skal til for at de sivile innbyggerne skal anses for å ta direkte del i fiendtlighetene, og dermed miste sin sivile beskyttelse. Det å foreta en vurdering av hvem som er lovlige mål og hvem som ikke er det kan være en vanskelig oppgave for soldatene som befinner seg midt i krigssonen og som

¹ Melzer (2008) s. 328.

² I.c.

ofte må ta denne avgjørelsen i løpet av få sekunder mens kampene pågår. I en slik situasjon har ikke soldaten mulighet til å rådføre seg med andre om hva som vil være den riktige avgjørelsen, slik at man bør ha hatt god opplæring i dette på forhånd for dermed å kunne ta de mest korrekte avgjørelsene. Det å kun ta ut lovlige mål er ikke bare i den sivile befolkningens interesse, det er også viktig for de væpnede styrkene å kun ta ut lovlige mål siden feilaktig angrep på og drap av fredlige sivile kan føre til at man støter fra seg sivilbefolkningen og ikke minst skaper nye fiender³.

Et eksempel på en ikke-internasjonalt væpnet konflikt hvor norske soldater deltar, er konflikten som foregår i Afghanistan, hvor Norge som en del av NATO gir sin støtte til de Afghanske styresmaktene i kampen mot Taliban. Det er derfor også av stor interesse for Norges militære styrker å få en klarhet i hva som skal til for at sivile individer skal anses for å "delta direkte i fiendtlighetene" og dermed miste sin beskyttelse.

1.2 Avgrensning av oppgaven.

Den første avgrensningen jeg vil gjøre i oppgaven, er å holde jus ad bellum problematikken utenfor, det vil si de regler som gjelder før konflikten har brutt ut og som angir når det er lov for en stat å bruke makt⁴. Jeg vil i oppgaven ta for meg de regler som gjelder etter at konflikten har brutt ut (jus in bello), uten å vurdere lovligheten av selve konfliktens utbrudd. Årsaken til denne avgrensningen er at disse to regelsettene ikke er avhengige av hverandre for å kunne anvendes. Selv om jus ad bellum reglene er brutt ved at man har brukt ulovlig makt, skal fortsatt jus in bello reglene gjelde i den konflikten som oppstår.

Jeg vil også avgrense oppgaven mot private kontraktørers deltagelse i væpnede konflikter. Vinklingen i oppgaven vil være å se på problemstillingen med siviles direkte deltagelse i konfliktene ut fra regjeringssidens synspunkt. Jeg vil dermed ikke behandle sivile ansatte på regjeringssiden, da dette vil falle utenfor min problemstilling. Den

³ Melzer (2005) s. 42.

⁴ Fleck (2008) s. 1.

foreliggende oppgaven er konsentrert om ikke-internasjonale væpnede konflikter, og i slike konflikter er det som regel kun på regjeringssiden man har slike sivilt ansatte kontraktører.

En tredje avgrensing vil bli gjort mot hvilke regler som skal gjelde ved eventuell tilfangetakelse av sivile som tar direkte del i fiendtlighetene, som for eksempel hvilken status de ville ha hatt ved tilfangetakelsen, blant annet om de skal bli ansett som krigsfanger eller vanlige kriminelle, og hvilke rettigheter de eventuelt har. Når de sivile tar direkte del i fiendtlighetene og dermed mister sin beskyttelse som sivil, vil de kunne angripes direkte og som regel uten hensyn til om de kan tas som fanger. Når jeg i oppgaven snakker om tap av de siviles beskyttelse, vil dette være i forhold til at de da blir lovlige mål som motstanderen har rett til å bruke dødelig makt mot.. Etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonens (EMK) artikkel 2 første ledd har alle mennesker rett til liv, og denne rettigheten skal beskyttes. Men det er videre i EMK gjort et unntak fra denne artikkelen. Etter EMK artikkel 15 første ledd jfr. annet ledd kan staten i tilfeller av krig eller annen offentlig nødstilstand treffe tiltak som fraviker dens plikter etter konvensjonen, og artikkel 2 kan fravikes i de tilfeller hvor døden er et resultat av lovlige handlinger i krig, det vil si hvor man har fulgt krigens folkerett og drapet ikke har skjedd som følge av en krigsforbrytelse. Det vil derfor ikke være behov for å drøfte hva som skjer etter de eventuelt har blitt tatt til fange, da også dette vil falle utenfor min problemstilling.

En siste avgrensing vil være mot menneskerettighetenes rolle i væpnede konflikter. Selv om menneskerettighetene og internasjonal humanitær rett er like ved at de begge gir regler som skal beskytte individer, er det også store forskjeller mellom disse to regelsettene⁵. Menneskerettighetene er laget for å primært gjelde i fredstid og for å regulere forholdet mellom staten og dens innbyggere, mens internasjonal humanitær rett konsentrerer seg om de unormale situasjonene som oppstår i krigstilstander og som regulerer forholdet mellom en stat og dens fiendes borgere, og forholdet mellom enkeltpersoner som deltar i konflikten⁶. Likevel er det slik at menneskerettighetene også gjelder i tilfeller av væpnede konflikter, men internasjonal humanitær rett skal anses som

⁵ Fleck (2008) s. 74.

⁶ I.c.

lex specialis i forhold til menneskerettighetene i disse tilfellene⁷. Dette forsterkes også ved at staten, som sagt ovenfor, i tilfeller av krig eller annen offentlig nødstilstand kan treffe tiltak som fraviker dens plikter etter EMK, i den utstrekning situasjonen gjør det strengt nødvendig⁸. En ikke-internasjonalt væpnet konflikt vil være en slik offentlig nødstilstand som gjør det lovlig å fravike de reglene i EMK som er fravikbare⁹. Det er dermed ikke nødvendig å drøfte menneskerettighetenes rolle i denne oppgaven for å finne svar på den problemstillingen som her er lagt frem.

1.3 Definisjoner og begrepsavklaring.

1.3.1 Kombattante.

Kombattantbegrepet er et begrep som kun blir brukt i internasjonale væpnede konflikter og ikke i ikke-internasjonale væpnede konflikter. De som skal anses som kombattante er medlemmer av en parts væpnede styrker, med unntak av sanitetspersonell og prester som beskyttes så lenge de ikke tar direkte del i fiendtlighetene¹⁰. Disse kombattante kan lovlig utføre krigshandlinger og delta direkte i fiendtlighetene uten å pådra seg straffeansvar for de handlinger de da lovlig utfører, og de har rett til status som krigsfanger ved fangenskap¹¹. Dette fører også til at de som er kombattante selv er lovlige mål i konflikten, og at de som ikke er kombattante ikke er slike lovlige mål og skal beskyttes mot angrep.

Årsaken til at begrepet ikke blir brukt i ikke-internasjonale væpnede konflikter er at man har sett på slike konflikter som et internt anliggende for vedkommende stat, og en stat må ha rett til å straffe sine egne borgere for opprør¹². For å kunne skille medlemmer av væpnede styrker og medlemmer av andre organiserte væpnede grupper i ikke-

⁷ ICJ (1996) pkt. 25.

⁸ EMK art. 15 (1).

⁹ Kolb (2008) s. 260.

¹⁰ Tilleggsprotokoll nr. 1 art. 43 annet ledd.

¹¹ Tilleggsprotokoll nr. 1 art. 43 annet ledd og art. 44 første ledd.

¹² Dahl (2008) s. 292.

internasjonale væpnede konflikter fra sivilbefolkningen i vedkommende stat, er terminologien ”fighters” (”stridende”) blitt brukt i San Remo manualen av 2006¹³. Begrepet omfatter de ”stridende” på begge sider av konflikten, og vil bli brukt i denne oppgaven på samme måte som i San Remo manualen, det vil si om statens væpnede styrker, medlemmer av andre organiserte væpnede grupper og om de som tar direkte del i fiendtlighetene.

1.3.2 Sivile.

Sivile er ikke lovlig stridende, og skal til enhver tid beskyttes under væpnede konflikter¹⁴. De som skal anses som sivile er de personer som ikke er medlemmer av de væpnede styrker¹⁵. San Remo manualen definerer sivile i ikke-internasjonale væpnede konflikter som alle personer som ikke er ”stridende”¹⁶. Det vil da si alle som ikke mister sin beskyttelse som sivil ved å ta direkte del i fiendtlighetene¹⁷.

1.3.3 Distinksjonsprinsippet.

Et av de prinsippene som reglene for krigføring bygger på er distinksjonsprinsippet. Dette prinsippet går ut på at man ved bruk av væpnet makt alltid må skille mellom stridende og militære mål på den ene siden, og sivilpersoner og sivile gjenstander på den andre siden¹⁸. Prinsippet skal beskytte de som ikke deltar direkte i den væpnede konflikten fra effektene av denne ved å forby direkte angrep mot sivile personer og gjenstander som ikke utgjør legitime militære mål. Prinsippet er slått fast som en sedvanerettslig regel i ikke-internasjonale væpnede konflikter¹⁹.

¹³ Schmitt (2006) s. 4.

¹⁴ Tilleggsprotokoll nr. 1 art. 51 og tilleggsprotokoll nr. 2 art. 13.

¹⁵ *Customary international humanitarian law* (2005) rule 5 s. 17.

¹⁶ Schmitt (2006) s. 5.

¹⁷ Tilleggsprotokoll nr. 2 art. 13 tredje ledd.

¹⁸ Dahl (2008) s. 45 og Schmitt (2006) s. 10.

¹⁹ *Customary international humanitarian law* (2005) rule 1 s. 3 og Sandoz (1987) pkt. 4761.

1.4 Den videre fremstillingen i oppgaven.

Videre i oppgaven vil jeg først i punkt 2 ta for meg de rettskilder som jeg kommer til å bruke og legge vekt på i drøftelsene i oppgaven, og hvilken vekt disse har. Jeg har dette som et eget punkt i oppgaven fordi jeg vil ta i bruk noen uvanlige rettskilder, som for eksempel Røde Kors' ekspertuttalelser, og vil dermed forklare litt hva disse går ut på og hvilken vekt de skal tillegges.

Videre vil jeg i punkt 3 ta for meg situasjonen i ikke-internasjonale væpnede konflikter, og gi en beskrivelse av hva slags konflikter dette er, og hvilken lovgivning som gjelder i disse konfliktene. I det samme punktet vil jeg også behandle forholdet mellom ikke-internasjonale væpnede konflikter og internasjonale væpnede konflikter, og beskrive hvilke relevante forskjellene som foreligger mellom disse, og betydningen dette har i de ikke-internasjonale væpnede konfliktene.

Punkt 4 vil være det viktigste punktet i oppgaven hvor selve temaet og problemstillingen vil bli drøftet. I dette punktet vil jeg først gjøre rede for hvilke parter som skal anses for å foreligge i ikke-internasjonale væpnede konflikter, og hva som skal til for å anses for å tilhøre en av disse partene. Deretter kommer drøftelsen av hva som ligger i uttrykket å "delta direkte i fiendtlighetene", hvor jeg vil ta for meg flere momenter og vilkår som er blitt drøftet i teorien angående dette. Her vil det også bli gitt en del praktiske eksempler som det er enighet om i teorien angående hva det vil si å "delta direkte i fiendtlighetene". Etter dette vil det være en gjennomgang av hvilken status de forskjellige deltagerne i konflikten skal anses for å ha, siden dette er selve grunnlaget for å kunne vite om en person skal anses som et lovlig mål eller en beskyttet person. Til slutt vil jeg ta for meg tidsaspektet som er knyttet til dette uttrykket, hvor problemet vil være å vurdere hvor lenge man skal anses for å "delta direkte i fiendtlighetene" for deretter å gjenoppta sin status som en sivil person igjen med krav på beskyttelse mot direkte angrep.

2 Rettskilder.

2.1 Statuttene for Den Internasjonale Domstol av 26. juni 1945.

Statuttene for Den Internasjonale Domstol (ICJ) art. 38 første ledd angir hvilke rettskilder domstolen skal benytte seg av når den arbeider med de sakene som har kommet inn til vurdering. Statuttene er formelt bare bindende for rettsanvendelsen til domstolen selv, men dens art. 38 har blitt ansett for å gi et alminnelig uttrykk for rettskildene i folkeretten, selv om den ikke er uttømmende²⁰. Jeg vil dermed ta utgangspunkt i ICJ art. 38 første ledd ved bruken av rettskilder i denne oppgaven. Art. 38 første ledd har følgende ordlyd:

The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

- a) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;*
- b) international custom, as evidence of general practice accepted as law;*
- c) the general principles of law recognized by civilized nations;*
- d) subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.*

Rekkefølgen i litra a-d innebærer ikke et hierarkisk forhold mellom rettskildene, men det er naturlig å ta utgangspunkt i konvensjonene (litra a) som er uttrykkelige reguleringer mellom partene, og bare anvende sedvaneretten (litra b) der hvor det er fravær av slike konvensjoner²¹.

²⁰ Ruud (2004) s. 48 og 49.

²¹ Ibid. s. 49.

2.2 Konvensjoner.

Konvensjonene er ansett som en sentral rettskilde i folkeretten²². Dette kan begrunnes i at konvensjonene er folkerettslige bindende avtaler som først og fremst er inngått mellom stater, og som tar sikte på å etablere konkrete rettigheter og plikter mellom partene²³. Det er derfor naturlig å ta utgangspunkt i konvensjonene som foreligger på området for å prøve og finne svar på problemstillingen.

De viktigste konvensjonene i denne oppgaven som omhandler krigens folkerett er Genèvekonvensjonene I-IV av 12. august 1949 og tilleggsprotokoll nr. 1 og tilleggsprotokoll nr. 2 av 8. juni 1977, hvor de artikler som omhandler direkte deltagelse i fiendtlighetene av sivile vil være de mest sentrale.

2.3 Sedvanerett.

Sedvaneretten er også en sentral kilde i folkeretten²⁴. Sedvanerett er tradisjonelt definert som langvarig statspraksis under den oppfatning av at man følger en bindende regel (*opinio juris*)²⁵. Mens konvensjonene bare er bindende mellom de stater som har ratifisert disse, binder sedvaneretten alle stater uten noen form for godkjenning fra disse.

Prinsippene i de fire Genèvekonvensjonene av 1949 anses for å ha sedvanerettsstatus, slik at disse også er bindende for de stater som ikke har sluttet seg til dem²⁶. Som et resultat av mange års arbeid, offentliggjorde Den internasjonale Røde Kors-komiteen i 2005 en studie av sedvanerettens innhold i internasjonal humanitær rett. Sedvaneretten har spesielt stor betydning i ikke-internasjonale væpnede konflikter, hvor regelverket er svakere utbygd og hvor reglene er mer generelle enn i internasjonale væpnede konflikter. Jeg vil derfor anvende Røde Kors' sedvanerettsstudie i denne oppgaven på områder hvor konvensjonene er svakt utbygget eller hvor de ikke sier noe i det hele tatt.

²² ICJ art. 38 første ledd litra a.

²³ Ruud (2004) s. 50.

²⁴ ICJ art. 38 første ledd litra b.

²⁵ Dahl (2008) s. 25.

²⁶ I.c..

2.4 Rettspraksis.

Rettspraksis er kun ansett som en subsidiær rettskilde i art. 38 første ledd i ICJ statuttene²⁷. Dette understrekes også ved at artikkelen viser til art. 59 som sier at ”The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case”. Hensikten med dette er å fastslå at rettsavgjørelser ikke er bindende prejudikater²⁸. Men saksforholdet vil selvfølgelig ha stor betydning og tyngde når man senere skal vurdere lignende saker²⁹.

Når det gjelder rettspraksis innenfor krigens folkerett finnes det forholdsvis få dommer. I oppgaven vil jeg komme innom uttalelser fra ICJ, som avgjør tvister mellom stater med endelig virkning og som på sitt område har helt avgjørende vekt³⁰. Jeg vil også komme innom dommer fra Krigsforbrytertribunalen for Rwanda (ICTR) som også skal anses for å ha stor vekt³¹. Den mest sentrale dommen jeg kommer innom er likevel en dom som er avsagt av Israels Høyesterett. En slik dom som er avsagt i et fremmed land vil bare ha en veiledende betydning i et annet land³². Det er likevel ikke tvil om at denne dommen bør tillegges vekt siden den er en av de få dommene som behandler innholdet i uttrykket å ta ”direkte deltagelse i fiendtlighetene”.

2.5 Juridisk teori og ekspertuttalelser.

I ICJs statutter anses også juridisk teori som en subsidiær rettskilde³³. Bakgrunnen for dette er at Domstolen ikke vil føle seg bundet av juridisk litteratur, men synspunkter

²⁷ ICJ art. 38 første ledd litra d.

²⁸ Ruud (2004) s. 58.

²⁹ Dahl (2008) s. 27.

³⁰ I.c.

³¹ I.c.

³² I.c.

³³ ICJ art. 38 første ledd litra d.

som blir utviklet i teorien kan ha stor faktisk gjennomslagskraft³⁴. Måten juridisk teori kan påvirke på er gjennom den vekt en legger på det standpunkt en juridisk autoritet tar, argumentasjonenes overbevisningskraft, eller det materialet som legges frem³⁵.

I oppgaven vil jeg benytte meg av flere bøker og artikler, og i tillegg vil jeg legge vekt på en del ekspertuttalelser som er utviklet innenfor krigens folkerett og den foreliggende problemstilling. Ekspertuttalelser er ikke bindende, kun veiledende, men ved mangel på andre rettskilder vil slike ekspertuttalelser kunne tillegges stor vekt.

De ekspertuttalelsene jeg vil benytte meg mest av er for det første de rapportene som Røde Kors har utarbeidet i forbindelse med ekspertmøtene de har hatt angående uttrykket ”Direct participation in hostilities”. Siden 2003 har det vært avholdt slike ekspertmøter hvor innholdet i denne terminologien har blitt drøftet, og hvor det i etterkant har blitt utarbeidet rapporter fra disse møtene. Nesten 50 militære eksperter og eksperter på internasjonal humanitær rett var samlet på disse møtene, så vel som representanter fra Røde Kors og TMC Asser instituttet. Det er dermed stor juridisk tyngde i de argumenter som har blitt ført på disse møtene. For det annet står International Institute of Humanitarian Law i San Remo bak en manual om folkeretten i ikke-internasjonale væpnede konflikter som ble skrevet i 2006. Denne manualen vil bli benyttet i en viss grad i oppgaven. For det tredje vil kommentarene til Genèvekonvensjonene og tilleggsprotokollene bli benyttet.

3 Situasjonen i ikke-internasjonale væpnede konflikter.

3.1 Hjemmelsgrunnlaget i ikke-internasjonale væpnede konflikter.

En ikke-internasjonal væpnet konflikt er en konflikt som foregår innenfor et lands egne grenser, slik at partene i konflikten som står opp i mot hverandre er borgere i samme land (borgerkrig). Dette kan både være en konflikt mellom regjeringsstyrker og væpnede opprørsgrupper, og en konflikt mellom forskjellige væpnede opprørsgrupper. Det er dermed

³⁴ Ruud (2004) s. 59.

³⁵ Eckhoff (2001) s. 270.

ikke et krav at statens væpnede styrker er en part i konflikten for at den skal regnes som en ikke-internasjonalt væpnet konflikt.

Hjemmelsgrunnlaget i situasjonene hvor voldelighetene i et land har nådd intensiteten for en ikke-internasjonalt væpnet konflikt, og som er relevant i forhold til problemstillingen i denne oppgaven, er nedfelt i Genèvekonvensjonenes felles artikkel 3 og i tilleggsprotokoll nr. 2. I tillegg kommer sedvaneretten som har vokst frem på området til anvendelse.

Genèvekonvensjonenes felles art. 3 betegnes som ”felles” fordi den har lik tekst i alle de fire Genèvekonvensjonene. Artikkelen er en miniatyrkonvensjon i seg selv³⁶ som stiller visse minimumskrav til blant annet behandlingen av krigsfanger, syke og sårede i konflikten. Tilleggsprotokoll nr. 2 kommer til anvendelse hvis konflikten er av et visst omfang. De viktigste kriteriene for at denne protokollen skal komme til anvendelse er at opprørerne har kontroll over en del av territoriet i landet, og at statens væpnede styrker er en av partene i konflikten³⁷. Tilleggsprotokoll nr. 2 gir mer detaljerte regler om beskyttelse av blant annet sivilbefolkningen³⁸ og forbyr visse metoder i krigføringen³⁹.

Man kan spørre om opprørsgrupper i det hele tatt er bundet av de internasjonale reglene som blant annet er gitt i Genèvekonvensjonene, siden disse reglene er innført av staten som disse opprørsgruppene eventuelt kriger mot, og ikke av disse opprørsgruppene selv⁴⁰. Men konvensjoner er ikke avsluttet og ratifisert på regjeringens vegne, men på vegne av staten som representerer alle dens innbyggere⁴¹. Og når det gjelder sedvanerettslige regler av internasjonal karakter er de basert på statenes praksis og troen på at disse reglene er gjeldene rett, og disse er også bindende for alle innbyggerne i staten, og

³⁶ Pictet (1952) s. 48.

³⁷ Tilleggsprotokoll nr. 2 art. 1 første ledd.

³⁸ Tilleggsprotokoll nr. 2 del IV.

³⁹ Tilleggsprotokoll nr. 2 art. 14 og 13 annet ledd.

⁴⁰ Fleck (2008) s. 608.

⁴¹ I.c.

ikke bare staten selv⁴². Dette gjelder også for alminnelige rettsprinsipper, som er de prinsipper som er utbredt i de ulike lands nasjonale rett⁴³.

3.2 Forholdet mellom internasjonale og ikke-internasjonale væpnede konflikter.

Internasjonale væpnede konflikter er konflikter som foregår mellom to stater, mens ikke-internasjonale væpnede konflikter foregår som sagt innad i en stat.

I internasjonale væpnede konflikter kommer alle Genèvekonvensjonene og tilleggsprotokoll nr. 1 til anvendelse⁴⁴, mens i ikke-internasjonale væpnede konflikter kommer kun Genèvekonvensjonenes felles art. 3 og tilleggsprotokoll nr. 2 til anvendelse, jfr. pkt. 3.1 i oppgaven.

En av de største forskjellene mellom internasjonale og ikke-internasjonale væpnede konflikter, er at man i internasjonale væpnede konflikter opererer med en kombattantstatus hos de stridende⁴⁵. En slik status eksisterer ikke i ikke-internasjonale væpnede konflikter. Bakgrunnen for denne forskjellen er at det ved utarbeidelsen av konvensjonene var en motvilje fra flere av statene om å innføre de samme reglene i ikke-internasjonale væpnede konflikter som i internasjonale væpnede konflikter⁴⁶. Denne motviljen hadde grunnlag i at alle stater har lovverk som gir deres eget politi og deres egne væpnede styrker privilegier i forhold til opprørere, i form av at de kan arrestere og tiltale disse opprørerne for de straffbare handlingene de utfører under den interne konflikten⁴⁷. Ved å ha regler som gir opprørerne kombattantstatus, vil de handlingene de utfører under den interne konflikten være lovlige handlinger, siden kombattante har lov til å ta del i fiendtlighetene og skal ikke straffes for de handlingene de utfører i forbindelse med dette⁴⁸. Et slikt reglement vil derfor føre til et uheldig resultat som statene ikke var villige til å innføre. Et annet uheldig resultat

⁴² Fleck (2008) s. 608.

⁴³ Fleck (2008) s. 608 og Ruud (2004) s. 58.

⁴⁴ Genèvekonvensjonenes felles art. 2 første ledd og tilleggsprotokoll nr. 1 art. 1 tredje ledd.

⁴⁵ Tilleggsprotokoll nr. 1 art. 43 annet ledd.

⁴⁶ Fleck (2008) s. 612.

⁴⁷ I.c.

⁴⁸ I.c.

av stor betydning er at også statens væpnede styrker vil få kombattantstatus i de interne konfliktene, og dermed ville de også ha blitt lovlige mål for opprørerne⁴⁹.

Mangelen på kombattantstatus i ikke-internasjonale væpnede konflikter fører til at skillet mellom personer som er lovlige mål og de som ikke er lovlige mål er vanskelig i disse konfliktene. Dette fordi man i internasjonale væpnede konflikter har selve kombattantbegrepet som referansepunkt under distinksjonsprinsippet; sivile er de som ikke er kombattante⁵⁰, og man må dermed vite hvem som er kombattante for å kunne finne ut av hvem som er sivile. Når det gjelder ikke-internasjonale væpnede konflikter gir riktignok art. 13 i tilleggsprotokoll nr. 2 ”the civilian population” og ”individual civilians” krav på beskyttelse mot angrep, men protokollen gir ingen definisjon av hvem som skal anses som sivile og hvem som faller utenfor disse begrepene. Det er slått fast i Røde Kors` sedvanerettsstudie at ”Civilians are persons who are not members of the armed forces. The civilian population comprises all persons who are civilians”⁵¹. Men her må man da finne ut av hvem som tilhører de væpnede styrker for å kunne få noe svar på hvem som skal anses som sivile, og da er man tilbake til problemet med den manglende kombattantstatusen i ikke-internasjonale væpnede konflikter. Det eneste sedvanerettsstudien slår fast på dette punktet er at statens væpnede styrker ikke skal anses som sivile⁵².

Selv om verken Genèvekonvensjonenes felles art. 3 eller tilleggsprotokoll nr. 2 bruker kombattantbegrepet har man i Røde Kors` sedvanerettsstudie slått fast at selv i ikke-internasjonale væpnede konflikter skal ”The parties to the conflict ... at all times distinguish between civilians and combatants. Attacks may only be directed against combatants. Attacks must not be directed against civilians”⁵³. Men studien tydeliggjør at man med begrepet ”combatant” i denne regelen har ment de personer som ikke er gitt beskyttelse mot angrep, slik som for eksempel de sivile, og at regelen ikke gir en rett til

⁴⁹ Fleck (2008) s. 613.

⁵⁰ Tilleggsprotokoll nr. 1 art. 50 første ledd og Kleffner (2007) s. 70.

⁵¹ *Customary international humanitarian law* (2005) rule 5 s. 17.

⁵² *Ibid.* s. 19.

⁵³ *Customary international humanitarian law* (2005) rule 1 s. 3.

verken kombattantstatus eller krigsfangestatus⁵⁴. På denne måten blir fokuset rettet mot spørsmålet om hvem som skal anses som sivile og har rett til beskyttelse, i stedet for spørsmålet om hvem som er såkalte ”combatants” og dermed lovlige mål⁵⁵. Likevel er det klart at det etter denne regelen skal skilles mellom sivile og det man kan kalle ”stridende” (”fighters”) i konflikten, se pkt. 1.3.1 i oppgaven. Man må dermed finne ut hvem som utgjør partene i ikke-internasjonale væpnede konflikter, for dermed å kunne skille disse ut fra sivilbefolkningen. Deretter må man finne ut hvem innefor hver av partene som kan anses som ”stridende”, og som dermed utgjør lovlige mål.

En annen stor forskjell mellom internasjonale og ikke-internasjonale væpnede konflikter som har betydning for distinksjonsprinsippet, er at det i internasjonale væpnede konflikter er et krav om at de kombattante skal skille seg ut fra sivilbefolkningen når de deltar i militære operasjoner og angrep⁵⁶, for eksempel ved å bruke uniform og ved å bære våpenet åpent. Et slikt skille er det ikke krav til når det gjelder ikke-internasjonale væpnede konflikter. Heller ikke i Røde Kors` sedvanerettsstudie ble denne regelen funnet å være en sedvanerettslig regel i ikke-internasjonale væpnede konflikter, men kun i internasjonale væpnede konflikter⁵⁷. Det er dermed vanskelig å kunne skille de ”stridende” i de ikke-internasjonale væpnede konfliktene fra sivilbefolkningen, da de ofte kler seg likt og ved at de som regel ikke bærer andre synlige kjennetegn på at de er slike ”stridende”.

⁵⁴ *Customary international humanitarian law* (2005) rule 1 s. 3.

⁵⁵ Kleffner (2007) s. 71.

⁵⁶ Tilleggsprotokoll nr. 1 art. 44 tredje ledd.

⁵⁷ *Customary international humanitarian law* (2005) rule 106 s. 384.

4 Deltagelse i fiendtlighetene.

4.1 Partene.

Regelen i Genèvekonvensjonenes felles art. 3 skal gjelde for "... each party to the conflict ..."⁵⁸. Artikkelen angir dermed at det eksisterer to parter, det vil si to kollektive enheter, i ikke-internasjonale konflikter som står opp i mot hverandre. Videre skiller artikkelen mellom "Persons taking no active part in the hostilities ..." på den ene siden, og de som da tar slik aktiv deltagelse på den andre siden⁵⁹. Aktiv deltagelse i fiendtlighetene fører dermed til at man mister sin beskyttelse som sivil siden man ved en slik deltagelse støtter en av partene i konflikten, og man blir dermed et lovlig mål for motstanderen. Angitt som en underkategori til personer som ikke deltar aktivt i fiendtlighetene, er "... members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat ...". Motsatt kan man da si at væpnede styrker som ikke har lagt ned våpnene sine eller som ikke er hors de combat skal anses for å ta aktiv del i fiendtlighetene og de er dermed ikke beskyttet mot angrep. Når man her snakker om væpnede styrker, skal dette forstås som de væpnede styrker på begge sider i konflikten⁶⁰.

Etter tilleggsprotokoll nr. 2 art. 1 første ledd kommer protokollen til anvendelse når konflikten foregår mellom statens "... armed forces ..." og "... dissident armed forces or other organized armed groups ...". Hvem som tilhører statens væpnede styrker kan man som regel enkelt finne ut av, da dette medlemskapet normalt er regulert i statens interne lover, og ved at disse styrkene bruker uniformer, emblemer og identitetskort⁶¹. Begrepet "... armed forces ..." viser til styrker som har blitt innhentet til tjeneste av regjeringssiden, uansett om de er lojale mot regjeringssiden, eller bryter ut av denne og danner en egen motstandsgruppe⁶². Begrepet skal også tolkes vidt, slik at det også blant annet inkluderer politistyrker, grensevakter og tollere, uten at disse kvalifiserer til væpnede styrker under

⁵⁸ Genèvekonvensjonenes felles art. 3 første ledd.

⁵⁹ Genèvekonvensjonenes felles art. 3 første ledd nr. 1.

⁶⁰ Uhler (1958) s. 37.

⁶¹ Melzer (2008) s. 320.

⁶² Sandoz (1987) pkt. 4460.

landets interne rett⁶³. Artikkelen gir derimot ingen føringer på hva som skal til for å tilhøre de væpnede styrker eller de organiserte grupper som står mot statens væpnede styrker i konflikten.

Man kan etter dette slå fast at i de konfliktene hvor statens væpnede styrker opptrer, er det klart at disse skal anses som en part i konflikten. Dette er for de tilfeller av konflikter som når opp til terskelen satt for å kunne anvende tilleggsprotokoll nr. 2 fastsatt i protokollens artikkel 1 første ledd.

Siden det foreligger to parter i konflikten, er det videre klart at væpnede styrker og organiserte grupper som gjør opprør mot hverandre eller mot statens væpnede styrker skal anses som en part i konflikten. Problemet er å finne ut hvilken status medlemmene i disse organiserte gruppene har, og dermed når de er lovlige mål og kan angripes. Dette vil bli behandlet i pkt. 4.3 i oppgaven.

4.2 Direkte deltagelse i fiendtlighetene.

Det foreligger ingen presis definisjon av uttrykket ”direct participation in hostilities” (direkte deltagelse i fiendtlighetene) i internasjonal humanitær rett⁶⁴. Dette til tross for at uttrykket benyttes både i Genèvekonvensjonene og i tilleggsprotokollene til disse⁶⁵, og er en viktig faktor i å kunne avgjøre om en person er et lovlig mål eller ikke; sivile skal beskyttes så lenge de ikke tar direkte del i fiendtlighetene, gjør de det mister de sin beskyttelse som sivil og kan utsettes for direkte angrep.

Røde Kors har siden 2003 gjennomført en studie hvor de skal prøve å gjøre rede for innholdet i dette uttrykket. Gjennom en rekke møter har man samlet rundt 50 eksperter på området og diskutert dette uttrykket. Det har blitt lagt frem fire vilkår som har blitt drøftet og som til sammen kan gi en definisjon på hva som utgjør direkte deltagelse i

⁶³ Sandoz (1987) pkt. 4462.

⁶⁴ *Customary international humanitarian law* (2005) rule 6 s. 22.

⁶⁵ Genèvekonvensjonenes felles art. 3 første ledd, tilleggsprotokoll nr. 1 art. 51 tredje ledd og tilleggsprotokoll nr. 2 art. 13 tredje ledd.

fiendtlighetene. For det første må det eksistere en fiendtlig handling ("hostilities")⁶⁶. Man prøver her å finne ut hva som ligger i selve begrepet "fiendtligheter". For det annet må handlingen ha en forbindelse ("nexus") til væpnede konflikter og de fiendtlighetene som utføres der⁶⁷. For det tredje må det være en nær årsakssammenheng ("causal proximity") mellom den utførte handlingen og den påfølgende skaden på fienden, altså en vurdering av hvor direkte handlingen er⁶⁸. For det fjerde må handlingen være utført med en fiendtlig intensjon ("hostile intent")⁶⁹.

Begrepet er også behandlet av Israels høyesterett i 2005 i en dom som er omtalt som "Targeted killing dommen" (heretter kalt TK-dommen)⁷⁰. Retten drøftet betydningen av dette begrepet slik det står i tilleggsprotokoll nr. 1 art. 51 tredje ledd, men begrepet har samme betydning der som i tilleggsprotokoll nr. 2 art. 13 tredje ledd. Retten delte begrepet inn i tre deler, hvor de først tok for seg betydningen av begrepet "fiendtligheter", deretter hva det vil si å delta "direkte" i fiendtlighetene, og til slutt en drøftelse av tidsaspektet.

4.2.1 Fiendtligheter.

For å finne ut av hva som ligger i ordet "fiendtligheter" kan det være nyttig å skille begrepet ut fra andre lignende begreper som brukes i internasjonal humanitær rett, som "væpnet konflikt", "militære operasjoner" og "angrep"⁷¹. Ved en hierarkisk rangering vil "væpnet konflikt" være videst av disse begrepene, da dette klassifiserer selve situasjonen som en konflikt. Deretter kommer "fiendtligheter" som kan beskrives som selve utførelsen av den væpnede konflikten på vegne av partene i konflikten⁷². Etter dette kommer "militære operasjoner" som er alle aktiviteter utført av væpnede grupper i forbindelse med

⁶⁶ Melzer (2005) s. 17.

⁶⁷ Ibid. s. 24.

⁶⁸ Ibid. s. 28.

⁶⁹ Ibid. s. 36.

⁷⁰ The public committee against torture in Israel v. The government of Israel.

⁷¹ Melzer (2005) s. 18.

⁷² I.c.

fiendtligheter⁷³. Til slutt kommer ”angrep” som er voldshandlinger utført mot fienden, enten offensivt eller defensivt⁷⁴.

”Fiendtligheter” er i lovkommentaren til tilleggsprotokoll nr. 1 art. 51 tredje ledd definert som ”... acts wich by their nature and purpose are intended to cause actual harm to the personell and equipment of the armed forces”⁷⁵. Denne definisjonen er også støttet i TK-dommen, som legger til at handlinger som også er ment å skade sivilbefolkningen bør tas med i definisjonen⁷⁶, som for eksempel terrorangrep.

Ved spørsmålet om ”fiendtligheter” skal tolkes vidt eller snevert var det uenigheter på ekspertmøtene. En gruppe eksperter ville tolke ”fiendtligheter” så snevert som mulig, og begrense det til konkrete kamper, forberedende handlinger til kamper og andre handlinger som er en umiddelbar trussel mot motstanderen⁷⁷. Man vil på denne måten spare flest mulig sivile liv siden det er enklere å kunne se hvem som tar direkte del i fiendtlighetene når handlingene er så nærme kampene som mulig. En annen gruppe eksperter argumenterte med at selve ordlyden i konvensjonen ikke begrenser seg til å gjelde kun under direkte angrep, og derfor kan ikke begrepet begrenses til kun å gjelde i disse situasjonene⁷⁸. De mente at begrepet ”fiendtligheter” inkluderer også visse aktiviteter som logistikk og etterretning, og hovedsakelig alle aktiviteter som de krigførende foretar seg som er rettet mot å vinne krigen⁷⁹. Dette vil også stemme med det skillet som ble gjort mellom begrepene ovenfor, hvor ”militære operasjoner” og ”angrep” er ansett som to snevrere begrep enn ”fiendtligheter”. Begrepet ”fiendtligheter” kan dermed ikke begrenses til å kun gjelde i disse tilfellene. Selv om beskyttelsen av sivile liv er viktig, er ikke dette det eneste formålet med regelen om tap av beskyttelse ved direkte deltagelse i fiendtligheter. Et annet formål er å styrke distinksjonsprinsippet ved at man holder de sivile borte fra slagmarken,

⁷³ Sandoz (1987) pkt. 1936.

⁷⁴ Tilleggsprotokoll nr. 1 art. 49 første ledd og Schmitt (2006) s. 7.

⁷⁵ Sandoz (1987) pkt. 1942.

⁷⁶ The public committee against torture in Israel v. The government of Israel pkt. 33.

⁷⁷ Melzer (2005) s. 19.

⁷⁸ I.c.

⁷⁹ I.c.

og dette kan oppnås ved å frata dem deres beskyttelse mot direkte angrep når de deltar i aktiviteter som skader motstanderen⁸⁰. Dette vil skremme de sivile fra å være i nærheten av kamphandlingene, som igjen fører til at det er større sannsynlighet for at de som møter opp og er i området hvor disse kampene finner sted er der for å ta direkte del i fiendtlighetene.

Det er ikke et vilkår at sivile må bruke våpen for å kunne si at de tar direkte del i fiendtlighetene, det er mulig å anses for å delta i fiendtlighetene uten å bruke væpnet makt i det hele tatt⁸¹, for eksempel ved angrep på en stats datanettverk ved å sende virus, eller ved å gi viktig informasjon til en av de væpnede styrkene om fienden. Dette støtter opp under at ”fiendtligheter” skal tolkes vidt, og ikke begrenses til kun konkrete handlinger og handlinger som er en umiddelbar trussel mot fienden.

Det var derimot enighet blant ekspertene om at ”fiendtligheter” ikke inkluderer aktiviteter av krigsoppretholdende karakter (”war sustaining”), og at ”fiendtligheter” klart må skilles fra generell krigsinnsats (”war effort”)⁸². Dette synspunktet er også støttet i annen juridisk litteratur⁸³. Uten et slikt skille vil alle sivile som på en eller annen måte bidrar til krigsinnsatsen, som for eksempel husmødre som lager mat til soldatene og bøndene som dyrker denne maten, bli sett på som å ta direkte del i fiendtlighetene. Det ble foreslått at et skille kunne trekkes mellom aktiviteter som var ment å faktisk medføre skade, som for eksempel å bruke ammunisjon til å skade fienden, og aktiviteter som bare laget en mulighet eller en kapasitet til å gjøre dette, for eksempel arbeideren i ammunisjonsfabrikken som jobber med å produsere denne ammunisjonen⁸⁴.

⁸⁰ Melzer (2005) s. 20.

⁸¹ Sandoz (1987) pkt. 1943, Melzer (2005) s. 14 og *The public committee against torture in Israel v. The government of Israel* pkt. 33.

⁸² Melzer (2005) s. 21.

⁸³ Sandoz (1987) pkt. 1945.

⁸⁴ Melzer (2005) s. 21.

4.2.2 Forbindelse til en væpnet konflikt og fiendtligheter.

Det var en generell enighet på ekspertmøtene om at en persons handling må ha en forbindelse til en væpnet konflikt for å kunne kvalifisere som direkte deltagelse i fiendtlighetene⁸⁵. Dette ligger også implisitt i at uttrykket ”direkte deltagelse i fiendtlighetene” er hentet fra Genèvekonvensjonene og tilleggsprotokollene til disse, som gjelder i tilfeller av væpnede konflikter både av internasjonal og av ikke-internasjonal karakter. Kriminelle handlinger som ikke har en slik forbindelse vil dermed ikke frarøve den sivile sin beskyttelse mot direkte angrep, men vil være et brudd på den interne lovgivningen i landet og personen som har utført disse handlingene kan straffeforfølges etter disse lovene.

Spørsmålet er, for å kunne kvalifisere til direkte deltagelse i fiendtligheter, om deltagelsen ikke bare må ha forbindelse til en væpnet konflikt generelt, men også til fiendtlighetene som oppstår i forbindelse med den væpnede konflikten⁸⁶. Det å bare sette som krav at deltagelsen må ha forbindelse til en væpnet konflikt vil være alt for vidt. Da ville alle kriminelle handlinger som utføres av sivile i en stat hvor det foregår en væpnet konflikt, for eksempel å stjele mat i en lokal matbutikk eller å selge narkotika, kunne føre til tap av den siviles beskyttelse, noe som ikke vil være rimelig. For å kunne kvalifisere en handling som direkte deltagelse i fiendtlighetene, må handlingen derfor være relatert til selve fiendtlighetene, slik at det er assosiasjoner til kamper eller militære operasjoner som foregår i forbindelse med fiendtlighetene⁸⁷.

Man må også se denne forbindelsen til fiendtlighetene i sammenheng med tolkingen av begrepet ”fiendtligheter”, slik at sivile handlinger som foregår i en væpnet konflikt kvalifiserer som direkte deltagelse i fiendtlighetene hvis det utgjør en militær aktivitet rettet mot fienden, eller en aktivitet som negativt påvirker fiendens forfølgelse av et militært mål⁸⁸.

⁸⁵ Melzer (2005) s. 24.

⁸⁶ Ibid. s. 25.

⁸⁷ Ibid. s. 25.

⁸⁸ Ibid. s. 27.

4.2.3 Årsakssammenheng.

Kun en direkte deltagelse i fiendtlighetene fører til tap av den siviles beskyttelse, slik at en indirekte deltagelse dermed ikke vil være nok. Man må derfor finne ut av hvor grensen går mellom hva som skal anses som direkte deltagelse og hva som skal anses som indirekte deltagelse i fiendtlighetene.

”Direkte deltagelse” har i lovkommentaren til tilleggsprotokollene blitt definert som ”... acts of war which by their nature or purpose are likely to cause actual harm to the personell and equipment of the enemy armed forces”⁸⁹. Det var enighet på ekspertmøtene om at det kreves en viss grad av årsakssammenheng mellom handlingen og den påfølgende skaden på fienden for at handlingen skulle kunne karakteriseres som en direkte deltagelse i fiendtlighetene⁹⁰. Foreligger det ikke en slik årsakssammenheng vil deltagelsen måtte anses som indirekte. Siden ”fiendtligheter” kan foreligge uten at man påfører en konkret skade på fienden ble det påpekt at begrepet ”skade” vil være for snevert å bruke, med mindre det tolkes så vidt at det også omfatter aktiviteter som ikke nødvendigvis forårsaker slike konkrete skader, som for eksempel og på en eller annen måte hindre fienden i å kunne ta i bruk diverse utstyr eller å utnytte visse territorier og områder av stor taktisk betydning⁹¹. Det er også i teorien sagt at en direkte deltagelse krever det man har kalt en ”but-for causation” som er beskrevet som at ”... the consequences would not have occurred but for the act”⁹². Det vil med andre ord si at hadde det ikke vært for handlingen så ville ikke konsekvensene ha vært der, det er altså selve handlingen som er årsaken til at konsekvensene ble som de ble. Og som i alle andre tilfeller hvor det er krav om en årsakssammenheng, så må konsekvensene av handlingen være adekvate og ikke en helt usannsynlig følge av handlingen⁹³.

Et problem som oppstår i forbindelse med vurderingen av om det foreligger en årsakssammenheng, er at resultatet av en handling ofte ikke kan evalueres før etter

⁸⁹ Sandoz (1987) pkt. 1944.

⁹⁰ Melzer (2005) s. 28.

⁹¹ Ibid. s. 29.

⁹² Schmitt (2004) s. 508.

⁹³ I.c.

handlingen er utført, og da har en eventuell skade allerede skjedd. Det er dermed heller ikke lett å vurdere om deltagelsen er direkte eller indirekte i det deltagelsen skjer, siden det ikke er lett i alle tilfeller å forutse hva resultatet av en handling blir. Flere av ekspertene mente derfor at det avgjørende kriterium må være den tiltenkte skaden og ikke den skaden som allerede har blitt resultatet av deltagelse i fiendtlighetene, og at denne tiltenkte skaden må vurderes objektivt, det vil si fra motstanderens perspektiv og i forhold til omstendighetene rundt situasjonen⁹⁴. Motstanderen vil her være regjeringssiden som der og da må vurdere om handlingen objektivt sett kan føre til en skade og dermed anses som en direkte deltagelse i fiendtlighetene.

Noen av ekspertene mente at siden nesten ethvert resultat på en eller annen måte kan spores tilbake til tilsynelatende ”direkte” eller ”uunnværlige” årsaker, slik at kjeden av årsakssammenhenger ofte bli ekstremt lang, så bør ikke dette være et avgjørende kriterium for om man skal anses for å ta direkte del i fiendtlighetene⁹⁵. Andre derimot mente at dette kriteriet er et viktig element i vurderingen, og hevdet at den nære årsakssammenhengen må referere til skaden som objektivt sett kan forventes fra en handling, siden det å målrettet ta ut sivile som tar direkte del i fiendtlighetene hovedsakelig skal hindre dem i å påføre en slik skade⁹⁶.

Et annet problem er å vurdere hvilken grad av årsakssammenheng mellom en handling og dens forventede eller faktiske konsekvenser som kreves for at beskyttelsen mot direkte angrep skal falle bort⁹⁷. Den rådende oppfatningen på ekspertmøtene var at for å kvalifisere som direkte deltagelse i fiendtligheter trenger en handling mer enn bare en ekstern årsakssammenheng til skadelige konsekvenser, men at en tilstrekkelig årsakssammenheng ikke kan måles objektivt⁹⁸. Direkte deltagelse i fiendtlighetene krever en uavbrutt årsaksrekke mellom handlingen og skaden som er påført⁹⁹. En slik

⁹⁴ Melzer (2005) s. 28.

⁹⁵ Ibid. s. 33.

⁹⁶ Ibid. s. 33.

⁹⁷ Ibid. s. 28.

⁹⁸ Ibid. s. 34.

⁹⁹ Ibid. s. 34.

uavbrutt årsaksrekke kan alltid tolkes alt for vidt, så det er viktig å identifisere vendepunktet for når en handling er nær nok i årsakskjeden til å regnes som direkte deltagelse i fiendtlighetene¹⁰⁰. Identifiseringen av dette punktet ser dessverre ut til å være situasjonsavhengig¹⁰¹.

Et tredje problem er om man ved dagens moderne krigføring i det hele tatt kan bruke årsakssammenheng som et krav til å vurdere en direkte deltagelse i fiendtlighetene, da det er mulig at dette kravet ikke er til så mye hjelp lenger. Krigføringen foregår ikke nødvendigvis på slagmarken lenger, men med lange avstander mellom partene. Når man før hadde frontlinjer som stod opp i mot hverandre, ga det mer mening å bruke årsakssammenheng som et kriterium, siden de som ikke deltok i disse kampene ofte flyktet fra området og de som ble igjen var der for å delta direkte i fiendtlighetene og være med på å utføre ødeleggelsene¹⁰². På grunn av dagens teknologi kan nå alle områder være et krigsområde hvor fiendtligheter blir utført. Dette fører også til at det ikke lenger er noen områder hvor personer som ikke ønsker å delta i fiendtlighetene kan søke tilflukt, noe som vanskeliggjør mulighetene for å avgjøre om de sivile deltar eller ikke deltar direkte i fiendtlighetene¹⁰³. Den moderne krigføringen fører også til det man kaller en asymmetrisk krigføring, som betyr at det kan være store forskjeller mellom partenes utstyr og hvor langt de har kommet teknologisk¹⁰⁴. Parten som har kommet langt i den teknologiske utviklingen vil dermed for eksempel kunne skyte raketter flere hundre mil fra det området de treffer, mens den andre parten ikke har mulighet til dette. Denne forskjellen kan føre til at man får forskjellige oppfatninger av hva som skal anses som direkte deltagelse i fiendtlighetene ett sted i forhold til et annet sted hvor de akkurat samme oppgavene utføres. For å gi et eksempel¹⁰⁵ kan et fly på den ene siden vedlikeholdes, lastes, repareres og sendes av sted i områder hvor krigføringen pågår, og det er da ikke tvil om at enhver sivil person som er

¹⁰⁰ Melzer (2005) s. 35.

¹⁰¹ Ibid. s. 36.

¹⁰² Schmitt (2004) s. 511.

¹⁰³ I.c.

¹⁰⁴ I.c.

¹⁰⁵ Eksemplet er hentet fra Schmitt (2004) s. 512.

med på å utføre disse oppgavene skal anses for å delta direkte i fiendtlighetene. På den andre siden kan et fly som skal delta i den samme krigen vedlikeholdes, lastes, repareres og sendes av sted i et annet land og på et område hvor det bare er pilotene som flyr selve flyet som vil ha noe med kamphandlingene å gjøre. En sivil tekniker som jobber med dette flyet kan forlate flybasen, spise middag i en restaurant og hente barna sine på skolen på vei hjem fra jobb. Men denne personen tar ikke mindre direkte del i fiendtlighetene enn personene som jobber med flyet som er lokalisert i krigsområdet, selv om det ut i fra omstendighetene kan oppfattes sånn. På denne måten kan den asymmetriske krigføringen føre til at man forvrenger perspektivet på hva man skal anse som direkte deltagelse og hva man skal anse som indirekte deltagelse.

4.2.4 Fiendtlig intensjon.

På ekspertmøtene var det enighet om at en fiendtlig intensjon ikke kan anses som et element i begrepet ”direkte deltagelse i fiendtlighetene”, da dette er et begrep som ikke hører til internasjonal humanitær rett, men som hører til terminologien i det man kaller ”rules of engagement” (ROE)¹⁰⁶. ROE er direktiver til operative sjefer som gir instruksjoner for når makt kan brukes av soldatene, for eksempel at man lovlig kan bruke makt i selvforsvar¹⁰⁷. Det ble anført at uansett så vil bruken av ”fiendtlig intensjon” som en begrunnelse for å bruke dødelig makt mot sivile være farlig, siden kriteriet er veldig subjektivt og derfor kan misbrukes og misforstås¹⁰⁸. Man kan ikke la en soldats oppfatning av en situasjon være styrende for vurderingen av om en sivilperson har mistet sin beskyttelse og dødelig makt kan benyttes. Det må noe mer til enn dette. Det vil også være umulig for soldatene på bakken å vurdere en sivilpersons intensjoner i løpet av de få sekundene man ofte har på å ta en slik avgjørelse. Man kan ikke gå inn i hodene på personene og for eksempel vurdere om de stjeler våpen fra et militært våpenlager for å

¹⁰⁶ Melzer (2005) s. 37.

¹⁰⁷ Fleck (2008) s. 655.

¹⁰⁸ Melzer (2005) s. 37.

kunne bruke disse i kamper mot regjeringsstyrkene senere, eller om de stjeler disse for å kunne selge de og tjene penger til mat til familien sin.

Det ble videre hevdet på ekspertmøtene at hele diskusjonen om ”fiendtlig intensjon” var basert på en forvirring mellom subjektive og objektive elementer, og at det som må klargjøres ikke er den subjektive fiendtlige intensjonen, men den objektive terskelen for årsakssammenhengen mellom den siviles aktivitet og den påfølgende skaden påført under fiendtlighetene¹⁰⁹. Et slikt objektivt vurdering av situasjonen kan gi en bedre veiledning enn en subjektiv vurdering av den siviles intensjon, siden man da vurderer om situasjonen ser fiendtlig ut og ikke trenger å vurdere personens tankegang.

Flere eksperter hevdet at kriteriet om fiendtlig intensjon burde gjøres om til et objektivt kriterium og gjøres til en del av begrepet ”fiendtligheter”, hvor det kan komme inn under kravet om at handlingen må være rettet mot fienden¹¹⁰. Bare på denne måten kan kriteriet gi en pålitelig veiledning til soldatene over hvem de kan og hvem de ikke kan identifisere som lovlige mål¹¹¹.

4.2.5 Praktiske eksempler på direkte deltagelse i fiendtlighetene.

Selv om man i teorien ikke er helt enig om hvilke kriterier som skal foreligge, og også om hvilket innhold de forskjellige kriteriene skal ha når det gjelder direkte deltagelse i fiendtligheter, er det likevel gitt flere eksempler på handlinger som det er blitt enighet om at skal anses som direkte deltagelse i fiendtlighetene. Disse kan kaste lys over hvor grensene går i de forskjellige kriteriene som har blitt anført ovenfor.

Selv om en sivil person verken trenger å bære eller å bruke våpen for å kunne anses for å ta direkte del i fiendtlighetene, er det klart at en sivil må anses som å delta direkte i fiendtlighetene når han faktisk bruker et våpen i en væpnet konflikt¹¹². Under en væpnet

¹⁰⁹ Melzer (2005) s. 38.

¹¹⁰ Ibid. s. 40.

¹¹¹ Ibid. s. 40.

¹¹² The public committee against torture in Israel v. The government of Israel pkt. 33 og *Customary international humanitarian law* (2005) rule 6 s. 22.

konflikt vil nok mange sivile både ha våpen hjemme og bære de med seg, for eksempel for å beskytte seg selv og familien eller fordi det er en del av kulturen i landet å ha våpen. Det å ha et våpen i seg selv kan dermed ikke være nok til å si at personen tar direkte del i fiendtlighetene, våpenet må også brukes¹¹³. Men heller ikke all bruk av våpenet fører til tap av den siviles beskyttelse. Blir et våpen brukt i selvforsvar for å beskytte seg selv eller andre, for å beskytte sin egen eller andres eiendom mot tyveri, eller mot andre som deltar i kriminelle aktiviteter gjør ikke dette vedkommende til en som tar direkte del i fiendtlighetene¹¹⁴. Man må både se an hvordan situasjonen er der og da, og hvilken motivasjon som ligger bak våpenbruken. Dette henger sammen med vilkåret om at det må foreligge en forbindelse til en væpnet konflikt og fiendtlighetene i denne væpnede konflikten for at en handling skal anses for å være direkte deltagelse i fiendtlighetene, se pkt. 4.2.2 i oppgaven. Ved for eksempel selvforsvar og forsvar av eiendom mot tyveri foreligger ingen slik sammenheng til den væpnede konflikten eller fiendtlighetene i denne, men det foreligger en kriminell handling som må behandles etter brudd på statens interne lovgivning. Forsvarer man seg derimot mot lovlig bruk av makt av de ”stridende” i konflikten, for eksempel ved å skyte mot en invaderende hærstyrke, vil dette bli ansett som direkte deltagelse i fiendtlighetene¹¹⁵. I dette tilfellet vil man hindre disse styrkene i sin militære operasjon, slik at handlingen har en klar sammenheng til fiendtlighetene i konflikten.

Bruken av menneskelige skjold for å beskytte militære mål er utbredt i mange væpnede konflikter. Slike menneskelige skjold kan enten delta på et frivillig eller et ufrivillig grunnlag. Det kan diskuteres om menneskelige skjold i det hele tatt hører inn under en diskusjon om direkte deltagelse i fiendtlighetene, siden det i disse situasjonene er det militære målet som vil være grunnlaget for et angrep. Men grunnen for at man har tatt med disse situasjonene i denne diskusjonen er nok fordi man har disse frivillige menneskelige skjoldene, hvor deltagelsen skjer på et frivillig grunnlag for å forsøke å beskytte det militære målet. Det er klart at personer som blir tvunget til å være

¹¹³ Schmitt (2004) s. 519.

¹¹⁴ I.c.

¹¹⁵ Schmitt (2004) s. 520.

menneskelige skjold ikke kan anses å delta direkte i fiendtlighetene, men at en slik situasjon må anses som en indirekte deltagelse av de involverte. Det kan også settes spørsmålstegn ved om det i det hele tatt kan anses som en deltagelse siden bakgrunnen for situasjonen er tvang. Ved tvang blir disse personene selv et offer for terrorisme og fiendtlighetene i konflikten¹¹⁶. Dette betyr derimot ikke at det er ulovlig å angripe de militære objektene som beskyttes av disse personene, men man må her ta proporsjonalitetsprinsippet i betraktning. Hva så med sivile som frivillig deltar som menneskelige skjold for å beskytte militære mål og gjenstander? Det er i både teori og praksis slått fast at personer som frivillig deltar som menneskelige skjold må anses for å delta direkte i fiendtlighetene og dermed utgjøre et lovlig mål¹¹⁷. Ved at de frivillig velger å beskytte dette objektet, tar de en aktiv og direkte deltagelse i fiendtlighetene. I disse tilfellene er det, som sagt, ikke personene selv som er målet med angrepet, men det objektet de beskytter. Men ved at personene deltar frivillig som menneskelige skjold, behøver man ikke å ta dem med som en faktor ved vurdering av proporsjonalitetsprinsippet siden de er lovlige mål i seg selv¹¹⁸.

Dagens moderne krigføring har blitt mer teknisk avansert enn før. Dette har blant annet ført til en ny type krigføring, nemlig krigføring som foregår elektronisk for eksempel angrep på en stats datanettverk ved å innføre virus i disse eller ved å ta over kontrollen og styringen av hele nettverket. Siden et slikt angrep ikke inneholder en fysisk kraft, er det et spørsmål om et slikt angrep i det hele tatt kan anses som et angrep som kan føre til en væpnet konflikt¹¹⁹. Selv om et angrep på et datanettverk ikke inneholder en fysisk kraft i seg selv, kan det slikt angrep før til store skader, for eksempel hvor man går inn i et datanettverk og tar kontrollen over styringen av jernbanesystemet, kontrolltårn på flyplasser eller vannforsyningen til en by. Det er derfor klart at angrep på slike nettverk som forårsaker skadelige konsekvenser kan anses som et angrep som kan føre til en væpnet

¹¹⁶ The public committee against torture in Israel v. The government of Israel pkt. 36.

¹¹⁷ The public committee against torture in Israel v. The government of Israel pkt. 36 og Schmitt (2004) s. 521.

¹¹⁸ Schmitt (2004) s. 522.

¹¹⁹ Ibid. s. 526.

konflikt, selv om angrepet på datanettverker i seg selv ikke inneholder noen fysisk kraft¹²⁰. Krigens folkerett vil komme til anvendelse når angrep på en stats datanettverk utgjør mer enn kun sporadiske og isolerte hendelser, og når angrepet har som mål å forårsake skader, død og ødeleggelse, eller når slike konsekvenser kan forutses¹²¹. Siden angrep på datanettverk kan skape skader og ødeleggelse, vil de som utfører disse operasjonene som forårsaker dette anses for å delta direkte i fiendtlighetene¹²². Direkte deltagelse i fiendtlighetene ved angrep på datanettverk omfatter også slike angrep som er rettet mot fiendens umiddelbare muligheter til krigføring, for eksempel angrep på datanettverk som tilhører fiendens kommandosentral og deres samband¹²³.

Det å drive etterretning og å samle inn informasjon om fienden skal også anses som direkte deltagelse i fiendtlighetene¹²⁴. Det ble poengtert på ekspertmøtene at bare etterretning som har direkte forbindelse til angrep eller forsvar skal anses som direkte deltagelse¹²⁵. Den informasjonen som samles inn må altså brukes under et angrep eller i en eller annen form for forsvar for at man skal kunne anses for å ha deltatt direkte i fiendtlighetene. Brukes ikke informasjonen til dette, kan deltagelsen bare anses som indirekte. Da det er vanskelig å vurdere på forhånd om den etterretningen som gjøres skal benyttes under et angrep, vil det her ofte være den etterretningen som skjer rett før eller under et angrep som vil være det enkleste å vurdere som direkte deltagelse i fiendtligheter. Dette kan for eksempel være sivile som følger med og melder fra når det er vaktbytte hos fienden, eller som observerer fiendens ildstillinger under kampene og melder i fra når de stikker opp hodet for å observere. Det kan gjøres et skille mellom personer som har som intensjon å hjelpe den ene parten i konflikten ved for eksempel å rapportere om hvor fienden har sine ildstillinger, og personer som ikke har intensjon om å hjelpe noen av partene, men som for eksempel bare svarer på spørsmål fra forbipasserende militære

¹²⁰ Schmitt (2006) s. 18.

¹²¹ Schmitt (2004) s. 526.

¹²² I.c.

¹²³ Schmitt (2004) s. 527.

¹²⁴ The public committee against torture in Israel v. The government of Israel pkt. 33.

¹²⁵ Melzer (2005) s. 22.

grupper¹²⁶. De sistnevnte kan ikke anses for å delta direkte i fiendtlighetene. Men siden det er slått fast at man ikke skal legge vekt på subjektive intensjoner ved vurderingen av om en person skal anses for å delta direkte i fiendtlighetene, jfr. pkt. 4.2.4 i oppgaven, kan man ikke legge alt for mye i et slikt skille.

Det ble også diskutert på ekspertmøtene om sivile som jobber som vakter i krigsfangeleirer skal anses for å ta direkte del i fiendtlighetene. Siden formålet med å vokte krigsfanger er å hindre disse fra å rømme og dermed forene seg med sine væpnede styrker igjen, vil dette være en militær aktivitet som er en del av fiendtlighetene slik at disse vaktene skal anses for å delta direkte i fiendtlighetene¹²⁷.

Flere steder i teorien har det blitt diskutert om sivile sjåførere som frakter ammunisjon skal anses for å delta direkte i fiendtlighetene. Man må her se på hvor nærme fiendtlighetene denne sjåføren kjører bilen med ammunisjon. For at denne handlingen skal være direkte nok må man skille mellom det å kjøre ammunisjon nærme frontlinjen, og det å kjøre ammunisjon flere mil unna disse kampene¹²⁸. Dette ble også slått fast i TK-dommen, hvor det blir sagt at man anser det å kjøre ammunisjon til det området det skal brukes som en del av fiendtlighetene som direkte deltagelse i fiendtlighetene¹²⁹.

4.3 Deltagernes status.

I væpnede konflikter eksisterer det kun to statuser som personer kan ha; enten er man sivil ellers så er man kombattant¹³⁰. Det er også slått fast i Røde Kors' sedvanerettsstudie at man både i internasjonale og ikke-internasjonale væpnede konflikter skal skille mellom de som er sivile og de som er kombattante¹³¹, jfr. pkt. 3.2 i oppgaven. Siden kombattantstatusen ikke eksisterer i ikke-internasjonale væpnede konflikter, vil ordet "stridende" bli brukt her som et alternativ for denne kombattantstatusen på de som er

¹²⁶ Melzer (2004) s. 5.

¹²⁷ Melzer (2005) s. 16.

¹²⁸ Ibid. s. 33.

¹²⁹ The public committee against torture in Israel v. The government of Israel pkt. 35.

¹³⁰ Tilleggsprotokoll nr. 1 art. 43 annet ledd og 50 første ledd og tilleggsprotokoll nr. 2 art. 13.

¹³¹ *Customary international humanitarian law* (2005) rule 1 s. 3.

deltagende i konflikten og dermed lovlige mål, slik at man skulle skille disse ut fra resten av sivilbefolkningen, jfr. pkt. 1.3.1 i oppgaven.

Etter terrorangrepet i USA 11. september 2001 har det vært introdusert en ny terminologi, nemlig "unlawful combatants" ("ulovlige stridende"), som en tredje status under internasjonal humanitær rett for personer som verken skal anses som sivile og ha den beskyttelsen som sivilbefolkningen har, eller som kombattante og ha de rettigheter og fordeler dette medfører¹³². Tankegangen bak dette var at disse "unlawful combatants" mister sin sivile beskyttelse og er lovlige mål fordi de deltar aktivt og kontinuerlig i fiendtlighetene, og de skal heller ikke anses som kombattante og få rett til de privilegiene som kombattante har fordi de ikke skiller seg ut fra befolkningen og siden de ikke følger krigens folkerett¹³³. Men denne kategoriseringen har ikke fått støtte i teorien og brukes ikke i internasjonale humanitær rett¹³⁴. I TK-dommen ble det også sagt at man ikke ut i fra den eksisterende lovgivning, både når det gjelder nasjonal og internasjonal lovgivning, traktater og sedvanerett, kunne finne noen holdepunkter for at man kan operere med denne tredje kategorien av personer¹³⁵.

4.3.1 Sivile.

Sivile skal til enhver tid beskyttes i væpnede konflikter¹³⁶. Disse er i utgangspunktet ikke en del av partene i konflikten. Som sagt under pkt. 3.2 i oppgaven viser tilleggsprotokoll nr. 2 art. 13 til "the civilian population" og "individual civilians" uten å definere hvem som tilhører gruppen med sivile. En liten føring på hvem som tilhører sivilbefolkningen og hvem som ikke gjør det kan likevel leses ut fra artikkelens tredje ledd,

¹³² Fleck (2008) s. 83.

¹³³ The public committee against torture in Israel v. The government of Israel pkt. 27.

¹³⁴ Melzer (2008) s. 331 og Melzer (2004) s. 17.

¹³⁵ The public committee against torture in Israel v. The government of Israel pkt. 28.

¹³⁶ Tilleggsprotokoll nr. 1 art. 51 og tilleggsprotokoll nr. 2 art. 13.

som sier at sivile skal beskyttes ”... unless and for such time as they take a direct¹³⁷ part in hostilities”. Et slikt skille mellom personer som deltar direkte i fiendtlighetene og de som ikke gjør det, er også gitt i tilleggsprotokoll nr. 2 art. 4 første ledd. Det er også slått fast i Røde Kors` sedvanerettsstudie at ”Civilians are protected against attack unless and for such time as they take a direct part in hostilities”¹³⁸. Ut i fra dette kan man slå fast at så lenge man deltar direkte i fiendtlighetene er man ikke lenger beskyttet som sivil, og er dermed et lovlig mål. Holder man seg unna en slik deltagelse, skal man beholde beskyttelsen mot angrep som sivil. Hvilke handlinger som innebærer direkte deltagelse i fiendtlighetene ble behandlet under i pkt. 4.2 i oppgaven.

4.3.2 Statens væpnede styrker.

Når det gjelder hvilken status statens væpnede styrker har, er det i Røde Kors` sedvanerettsstudie sagt at statens væpnede styrker ikke skal anses som sivile¹³⁹. Alternativet er da at de har status som ”stridende” i konflikten.

4.3.3 Andre væpnede styrker og organiserte væpnede grupper.

Hvilken status de ”stridende” i opposisjonsstyrkene har, er det uenigheter om i teorien. Praksis er heller ikke klar på hva som er gjeldende rett på dette området¹⁴⁰. Uenighetene går ut på om disse ”stridende” skal, ved å være medlem i en organisert væpnet gruppe, anses som å delta direkte i fiendtlighetene i hele den perioden de er medlemmer, slik at de alltid er et lovlig mål, eller om de kun skal anses som ”stridende” i de konkrete handlingene hvor de deltar direkte i fiendtlighetene og anses som sivil ellers, eller om de skal anses som en blanding av disse to alternativene.

¹³⁷ Selv om Genèvekonvensjonenes felles art. 3 bruker uttrykket ”aktiv” deltagelse i fiendtlighetene, og tilleggsprotokoll nr. 2 bruker uttrykket ”direkte” deltagelse i fiendtligheter, skal disse forstås på samme måte, jfr. Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu pkt. 629 og Schmitt (2006) s. 4.

¹³⁸ *Customary international humanitarian law* (2005) rule 6 s. 19.

¹³⁹ *Customary international humanitarian law* (2005) rule 5 s. 19.

¹⁴⁰ I.c.

4.3.3.1 Medlemskap som direkte deltagelse.

Under denne tilnærmelsen vil et medlemskap i en organisert væpnet gruppe være nok til at man skal anses for å delta direkte i fiendtlighetene og dermed mister sin beskyttelse som sivil¹⁴¹. Denne første tilnærmelsen trekker en analogi mot reglene som gjelder i internasjonale væpnede konflikter, og gjør et skille mellom to grupper av personer, henholdsvis medlemmer av væpnede styrker (både statlige og ikke-statlige) på den ene siden og resten som ikke tilhører slike væpnede styrker på den andre siden¹⁴². De ”stridende” som er medlemmer av disse væpnede styrkene vil da være lovlige mål fra det tidspunktet de blir medlemmer i denne gruppen og så lenge medlemskapet i gruppen varer. Behandlingen av tidsaspektet når det gjelder medlemskap som direkte deltagelse skal behandles i pkt. 4.4.3 i oppgaven. Under det foreliggende punktet er det kun medlemskap som direkte deltagelse i form av fastleggelsen av deltagerens status som skal behandles.

Det er de grå sonene som må klargjøres på dette punkt. Verken juridiske eksperter eller soldatene på bakken vil være uenige i at man har en plikt til å arrestere i stedet for å bruke dødelig makt i de tilfeller hvor det er åpenbart at et medlem av en organisert væpnet gruppe i stedet kan fanges uten stor risiko, og på den annen side at statens væpnede styrker ikke trenger å forsøke å arrestere en selvmordsbomber, men har rett til å bruke dødelig makt mot han eller henne umiddelbart¹⁴³. Det er de grå sonene i mellom disse ytterpunktene som må klargjøres, for eksempel hvor soldater ved en vei kontroll post må avgjøre om bilen som kommer i stor fart mot dem inneholder væpnede soldater og kan skytes på, eller om den kun inneholder fredelige sivile og dermed skal beskyttes¹⁴⁴.

Gir man medlemmer i organiserte væpnede grupper status som sivile så lenge de ikke tar direkte del i fiendtlighetene, vil dette føre til en ubalanse mellom disse gruppene og statens væpnede styrker, da de sistnevnte vil kunne være gjenstand for angrep hele tiden,

¹⁴¹ Kleffner (2007) s. 72.

¹⁴² I.c.

¹⁴³ Melzer (2005) s. 56.

¹⁴⁴ Ibid. s. 57.

mens medlemmene i de væpnede motstandsgruppene ikke vil være det¹⁴⁵. Anser man et medlemskap i gruppen som nok til å bli ansett for å delta direkte i fiendtlighetene, så unngår man denne ubalansen. Da vil alle som er medlemmer av en eller annen væpnet gruppe være lovlige mål selv om de ikke deltar i fiendtlighetene akkurat der og da, men for eksempel har en pause og er hjemme og spiser middag. Dette synspunktet ble også støttet av flere juridiske eksperter under ekspertmøtene, hvor det ble sagt at for å fjerne uvissheten om hvem som er sivil og hvem som ikke er det så må man gi begge sider av konflikten lik status¹⁴⁶.

Denne tilnærmelsen bygger også opp under at det eksisterer to parter i konflikten som skal behandles likt etter loven, og at medlemmene i organiserte væpnede grupper ikke handler som individer, men som en del av et kollektiv som benytter seg av voldelige midler av en viss intensitet for å oppnå sine mål¹⁴⁷. De vil på denne måten gjøre seg til en part i konflikten.

En uheldig side ved denne tilnærmelsen er at den gir ethvert medlem i den organiserte væpnede gruppen status som ”stridende”, uavhengig av hvilken funksjon vedkommende har i gruppen¹⁴⁸. Det vil si at både kokker, sekretærer og de som deltar aktivt i selve kamphandlingene skal anses som lovlige mål og kunne angripes. Dette vil også føre til en form for ubalanse, men denne ubalansen vil være omvendt av den som ble omtalt i sted, siden det nå vil være færre begrensinger innenfor lovlige angrep på medlemmer av organiserte væpnede grupper enn det vil være for angrep på statens væpnede styrker¹⁴⁹. En slik tilnæringsmåte vil være for vid, og man bør derfor innenfor medlemmene i disse væpnede gruppene skille ut de som i praksis er ”stridende”, det vil si de medlemmene av gruppen som løpende deltar i kampene, inkludert de som er ledere for disse¹⁵⁰. Og siden disse ”stridende” da allerede tar direkte del i fiendtligheter, som i seg

¹⁴⁵ *Customary international humanitarian law* (2005) rule 6 s. 21.

¹⁴⁶ Melzer (2005) s. 43.

¹⁴⁷ Kleffner (2007) s. 73.

¹⁴⁸ I.c.

¹⁴⁹ Kleffner (2007) s. 74.

¹⁵⁰ I.c.

selv er et grunnlag for å kunne utføre målrettede angrep mot disse, er det hevdet at det ikke er bruk for denne medlemskapstilknytningen for å kunne angripe dem¹⁵¹. Det er også foreslått at man, ved en analogi til reglene som gjelder i internasjonale væpnede konflikter, kan si at de personene som er nevnt i den tredje Genèvekonvensjonens art. 4A fjerde ledd skal anses som sivile i ikke-internasjonale væpnede konflikter¹⁵². Det vil si personer som følger med de væpnede styrker uten å være medlem av disse, og som dermed er immune mot angrep så lenge de ikke deltar direkte i fiendtlighetene. Som eksempler er det nevnt sivile medlemmer av flybesetningen i militære fly, entreprenører og personer som utfører velferdstjenester for de væpnede styrker¹⁵³.

En annen uheldig side ved denne tilnærmelsen er at man er avhengig av god etterretning for å i det hele tatt kunne finne ut av hvem som er medlemmer av en organisert væpnet gruppe og hvem som dermed skal anses som ”stridende”¹⁵⁴. Dette kan være spesielt vanskelig å finne ut av ved grupper som ikke er så godt organisert og som i tillegg ikke skiller seg ut fra befolkningen for eksempel ved bruk av uniform eller andre synlige kjennetegn. En annen vanskelig side ved dette er at organiserte væpnede grupper også kan forandre seg, avhengig av fasen i den væpnede konflikten, og den suksess eller det nederlag motstanderen har med å splitte eller å overvinne dem¹⁵⁵. En slik etterretning og oversikt over hvilke personer som er medlemmer i en væpnet gruppe og hvilke personer som er sivile må også foreligge for at man skal kunne overholde regelen om å gjøre alt som er praktisk mulig for å forvise seg om at målet som skal angripes er militært, som er en sedvanerettslig regel i internasjonal humanitær rett¹⁵⁶. Overholdes ikke dette vil risikoen for feilaktige angrep på sivile øke drastisk, noe man ikke kan akseptere.

Man må også få klarhet i hva som skal til for å utgjøre en ”organisert væpnet gruppe” under internasjonal humanitær rett for å kunne vite hvem som er medlemmer i

¹⁵¹ Melzer (2005) s. 49.

¹⁵² Kleffner (2007) s. 74.

¹⁵³ Den tredje Genèvekonvensjon art. 4 A fjerde ledd.

¹⁵⁴ Kleffner (2007) s. 74.

¹⁵⁵ I.c.

¹⁵⁶ *Customary international humanitarian law* (2005) rule 16 s. 56.

disse¹⁵⁷. En av de deltagende ekspertene på ekspertmøtene kom med forslaget om at en organisert væpnet gruppe er en gruppe som ønsker å involvere seg i en konflikt ved å støtte den ene av partenes militære kampanje¹⁵⁸. Det ble videre diskutert om denne medlemskaps-tilknytningen kunne begrenses til organiserte væpnede grupper som oppfyller de fire kriteriene som er fastsatt i den tredje Genèvekonvensjonens art. 4A annet ledd som gir krigsfangestatus til irregulære væpnede styrker i internasjonale væpnede konflikter¹⁵⁹. Disse fire kriteriene er å være under en ansvarlig kommando, å bære et fast og gjenkjennelig symbol som kan ses på en viss avstand, å bære våpenet åpent, og å operere i overensstemmelse med de regler og sedvaner som gjelder i krig. Flere av ekspertene holdt fast ved at disse kriteriene bare forholdt seg til krigsfangestatus i internasjonale væpnede konflikter, og de hadde ingenting i en diskusjon om tap av sivil beskyttelse i ikke-internasjonale væpnede konflikter å gjøre¹⁶⁰. Det ble argumentert med at hvis man forbinder medlemskapet i en organisert væpnet gruppe med disse fire kriteriene, så vil dette kunne føre til at disse gruppene gjør alt for å ikke oppfylle disse kravene, og på denne måten unnsnippe å bli kategorisert som en organisert væpnet gruppe hvor medlemmene er lovlige mål til enhver tid¹⁶¹. Andre eksperter mente at de fire kriteriene kunne være delvis relevante ved identifiseringen av organiserte væpnede grupper, ved at en medlemskaps-tilknytning bare kunne anvendes på organiserte væpnede grupper som hadde en ansvarlig kommando og faste og gjenkjennelige symboler¹⁶². På denne måten vil man kunne beskytte de sivile til en viss grad. En annen gruppe med eksperter foreslo at kriteriene som er fastsatt i tilleggsprotokoll nr. 2 art. 1 første ledd som beskriver den ikke-statlige parten i konflikten, det være seg at de har en ansvarlig kommando, kontroll over en del av et territorie og utfører en viss intensitet av fiendtligheter, kunne gi en viss veiledning

¹⁵⁷ Melzer (2005) s. 46.

¹⁵⁸ I.c.

¹⁵⁹ Melzer (2005) s. 47.

¹⁶⁰ I.c.

¹⁶¹ I.c.

¹⁶² I.c.

i identifiseringen av organiserte væpnede grupper¹⁶³. Andre eksperter spesifiserte derimot at disse elementene bare er avgjørende i å skille organiserte væpnede grupper som skal falle inn under internasjonal humanitær rett, fra terroristgrupper som ikke faller inn under dette regelverket¹⁶⁴. Til slutt ble det sagt at det er vanskelig å definere en organisert væpnet gruppe ved en enkelt definisjon, og at den eneste måten å identifisere disse gruppene og deres medlemmer på er å se på den fakta som foreligger i hver konkrete konflikt av ikke-internasjonal karakter¹⁶⁵. Det ble sagt at dette er den eneste måten å imøtekomme den store variasjonen av organiserte væpnede grupper som er involvert i konflikter verden over¹⁶⁶.

Det kan etter dette spørres om det vil ha en betydning fra eller til å anse medlemskap som nok til å si at man deltar direkte i fiendtlighetene, siden det å skille mellom hvem som er medlem og hvem som ikke er det, er såpass vanskelig og nærmest en umulig oppgave. Dette forsterkes også ved at man ved tvil om en persons status alltid skal anse personen for å være sivil og dermed ha beskyttelse¹⁶⁷. De ”stridende” som ikke skiller seg ut fra sivilbefolkningen vil dermed kunne få større beskyttelse enn medlemmene av statens væpnede styrker, noe som igjen kan føre til at man bevisst lar være å skille seg ut¹⁶⁸. Man vil dermed fort falle tilbake på det å måtte vente og se hvem som deltar direkte i fiendtlighetene før man kan angripe, noe som fører til at man må drive en defensiv krigføring som er lite heldig.

Fordelen med denne tilnærmingen når den fungerer etter sitt formål er at man kan drive en mer offensiv krigføring i stedet for å måtte vente på å bli angrepet først for å se hvilke personer som deltar direkte i fiendtlighetene. Har man god etterretning vil nok dette kunne fungere, og man vil da ha lov til å ta ut medlemmer utenom de konkrete kampene, for eksempel når de er hjemme og spiser middag eller når de sover. Men problemet vil fortsatt være å finne frem til hvem som er medlemmer av gruppen, og spesielt de som ikke

¹⁶³ Melzer (2005) s. 47.

¹⁶⁴ Ibid. s. 48.

¹⁶⁵ Ibid. s. 48.

¹⁶⁶ Ibid. s. 48.

¹⁶⁷ *Customary international humanitarian law* (2005) rule 6 s. 24 og Melzer (2005) s. 44.

¹⁶⁸ Kleffner (2007) s. 75.

har en lederstilling da ledere ofte skiller seg mer ut og er enklere å kartlegge enn de medlemmene som kun følger det lederen av gruppen sier.

4.3.3.2 Direkte deltagelse kun ved konkrete handlinger.

Under denne tilnærmelsen vil man ha status som sivil så lenge man ikke deltar direkte i fiendtlighetene¹⁶⁹. Det gjøres dermed ikke noe forskjell mellom personer som er medlemmer av organiserte væpnede grupper og personer som ikke er det. Alle skal anses som sivile på lik linje, slik at de bare mister sin status og beskyttelse ved, og i den perioden, de deltar direkte i fiendtlighetene. Denne tilnærmelsen vil være en sterk kontrast til internasjonale væpnede konflikter, hvor man hele tiden har et klart skille mellom sivile og kombattante¹⁷⁰.

Dette synspunktet fører til det som kalles ”svingdørsteorien” fordi den gir de sivile muligheter til å kunne skifte mellom statusene og for eksempel være ”stridende” på kvelden når de deltar direkte i fiendtlighetene, og gå tilbake til å være bonde neste dag når de ikke lenger deltar direkte i fiendtlighetene. En slik mulighet til å skifte mellom statusene er lite heldig og gjør det vanskelig for statens væpnede styrker å kunne vite hvem som er lovlige mål og hvem som ikke er det. Det vil også være vanskelig å vurdere hvor lenge de sivile som deltar i fiendtlighetene skal anses som ”stridende”. Dette tidsaspektet skal drøftes under pkt. 4.4 i oppgaven.

Fordelen ved denne tilnærmelsen er at man ved å kun angripe de som deltar direkte i fiendtlighetene ved konkrete handlinger kan være ganske sikker på at personene har mistet sin sivile beskyttelse slik at de ikke lenger er immune mot angrep. Blir for eksempel en av leirene til statens væpnede styrker angrepet av sivilbefolkningen, vil man enkelt kunne se de personene som deltar direkte i fiendtlighetene der og da, og dermed kunne ta de ut med sikkerhet om at de har mistet sin sivile beskyttelse. Det er dermed mindre sjanser for at uskyldige siviles liv skal gå tapt som en følge av angrepene.

¹⁶⁹ Kleffner (2007) s. 72.

¹⁷⁰ I.c.

Ulempen er at man må føre en mer defensiv krigføring. En stats væpnede styrker kan ikke seire i en væpnet konflikt hvor alle som tilhører motstanderen er beskyttet, og hvor man bare kan svare på angrep mot ens egne væpnede styrker uten å selv kunne ta initiativ¹⁷¹. Man vil heller ikke på noe tidspunkt kunne vite hvem ens fiender er, noe som fører til en spent situasjon hvor man for eksempel skal ut og patruljere i gatene. Dette kan også føre til at soldatene som for eksempel er med på disse patruljene blir mer nervøse og usikre, og kan reagere med dødelig makt i situasjoner som i det utgangspunktet ikke var noe fare ved.

4.3.3.3 Direkte deltagelse på en glidende skala.

Under den tredje tilnærmelsen kan man kombinere de to foregående tilnærmelsene, og si at man bør ha et skille mellom organiserte væpnede grupper, som skal ha status som ”stridende” hele tiden på grunn av sitt medlemskap, og uorganiserte sivile, som bare skal miste sin immunitet fra direkte angrep i den tiden de deltar direkte i fiendtlighetene¹⁷². Men man løser ikke de problemene som er skissert ovenfor ved å blande disse to tilnærmelsene sammen.

Selv om det er uenigheter i teori og praksis angående opposisjonsgruppens status, er det en ting som er klart angående dette, og det er at alle sivile personer er et lovlig mål ”... for such time as they take direct/active part in hostilities”¹⁷³. Det er dermed viktig å ha klart for seg hva som ligger i dette uttrykket.

4.4 Tidsaspektet.

Sivile skal alltid beskyttes i væpnede konflikter ”... unless and for such time ...” de deltar direkte i fiendtlighetene¹⁷⁴. Dette antyder at det foreligger en tidsbegrensning for

¹⁷¹ Melzer (2005) s. 44.

¹⁷² Kleffner (2007) s. 72 og Melzer (2005) s. 44.

¹⁷³ Genèvekonvensjonenes felles art. 3, tilleggsprotokoll nr. 2 art. 13 tredje ledd, tilleggsprotokoll nr. 1 art. 51 tredje ledd og *Customary international humanitarian law* (2005) rule 6 s. 19.

¹⁷⁴ Tilleggsprotokoll nr. 2 art. 13 tredje ledd.

hvor lenge man skal anses for å delta direkte i fiendtlighetene, og at man bare innenfor dette tidsrommet mister sin sivile beskyttelse og skal anses som et lovlig mål. Når man ikke lenger tar direkte del i fiendtlighetene, skal man få tilbake sin beskyttelse som sivil, og dermed ikke lenger anses som et lovlig mål. Problemstillingen her er å finne ut av når den direkte deltagelsen begynner, og når den opphører igjen.

Måten de sivile deltar i fiendtlighetene på kan variere veldig. På den ene enden av skalaen har man sivile som sporadisk og bare en gang deltar i fiendtlighetene i en bestemt situasjon for deretter å avstå fra alle slike sammenstøt, og på den andre enden av skalaen har man de sivile som melder seg inn som medlemmer i organiserte terroristgrupper og som ofte og kontinuerlig deltar i fiendtlighetene. Ved det førstnevnte tilfellet kommer vi inn på det man kaller ”svingdørsteorien” som går ut på at sivile hele tiden kan veksle mellom status som ”stridende” når de tar direkte del i fiendtlighetene, og som sivil når de ikke lenger deltar og for eksempel har gått hjem for å spise middag. Denne ”svingdørsteorien” er en uheldig følge av denne tidsbegrensingen. Det er ved disse sporadiske og enkelte tilfellene av deltagelse det er viktigst å finne ut av når deltagelsen begynner og slutter, siden det er her man møter de største utfordringene. Ved å være medlem i en organisert væpnet gruppe skal man anses å ta direkte del i fiendtlighetene så lenge medlemskapet varer, slik og det vil dermed være enklere å vurdere varigheten av deltagelsen.

I TK-dommen ble det sagt at det ikke foreligger noen enighet i teorien på hvordan man skal tolke ordlyden ”... for such time ...”, og at man derfor må se på sak for sak og vurdere disse hver for seg¹⁷⁵. Det har i teorien utviklet seg forskjellige tilnærminger på hvordan man skal gå frem og vurdere denne tidsbegrensningen. Det foreligger tre tilnærminger på denne problemstillingen som kan skilles ut; ”the specific acts approach”, ”the affirmative disengagement approach” og ”the membership approach”¹⁷⁶.

¹⁷⁵ The public committee against torture in Israel v. The government of Israel pkt. 39.

¹⁷⁶ Melzer (2005) s. 59 og Melzer (2008) s. 347.

4.4.1 The specific acts approach.

Etter ”the specific acts approach” varer tapet av den siviles beskyttelse mot direkte angrep like lenge som den aktuelle direkte deltagelsen i fiendtligheter¹⁷⁷. Man taper altså bare sin beskyttelse så lenge man deltar i den aktuelle handlingen. En enkelt handling fører dermed ikke til et permanent tap av beskyttelse, men kun tap av beskyttelsen under den aktuelle handlingen.

Denne tilnærmelsen har blitt kritisert for å være for snever og at den fører til ”svingdør” problematikken ved at den sivile for eksempel kan delta i kamper og være ”stridende” i visse situasjoner, og når disse kampene er ferdig gå tilbake til å være en husmor som skal ha beskyttelse mot direkte angrep¹⁷⁸.

Tilhengere av ”the affirmative disengagement approach” har gitt uttrykk for at de kan være enige i denne fremstillingen hvis den kan tolkes vidt slik at forberedende handlinger og returnering fra kamper er inkludert¹⁷⁹. Avgjørelser om målrettede angrep i disse periodene avhenger sterkt av omstendighetene og den etterretningen som foreligger¹⁸⁰. Når det gjelder de forberedende handlingene må motstanderen kunne fastsette hva planen og intensjonen for de som er involvert i denne fasen går ut på, og dette må baseres på hva som kan antas fra de objektive omstendighetene i situasjonen¹⁸¹. Intensjonen som reflekteres av de objektive omstendighetene kan også spille en viktig rolle for å finne ut av når fasen for returnering fra kampene er over¹⁸². God etterretning basert på all tilgjengelig informasjon i en spesiell situasjon kan indikere om en sivil faktisk returnerte tilbake til sitt sivile liv, eller om personen bare omorganiserte seg til sitt neste militære engasjement¹⁸³. Det har i teorien vært sagt at forberedende handlinger bare kan anses som direkte deltagelse i fiendtlighetene hvis de har umiddelbar eller direkte årsakssammenheng til en konkret militær trussel eller

¹⁷⁷ Melzer (2005) s. 59.

¹⁷⁸ Ibid. s. 60.

¹⁷⁹ Ibid. s. 60.

¹⁸⁰ Ibid. s. 66.

¹⁸¹ Ibid. s. 66.

¹⁸² Ibid. s. 66.

¹⁸³ Ibid. s. 66.

skade som sannsynligvis vil være resultatet av disse¹⁸⁴. Som en generell rettesnor kan man si at konkrete forberedelser, som for eksempel å ta på seg utstyr, transportere personell til krigssonene og innsamling av informasjon rettet mot en bestemt operasjon, kvalifiserer som direkte deltagelse i fiendtlighetene, mens generelle forberedelser, som for eksempel innkjøp, smugling, gjemning og transport av våpen til andre steder enn krigssonene, ikke kvalifiserer til direkte deltagelse i fiendtlighetene¹⁸⁵.

4.4.2 The affirmative disengagement approach.

Etter "the affirmative disengagement approach" varer tapet av den siviles beskyttelse mot direkte angrep fra den aktuelle direkte deltagelsen i fiendtlighetene, og helt til den sivile avstår fra slike aktiviteter på en slik måte som objektivt kan gjenkjennes av motparten¹⁸⁶. Hvis de sivile gjentatte ganger skal kunne veksle mellom statusene og dermed som lovlige og ikke lovlige mål, vil de "stridende" på motpartens side som blir offer for deres aktiviteter fort kunne miste respekten for reglene og dermed utsette sivilbefolkningen for større fare¹⁸⁷. Etter denne tilnærmelsen slipper man at man kan foreta en slik veksling mellom statuser, og det er opp til den sivile selv å vise at han eller hun ikke lenger tar aktivt del i fiendtlighetene. Det vil da bli enklere for motstanderen å kunne skille mellom hvem som er lovlige mål og hvem som ikke er det når man fjerner usikkerheten som foreligger når man kan skifte status sånn uten videre.

Ett problem med denne tilnærmelsen er blant annet hvordan man skal kunne ha en god nok etterretning til å hele tiden kunne vite hvem som har mistet sin beskyttelse ved å ha deltatt i en fiendtlig handling¹⁸⁸. Det vil være ekstremt vanskelig å holde en slik oversikt, noe som fører til at soldatene uansett må se på hvem som deltar direkte der og da, og da er

¹⁸⁴ Melzer (2008) s. 344.

¹⁸⁵ I.c.

¹⁸⁶ Melzer (2005) s. 59.

¹⁸⁷ Schmitt (2004) s. 510.

¹⁸⁸ Melzer (2005) s. 61.

man tilbake til ”the specific acts approach”¹⁸⁹. Det vil også være vanskelig å føre en oversikt over hvem som har avstått fra slike fiendtlige handlinger igjen, og dermed skal få tilbake sin beskyttelse som sivil.

Et annet problem er hvordan de sivile skal kunne erklære sin avståelse fra fiendtligheter i praksis, spesielt med tanke på dagens moderne krigføring som ofte skjer fra lufta og med fjernstyrte våpen, slik at man ikke lenger står og møter hverandre ansikt til ansikt på slagmarken¹⁹⁰. Når man ikke lenger ser de personene man fører krigen mot, kan det ikke være lett for denne motstanderen å få vist sin avståelse fra fiendtlighetene på en måte som er synlig for motparten. Det ble også påpekt på ekspertmøtene at sivile som viser sin avståelse fra kampene mest sannsynlig må vente seg reaksjoner og represalier mot seg selv og sin familie fra den gruppen han melder seg ut fra, og personen kan heller ikke unngå å bli strafferettslig forfulgt for å i det hele tatt ha deltatt direkte i fiendtlighetene og dermed brutt de nasjonale lovene¹⁹¹. For at denne tilnærmelsen skal fungere, må det derfor foreligge en garanti for den siviles sikkerhet, og en eller annen form for amnesti¹⁹². Uten en slik ordning kan det ofte bli det samme for personen det gjelder å bli ansett som ”stridende” med fare for å bli angrepet av motstanderen, eller å avstå fra fiendtlighetene og fortsatt føle en fare for å bli angrepet av gruppen han eller hun meldte seg ut fra.

Det var en vid enighet på ekspertmøtene om at man må skille mellom uorganiserte sivile og medlemmer av væpnede grupper som ikke deltok i kampene på den ene siden, og stridende medlemmer av væpnede grupper på den andre siden, hvor ”the specific acts approach” skulle benyttes på den førstnevnte gruppen, og ”the affirmative disengagement approach” skulle benyttes på den sistnevnte gruppen¹⁹³. Dette kompromisset er basert på anerkjennelsen om at ”the affirmative disengagement approach” ikke er gjennomførbar overfor uorganiserte sivile, men bare overfor organiserte væpnede grupper¹⁹⁴. For det første

¹⁸⁹ Melzer (2005) s. 61.

¹⁹⁰ Ibid. s. 62.

¹⁹¹ Ibid. s. 62.

¹⁹² Ibid. s. 62.

¹⁹³ Ibid. s. 63.

¹⁹⁴ Melzer (2008) s. 350.

er dagens moderne krigføring mer upersonlig ved for eksempel bruk av fjernstyrte våpen, slik at det vil være vanskelig å kunne vise at man avstår fra fiendtlighetene¹⁹⁵. For det annet vil det, selv om det er mulig å vise at man avstår fra fiendtlighetene, være umulig å holde oversikt over de som har gjort dette¹⁹⁶. For det tredje vil sivile vegre seg fra å ta slik avstand, da de frykter represalier fra gruppen de tidligere har støttet og samfunnet generelt¹⁹⁷. Disse synspunktene har støtte i det som kalles ”the membership approach”.

4.4.3 The membership approach.

Etter ”the membership approach” kombineres de to foregående fremstillingene, og man gir medlemmer av organiserte væpnede grupper tilbake sin beskyttelse når de avstår fra fiendtlige handlinger, det vil si å melde seg ut som medlem av gruppen, og uorganiserte sivile tilbake sin beskyttelse når den aktuelle direkte deltagelsen er ferdig¹⁹⁸. Bakgrunnen for dette er at medlemmer av organiserte væpnede grupper utgjør en kontinuerlig militær trussel som kan sammenlignes med de væpnede styrker, siden det er grunn til å tro at disse organiserte gruppene vil fortsette med sine fiendtlige handlinger dag etter dag¹⁹⁹. Se behandlingen av medlemskap som en kategorisering av status i pkt. 4.3.3.1 i oppgaven. De vil dermed være lovlige mål helt til de melder seg ut av den organiserte væpnede gruppen de er medlemmer av. Denne fremstillingen ble støttet i TK-dommen, hvor det ble sagt at en sivil person som blir medlem av en organisert væpnet gruppe mister sin beskyttelse så lenge han er medlem og deltar direkte i fiendtlighetene i en rekke av tilfeller, og at hvile mellom disse fiendtlighetene ikke kan ses på som noe annet enn forberedelser til de neste fiendtlighetene²⁰⁰.

¹⁹⁵ Melzer (2008) s. 350.

¹⁹⁶ I.c.

¹⁹⁷ I.c.

¹⁹⁸ Melzer (2005) s. 59.

¹⁹⁹ Ibid. s. 64.

²⁰⁰ The public committee against torture in Israel v. The government of Israel pkt. 39.

På ekspertmøtene var det en enighet om at denne fremstillingen ikke skal anvendes så bredt at man godtar direkte angrep på alle medlemmer til alle tider²⁰¹. En av ekspertene tok opp at det å angripe et bestemt mål ikke alltid var en reaksjon på en umiddelbar trussel, men at det i 99 % av alle beslutninger fra regjeringssiden om angrep på bestemte mål ikke forelå en umiddelbar trussel, men at angrepet var et resultat av fiendens generelle trussel og dermed involverte mennesker som ikke nødvendigvis utgjorde en trussel i det angrepet blir gjennomført²⁰². Disse målrettede beslutningene om angrep måtte derfor ha en eller annen form for kollektiv kategorisering, spesielt ved konfrontasjoner med ikke-statlige aktører hvor man bare har en begrenset etterretning²⁰³. Flere eksperter ville begrense ”the membership approach” for det første til å gjelde organiserte grupper som kan identifiseres relativt presist, og for det andre til å gjelde kun de stridende medlemmene i disse gruppene, i motsetning til for eksempel kokker og sekretærer²⁰⁴. Identifiseringen av hvem som er slike stridende medlemmer i gruppen kan gjøres ved å sammenligne funksjonen det individuelle medlemmet har med de funksjonene som eksisterer i tradisjonelle væpnede styrker, som for eksempel ledelse, deltagelse i kampene, logistikk og etterretning²⁰⁵. På denne måten vil en persons medlemskap indikere at denne personen tilhører den militære delen av en gruppe og alltid skal anses for å delta direkte i fiendtlighetene, uansett hva slags oppgaver denne personen har under angrepet, for eksempel om personen deltar aktivt eller om personen organiserer og leder operasjonen²⁰⁶.

Det var også enighet om at et medlem som skal melde seg ut av gruppen og avstå fra fiendtlighetene, må gjøre dette på en klar og entydig måte, da det er urealistisk at en soldat som angriper skal klare å se forskjell på medlemmene i gruppen som har bestemt seg for å ikke lenger delta og de medlemmene som fortsetter²⁰⁷.

²⁰¹ Melzer (2005) s. 63.

²⁰² I.c.

²⁰³ I.c.

²⁰⁴ Melzer (2005) s. 64.

²⁰⁵ I.c.

²⁰⁶ Melzer (2005) s. 65.

²⁰⁷ Ibid. s. 64.

4.4.4 "Trussel" som et vilkår i vurderingen av tidsaspektet.

I lovkommentaren til tilleggsprotokoll nr. 2 art. 13 tredje ledd er det sagt at den sivile ikke lenger kan angripes når "... he no longer presents any danger for the adversary ..." ²⁰⁸. Det synes ut i fra dette at det er et vilkår for å kunne anses som deltagende i fiendtlighetene at man utgjør en fare eller en trussel. Når denne faren eller trusselen faller bort, blir man igjen sivil og har krav på beskyttelse.

På ekspertmøtene var det delte meninger om en slik "militær trussel" skulle være et kriterium i vurderingen av hvor lenge en person skal anses for å delta direkte i fiendtlighetene. Flere eksperter uttalte at den eneste grunnen til at sivile kunne angripes ved direkte deltagelse i fiendtlighetene til å begynne med, på det konkrete tidspunktet, var at de utgjorde en militær trussel for fienden ²⁰⁹. "Trussel" var ikke her begrenset til en umiddelbar trussel, men inkluderte også trusler mot samfunnet, offentlige myndigheter og generell lov og orden ²¹⁰. I ikke-internasjonale væpnede konflikter har ikke soldatene ofte tid til å vurdere kriterier for målrettede angrep, men må ta avgjørelser på sekundet av den aktuelle trusselen de møter der og da heller enn på medlemskap eller status ²¹¹.

Andre eksperter avviste disse synspunktene, og viste til at det er ingenting i ordlyden i konvensjonene når det gjelder reglene for direkte deltagelse i fiendtlighetene som uttrykkelig viste til en "trussel" ²¹². Kriteriet om at det må foreligge en "trussel" hører hjemme i tilfellene av selvforsvar og rettshåndhevelse, og ikke til utførelsen av fiendtligheter ²¹³.

²⁰⁸ Sandoz (1987) pkt. 4789.

²⁰⁹ Melzer (2005) s. 66.

²¹⁰ I.c.

²¹¹ I.c.

²¹² Melzer (2005) s. 67.

²¹³ I.c.

Med hensyn til distinksjonsprinsippet i situasjonene i ikke-internasjonale væpnede konflikter, kan det etter dette se ut til at "the membership approach" er den mest nøyaktige fremstillingen som reflekterer logikken, intensjonen og ordlyden i internasjonal humanitær rett²¹⁴. "The membership approach" fører utførelsen av fiendtligheter i ikke-internasjonale væpnede konflikter så nærme som det er mulig sammen med utførelsen av fiendtligheter i internasjonale væpnede konflikter²¹⁵. Etter formålet med distinksjonsprinsippet i både internasjonale og ikke-internasjonale væpnede konflikter, skal ikke medlemmer av organiserte væpnede grupper eller grupper som tilhører en av partene i konflikten anses som sivile, og derfor være et lovlig mål for angrep i hele perioden for medlemskapet²¹⁶. Og videre skal, både i internasjonale og ikke-internasjonale væpnede konflikter, bare sivile ha fordel av "svingdørsteorien" når det gjelder beskyttelse, og bare væpnede aktører hvis direkte deltakelse i fiendtlighetene er uorganisert, spontan eller sporadisk kvalifiserer som sivile²¹⁷.

5 Avslutning.

Som nevnt i oppgaven så foreligger det ikke per dags dato en klar definisjon for hva som skal anses for å ligge i uttrykket "direct participation in hostilities". Uttrykket er også vanskelig å drøfte siden det har en såpass stor betydning med tanke på sivile personers beskyttelse i væpnede konflikter. Man får derfor, og spesielt i ikke-internasjonale væpnede konflikter, en vanskelig situasjon hvor man må sette sivile personers beskyttelse opp i mot det å bekjempe organiserte væpnede grupper. Balansegangen her kan være vanskelig.

Den Internasjonale Røde Kors Komité vil i løpet av 2009 legge frem sitt resultat av ekspertmøtene de har hatt i en rapport med navn "Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities". De vil her legge frem sitt synspunkt på hva de mener

²¹⁴ Melzer (2008) s. 352.

²¹⁵ I.c.

²¹⁶ I.c.

²¹⁷ I.c.

skal anses for å ligge i dette uttrykket, og de vil prøve å definere det. Hvilken betydning og vekt denne rapporten vil få vil vise seg etter en stund når den har fått virke og man har fått sett på hvordan den blir mottatt i praksis. Men det er klart at denne rapporten allerede ved sin utgivelse vil gi en veiledning for soldater som deltar i ikke-internasjonale væpnede konflikter.

6 Litteraturliste

Bøker og lovkommentarer

Customary International Humanitarian Law. Jean-Marie Henckaerts ... [et al.]. Cambridge University Press, 2005.

Dahl, Arne Willy *Håndbok i militær folkerett*. 2. utg. Oslo, 2008.

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

Fleck, Dieter *The handbook of international humanitarian law*. 2. utg. Oxford, 2008.

Kolb, Robert og Hyde, Richard *An introduction to the international law of armed conflicts*. Oxford, 2008.

Melzer, Nils *Targeted Killing in International Law*. Oxford, 2008.

Pictet, Jean S. og Siordet, Frédéric *Geneva convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*. Genève, 1952.

Ruud, Morten og Ulfstein, Geir *Innføring i folkerett*. 2. utg. Oslo, 2004.

Sandoz, Yves, Swinarski, Christophe og Zimmermann, Bruno *Commentary on the additional protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Genève, 1987.

Schmitt, Michael N., Garraway, Charles H. B. og Dinstein, Yoram *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict*. San Remo, 2006.

Uhler, Oscar M. *Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*. Genève, 1958.

Artikler

Kleffner, Jann K. *The otions of civilians and fighters in non-international armed conflicts*. I: International institute of humanitarian law. 2007, s. 69-75.

Schmitt, Michael N. "*Direct participation in hostilities*" and 21th century armed conflict. I: Festschrift für Dieter Fleck. 2004, s. 505-529.

Konvensjoner og statutter

EMK Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, Roma 4. november 1950.

Genèvekonvensjonene Genèvekonvensjonen om forbedring av sårede og sykes kår i de væpnede styrker i felten (I), Genève 12. august 1949.

Genèvekonvensjonen om forbedring av sårede og sykes kår i de væpnede styrker i felten (II), Genève 12. august 1949.

Genèvekonvensjonen om behandling av krigsfanger (III), Genève 12. august 1949.

Genèvekonvensjonen om beskyttelse av sivile i krigstid (IV), Genève 12. august 1949.

ICJ	Statuttene for Den Internasjonale Domstol, Haag 26. juni 1945.
Tilleggsprotokoll nr. 1	Tilleggsprotokoll nr. 1 til Genèvekonvensjonen hva angår beskyttelsen av ofre for internasjonale væpnede konflikter, Genève 8. juni 1977.
Tilleggsprotokoll nr. 2	Tilleggsprotokoll nr. 2 til Genèvekonvensjonen hva angår beskyttelsen av ofre for ikke-internasjonale væpnede konflikter, Genève 8. juni 1977.

Dommer og uttalelser

ICJ (uttalelse)	International Court of Justice, <i>Legality of the threat or use of Nuclear Weapons</i> , Rådgivende uttalelse, Haag 8. juli 1996.
Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu	ICTR Trial Chamber, Arusha, 2. september 1998.
The public committee against torture in Israel v. The government of Israel	Israeli Supreme Court, Jerusalem, 11. desember 2005.

Nettdokument

Melzer, Nils. *Second expert meeting. Direct participation in hostilities under International Humanitarian law*. Genève 2004.

[http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/participation-hostilities-ihl-311205/\\$File/Direct_participation_in_hostilities_2004_eng.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/participation-hostilities-ihl-311205/$File/Direct_participation_in_hostilities_2004_eng.pdf) [Sisert 18. februar 2009].

Melzer, Nils. *Third expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities*.
Genève 2005.

[http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/participation-hostilities-ihl-311205/\\$File/Direct_participation_in_hostilities_2005_eng.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/participation-hostilities-ihl-311205/$File/Direct_participation_in_hostilities_2005_eng.pdf) [Siteret februar og mars 2009].