



**Forsvarets høgskole**

**våren 2011**

**Masteroppgave**

**Enkeltpersoner i ikke-statlige  
opprørsgrupper**

*Lovlige mål på grunn av  
medlemskap eller funksjon?*

**Major Stein Ulvolden Høye**



**Abstract**

The Norwegian Armed Forces are today organized mainly as a response force, and used as a political tool in armed conflicts, operating under mandate of the UN Security Council. The enemy we are facing in these conflicts is not necessarily the traditional army of another state, but often non-state actors organized as armed groups.

International Humanitarian Law (IHL) has traditionally focused on armed conflict between states. Non-international armed conflicts are for a number of reasons less developed as treaty law. As a consequence several aspects of IHL regarded as customary law in international armed conflicts are put to the test in non-international armed conflicts such as in Afghanistan. One of the debated issues regarding IHL in non-international armed conflicts is the status of fighters, especially those belonging to a non-state party to the conflict. Are they civilians that must be protected unless and for such time they directly participate in hostilities, or do they by virtue of their membership in an organized armed group qualify as lawful targets?

This study aims to identify applicable law regarding to what extent members of non-state armed groups are lawful targets in armed conflicts. The study will hopefully contribute to increased focus on a part of humanitarian law which, especially in non-international conflicts, appears to be unclear.

## Summary

One of the most debated issues regarding International Humanitarian Law (IHL) in non-international armed conflicts is the status of fighters, especially those belonging to a non-state party to the conflict. Are they civilians that must be protected unless and for so long as they directly participate in hostilities, or do they by virtue of their membership in an organized armed group qualify as legal targets?

As sources for international law rule 38 of the Statute of the International Court of Justice (ICJ) identify:

- (a) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting States;
- (b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
- (c) the general principle of law recognized by civilized nations;

And as secondary sources:

- (d) ... 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.

For a number of reasons IHL applicable in non-international armed conflicts are less developed as treaty law and several aspects of IHL, regarded as customary law in international armed conflicts, are put to the test in non-international armed conflicts such as in Afghanistan.

This study aims to identify applicable law regarding to what extent members of non-state armed groups are legal targets in armed conflicts. The main findings are:

- To decide whether a member of a non-state armed group is a lawful target, the concept of non-state armed groups must be defined. This study suggests that the five elements of an insurgent organization (*movement leaders, combatants, political cadre, auxiliaries and mass base*) defined in the US Field Manual 3-24, Counterinsurgency,<sup>1</sup> can be used in this respect.
- Civilians do not qualify as lawful targets by the virtue of their membership in an organized armed group alone (membership approach).
- Combat is a group activity. The groups functions can therefore be used to identify which functions qualify as direct participation in hostilities.

---

<sup>1</sup> Movement leaders, combatants, political cadre, auxiliaries and mass base: Department of the Army. *Field Manual No. 3-24: Counterinsurgency* (2006) § 1-59

- It is reasonable to apply the same functional requirements to both state armed forces and non-state actors. This study suggests that the six war-fighting functions needed by any military force or unit (*command and control, fires, movement and manoeuvre, protection, intelligence and sustainment*)<sup>2</sup> can be used to identify functions qualifying as direct participation in hostilities.
- Civilians, whose function in an organized armed group is similar to one of the six war-fighting functions, can be regarded as directly participating in hostilities (functional approach).
- Civilians who do not have a function similar to one of the six war-fighting functions must be granted the protection given by IHL unless, and for such time, they are involved in activities qualifying as direct participation in hostilities.
- The three criteria: *threshold of harm, direct causation* and *belligerent nexus*, can be useful tools to bring generality into the discussion of which actions that qualify as direct participation in hostilities. The criteria can also provide a methodological basis for decision-making in situations where serious injury or another persons death might be the outcome.

---

<sup>2</sup> Forsvarsstaben. *Forsvarets fellesoperative doktrine: 2007* (2007)§ 0416

## Forord

Når jeg ga meg i kast med denne oppgaven var det i forståelse av at jeg bega meg inn i en del av humanitærretten som er diskutert og debattert både nasjonalt og internasjonalt, og hvor gjeldende rett ikke finnes nedfelt verken i skrevne traktater eller som internasjonal sedvanerett. Den folkerettslig metoden har imidlertid hjulpet meg til å strukturere kildematerialet, samtidig som den har en iboende systematikk som egner seg meget godt til å løse kompliserte problemstillinger. Dette har hjulpet meg til en økt forståelse for et spørsmål som ikke bare er av akademisk interesse, men som militære planleggere og beslutningstakere blir konfrontert med daglig når de deltar i væpnede konflikter. Ved å operasjonalisere de funn jeg har gjort gjennom bruk av begreper og definisjoner fra den militære hverdag har jeg forhåpentligvis gjort oppgaven interessant også for lesere uten juridisk kompetanse. Om jeg har lyktes i dette vil være opp til leserne å avgjøre.

Jeg vil rette en stor takk til min veileder dr.juris Gro Nystuen for hennes uvurderlige bidrag, konkrete tilbakemeldinger og våre gode diskusjoner på denne reisen. Jeg vil også takke bibliotekarene ved Forsvarets høgskoles bibliotek for god service og hjelp.

Akershus festning, 23. mai 2011

Stein Ulvolden Høye

<b>1 Innledning .....</b>	<b>8</b>
1.1 AVGRENSNING .....	10
1.2 FORMÅL MED OPPGAVEN .....	11
1.3 METODE OG KILDER .....	12
1.4 DEN VIDERE FREMSTILLING .....	14
<b>2 Sentrale begreper .....</b>	<b>15</b>
2.1 DISTINKSJON .....	15
2.2 STRIDENDE .....	16
2.3 SIVILE .....	19
2.4 INTERNASJONALE OG IKKE-INTERNASJONALE VÆPNEDE KONFLIKTER .....	22
<b>3 Direkte deltakelse i fiendtligheter .....</b>	<b>24</b>
3.1 OVERSIKT OVER DIREKTE DELTAKELSE I FIENDTLIGHETER .....	25
3.2 TERSKELGRENSE .....	26
3.3 ÅRSAKSSAMMENHENG .....	31
3.4 FIENDTLIG SAMMENHENG .....	37
3.5 DELKONKLUSJON .....	40
<b>4 Opprørsgrupper .....</b>	<b>42</b>
4.1 RETTSLIG UTGANGSPUNKT .....	43
4.1.1 Funksjonell tilnærming .....	43
4.1.2 Medlemskapstilnærming .....	44
4.2 DET OPERASJONELLE PROBLEM .....	45
4.3 OPPRØRSGRUPPERS ORGANISERING .....	48
4.3.1 Organisasjonens ledelse .....	50
4.3.2 Kampstyrker .....	59
4.3.3 Politisk kadre .....	68
4.3.4 Støttespillere .....	70
4.3.5 Sympatisører i befolkningen .....	73
<b>5 Konklusjoner og anbefalinger .....</b>	<b>77</b>
5.1 BLIR MEDLEMMER AV OPPRØRSGRUPPER AUTOMATISK LOVLIGE MÅL I VÆPNEDE KONFLIKTER? .....	81
5.2 ANBEFALINGER .....	82

## 1 Innledning

*KABUL (AIP): Afghan and coalition forces killed eight suspected Taliban during an operation targeting a shadow Taliban district chief yesterday in Qushtepah district of northern Jowzjan province, ISAF said Tuesday. "The leader is the senior district chief, governing Taliban operations in Qush Tepah district, Jowzjan province. He is responsible for coordinating attacks against Afghan and coalition forces. He directs IED emplacements and procures funding for his subordinates in Qush Tapah and Darzab districts," the NATO-led force said in press release...<sup>3</sup>*

Situasjonen som beskrives over er ikke uvanlig i ikke-internasjonale væpnede konflikter. Internasjonale styrker bruker militære maktmidler til å bekjempe opprørere som utgjør en trussel mot staten og dennes utvikling. Fra et militært perspektiv synes det som et riktig valg å bekjempe opprørsgruppens nøkkelspillere, og på den måten påvirke deres evne til operasjoner på en mest mulig effektiv måte. Men er situasjonen som The Frontier Post referer til en lovlig handling? Dersom vi går bakenfor staters faktiske handlinger og tar for oss internasjonal humanitærrett slik den er, hva er da gjeldende rett?

Som en konsekvens av det internasjonale samfunns økende fokus på konflikter av ikke-internasjonal karakter har spørsmålet om når enkeltpersoner som tar direkte del i fiendtligheter lovlig kan angripes kommet høyt på dagsorden. Første tilleggsprotokoll til Genèvekonvensjonene sier i artikkel 51 (3): "Civilians shall enjoy the protection afforded by this section, unless and for such time as they take a direct part in hostilities."<sup>4</sup> Utdfordringen er at humanitærretten verken definerer *for such time* (for den tid) eller *direct part in hostilities* (direkte deltakelse i fiendtligheter). Mangel på definisjoner og klarhet i begrepsbruk kan gi store forskjeller i tolkning og anvendelse av rettsregler.

Dette har ført til omfattende debatt og uenighet mellom stater, i interesseorganisasjoner og i fagmiljøene. For å søke å klargjøre hva som er gjeldende rett innen denne vanskelige og uløste tematikken initierte TMC Asser Institute og International Committee of the Red Cross (ICRC) en

<sup>3</sup> The Frontier Post. *Eight suspected Taliban killed*. I: thefrontierpost.com 11. May 2011. URL: <http://www.thefrontierpost.com/?p=12830>, Benyttet 12 mai 2011

<sup>4</sup> Se art 51 (3), Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) - June 8, 1977 - Heretter TP I



prosess med bred deltakelse fra eksperter innen IHR. Ekspertgruppen gjennomførte fem møter i perioden 2003 – 2008, men greide ikke å komme frem til enighet om tolkningen av sentrale begreper. ICRC valgte uansett å gi ut sitt syn på spørsmålet etter ekspertprosessen under tittelen *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law* (heretter DPH-studien).<sup>5</sup> Målsettingen med studien var å foreslå en balansert og praktisk løsning på utfordringene, og samtidig bidra til en klar og konsistent tolkning av direkte deltakelse i fiendtligheter.

DPH-studien er ikke ukontroversiell og diskusjonen om hva som er gjeldende rett fortsetter. Ett av de omstridte temaene som behandles i rapporten er spørsmålet om medlemskap i væpnede grupper automatisk og varig fører til at en enkeltperson mister sin beskyttelse mot angrep. Dette er et spørsmål militære planleggere og beslutningstakere blir konfrontert med både i internasjonale (IAC) og ikke-internasjonale konflikter (NIAC).<sup>6</sup> Det som ofte karakteriserer en ikke-internasjonal væpnet konflikt er mer eller mindre organiserte og samarbeidende, ikke-statlige opprørsgrupper som deltar i konflikten. Utfordringen er at de færreste av disse gruppene er uniformert og at organisasjonskart eller medlemslister ikke eksisterer.

Videre i fremstillingen vil både *medlem* og *medlemskap* benyttes som begrep når ikke-statlige opprørsgrupper omtales. Dette skal ikke forstås som om enkeltpersoner nødvendigvis er meldt inn i, eller står på medlemslister til en gruppe. Medlemskap i en opprørsgruppe er normalt ikke et formalisert forhold som lar seg bevise via tilgjengelige medlemsregistre. For denne oppgavens del skal derfor medlem eller medlemskap forstås som tilknyttet/med tilknytning til når begrepene benyttes i forhold til ikke-statlige opprørsorganisasjoner. Nærmere innhold i begrepet diskuteres i kapittel 4.

Problemet med organiserte væpnede grupper i konflikter der internasjonal humanitærrett kommer til anvendelse gir følgende problemstilling for denne oppgaven: *Blir enkeltpersoner tilknyttet ikke-statlige opprørsgrupper automatisk lovlige mål i væpnede konflikter der internasjonal humanitærrett kommer til anvendelse?*

---

<sup>5</sup> Melzer. *Interpretive guidance on the notion of Direct participation in hostilities under international humanitarian law* (2009)

<sup>6</sup> For definisjon av internasjonale og ikke-internasjonale konflikter se kapittel 2.4. Jeg har valgt å benytte de engelske forkortelsene IAC – International Armed Conflict og NIAC - Non-International Armed Conflict.

### 1.1 Avgrensning

I internasjonale væpnede konflikter vil internasjonal humanitærrett som spesiallovgivning regulere forholdet mellom partene til konflikten. Haag-reguleringene<sup>7</sup> og fjerde Genèvekonvensjon (GK IV) regulerer beskyttelse av sivile og sivilbefolkningen i okkuperte områder som er kontrollert av motparten i konflikten.<sup>8</sup> På territorier der en okkupasjonsmakt har de facto kontroll er det dennes plikt å ta alle mulige forholdsregler for å gjenopprette og sikre, så lang som mulig, offentlig ro og orden. Samtidig skal okkupasjonsmakten så lang som mulig respektere det okkuperte landets lover.<sup>9</sup>

I ikke-internasjonale væpnede konflikter er imidlertid situasjonen en annen. En NIAC involverer ikke mer enn en statspart til konflikten og den foregår på denne statens territorium. Dette medfører at statens lover fortsatt er gjeldende for hendelser som ikke er kodifiserte i traktater eller kan betraktes som sedvanerettslige bestemmelser i IHR. For eksempel vil det kunne oppstå situasjoner hvor en sivil griper til våpen og dreper en soldat fra regjeringshæren. Soldaten fra hæren, som medlem i de væpnede styrker, er i utgangspunktet stridende<sup>10</sup> og kan således lovlig angripes i væpnet konflikt. Drapet i seg er derfor ikke definert som et alvorlig brudd på IHR etter artikkel 85 TP I, eller som krigsforbrytelse etter Artikkel 8 ICC Statute.<sup>11</sup> Ved sin handling har den sivile imidlertid frasagt seg sin beskyttelse som sivil etter artikkel 13 (3) TP II<sup>12</sup> og kan derfor lovlig angripes den tid han tar direkte del i fiendtligheter. Videre har den sivile i dette tilfellet trolig brutt statens straffelov ved å drepe en annen person og kan derfor påtales og eventuelt dømmes for mord.

Okkupasjonsrett i IAC og forholdet til nasjonal strafferett i NIAC er i seg selv interessante problemstillinger. Denne oppgavens omfang tillater imidlertid ikke at disse forholdene tillegges stor vekt. Videre i analysen vil derfor okkupasjonsrett og forholdet til nasjonal strafferett kun behandles dersom det har avgjørende betydning for utfallet av drøftingen.

<sup>7</sup> Se art 42 - 56 Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land - October 18, 1907 Annex - Regulations respecting the laws and customs of war on land. Heretter Haag-reguleringene

<sup>8</sup> Se art 4 Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War - August 12, 1949. Heretter GK IV

<sup>9</sup> Se art 43 Haag-reguleringene

<sup>10</sup> Se art 43 (2) TP I; For definisjon av stridende se også kapittel 2.2

<sup>11</sup> Statute of the International Criminal Court - July 17, 1998

<sup>12</sup> Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-international Armed Conflicts (Protocol II) - June 8, 1977. Heretter TP II

På grunn av den manglende kodifiseringen av hvilke regler som gjelder i NIAC, ulik statspraksis og uklar opinio juris,<sup>13</sup> vil jeg i den videre analysen ta utgangspunkt i de rettsregler som kommer til anvendelse for internasjonale væpnede konflikter. En komplett analyse av gjeldende rett i ikke-internasjonale væpnede konflikter vil ligge utenfor denne oppgavens hensikt og omfang. Praksis i nyere væpnede konflikter antyder imidlertid at reglene for IAC i stor grad kan anvendes analogt for NIAC. Dieter Fleck argumenterer også for dette når han sier at: "The law of armed conflict ... deals predominantly with wars between states. Its basic principles and rules are, however, likewise relevant for non-international armed conflict."<sup>14</sup> Videre sier han "... considerations of sound policy and military effectiveness are strongly speaking in favour of applying similar rules to the conduct of hostilities in all armed conflicts".<sup>15</sup>

En tilnærmet analog anvendelse av reglene for IAC på NIAC er imidlertid ikke uproblematisk. Dette gjelder for eksempel i spørsmålet om status for enkeltpersoner som tar direkte del i fiendtligheter.

## 1.2 Formål med oppgaven

I det moderne Forsvaret er det en integrert og naturlig del av en soldats og en offisers tjeneste å ta del i operasjoner i utlandet. Den utenriks- og sikkerhetspolitiske situasjonen har endret seg dramatisk etter den kalde krigen, og bruk av militære styrker som et utenrikspolitisk virkemiddel er i dag en naturlig del av norsk politikk. Under den kalde krigen var den militære virkelighet forutsigbar og relativt oversiktlig. Det var ikke tvil om at det var invasjonforsvaret som var fokus. Dette preget både soldat og offisersutdanningen.

Den virkelighet norske soldater står overfor i for eksempel Afghanistan eller på det afrikanske kontinent er av en helt annen karakter. Motstanderen er ikke lenger nødvendigvis lett identifiserbare soldater, organisert i tropper, kompanier og bataljoner, med materiell vi kjenner. Dagens motstander kan like gjerne bestå av mer eller mindre organiserte opprørsgrupper som kjemper på en måte som gjør det vanskelig å skille han fra sivilbefolkningen. Motstanderen i NIAC er heller ikke en stats væpnede styrker og kan derfor ikke automatisk klassifiseres som stridende etter bestemmelsene i internasjonal humanitærrett. Hva er han så da? Er han en sivil som skal beskyttes, har han ved sine handlinger frasagt seg den beskyttelsen humanitærretten gir,

<sup>13</sup> Se Art.38 (1) Statute of the International Court of Justice - June 26, 1945

<sup>14</sup> Fleck og Bothe. *The Handbook of international humanitarian law* (2008) s. 608

<sup>15</sup> Ibid. s. 611

er han et lovlig mål på grunn av den funksjon han fyller, eller er han et lovlig mål basert på medlemskap i en ikke-statlig opprørsgruppe alene?

IHR har i all hovedsak vært innrettet mot internasjonale væpnede konflikter. Regelverket er således ikke direkte overførbart til væpnede konflikter av en ikke-internasjonal karakter. I tillegg har flere stater vist liten vilje til å kodifisere regler for ikke-internasjonale væpnede konflikter samt å slutte seg til eksisterende traktater.<sup>16</sup> Hvilke regler som gjelder i NIAC er derfor i stor grad overlatt til sedvanerett.

Denne studien har som målsetting å klargjøre hvilke rettskilder som kan komme til anvendelse og tolke disse for å identifisere gjeldende rett i forhold til når medlemmer av ikke-statlige opprørgrupper er lovlige mål i væpnede konflikter. Studien vil forhåpentlig vis bidra til økt kunnskap om en del av humanitærretten som, spesielt i ikke-internasjonale konflikter, fremstår som uklar.

### 1.3 Metode og kilder

Kjernen i denne studien er å finne hva som kan være gjeldende rett knyttet til den valgte problemstillingen. Jeg har derfor valgt å legge folkerettslig metode etter artikkel 38 i statuttene for Den internasjonale domstol (International Court of Justice, heretter ICJ) til grunn for det videre arbeidet.<sup>17</sup>

Som relevante rettskilder identifiserer ICJ artikkel 38 (1):

- (e) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting States;
- (f) international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
- (g) the general principle of law recognized by civilized nations;

Som sekundærkilder:

- (h) ... 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.

<sup>16</sup> Pr 1. mai 2011 er 194 stater part til GK I – IV, 170 stater er part til TP I og 165 stater er part til TP II. Se <http://www.icrc.org/ihl.nsf/CONVPRES?OpenView>, benyttet 1. mai 2011

<sup>17</sup> Statute of the International Court of Justice - June 26, 1945

I mangel på traktatfestede regler for anvendelse av rettskilder, er det akseptert at denne oppstillingen gjøres gjeldende for alle felt innen folkeretten, inkludert IHR.<sup>18</sup> Av dette følger at internasjonale konvensjoner slik som Genèvekonvensjonene av 12. august 1949 (GK), med tilleggsprotokoller av 8. juni 1977 (TP I og TP II) er naturlige hovedkilder for det videre arbeidet. Artikkel 48 TP I beskriver partenes plikt til å skille mellom sivile og stridende og mellom sivile objekter og militære mål (distinksjonsprinsippet). Distinksjonsprinsippet, er å regne som internasjonal sedvanerett både i IAC og i NIAC og er grunnlaget for den videre kodifiseringen av regler som beskytter sivile og regulerer bruk av militær makt. Fellesartikkel 3 til Genèvekonvensjonene samt artikkel 51 (3) TP I og artikkel 13 (3) TP II vil være sentrale bestemmelser da de omhandler situasjoner der sivile ved sine handlinger mister sin beskyttelse og derav lovlig kan angripes etter IHR. For definisjon av hva som utgjør en stats militære styrker, og drøfting av rettsregler for ikke-statlige opprørsgrupper vil også Haag-reguleringene artikkel 1, GK III artikkel 4 (A), TP I artikkel 43 og TP II artikkel 1 være sentrale.

Som beskrevet over finnes ikke klare svar på problemstillingen i denne studien nedfelt i humanitærrettens traktater. Analysen må derfor i stor grad baseres på internasjonal sedvanerett, domslutninger og publisert materiale fra anerkjente institusjoner og forfattere. For å identifisere hva som er sedvanerett har jeg i hovedsak lagt ICRC sin sedvanerettsstudie til grunn.<sup>19</sup> Selv om den ikke er en allment akseptert kodifisering av sedvaneretten innen IHR, har jeg funnet at den er et nyttig referanseverk for å identifisere staters uttalte mening og praksis.

Som sekundærkilder for studien har jeg i hovedsak lagt til grunn domslutningen fra Israels Høyesterett i den såkalte Targeted Killing dommen<sup>20</sup> og dommer fra Det internasjonale kriminaltribunalet for det tidligere Jugoslavia (ICTY). Videre har jeg benyttet publisert materiale fra internasjonalt anerkjente rettseksperter og andre spesialister innen fagfeltet. Som grunnlag for diskusjonen om direkte deltakelse i fiendtligheter har jeg også benyttet DPH-studien.<sup>21</sup> Denne studien er ikke ukontroversiell og jeg har derfor søkt å balansere dens argumenter med kommentarer fra dens kritikere.

---

<sup>18</sup> Malanczuk og Akehurst. *Akehurst's modern introduction to international law* (1997) s. 36

<sup>19</sup> Doswald-Beck og Henckaerts. *Customary international humanitarian law, Volume I: Rules* (2005)

<sup>20</sup> Se *The Public Committee against Torture in Israel v The Government of Israel*, HJC 769/02. (The Supreme Court Sitting as the High Court of Justice).

<sup>21</sup> Se supra note 5

Tolkning av rettskilder gjøres etter art 31, Wienkonvensjonen om traktatretten.<sup>22</sup> Loven vil tolkes de lege lata (slik den er). Dersom det videre arbeidet krever at loven også behandles de lege ferenda (slik den burde være) vil dette kommenteres tydelig. Generelle juridiske prinsipper slik som *lex specialis derogat legi generali* (spesiallovgivning settes foran generelle lover) og *lex posterior derogat legi priori* (nyere lov settes foran eldre lover) vil legges til grunn ved bestemmelse av rettskildenes innbyrdes orden.<sup>23</sup>

#### 1.4 Den videre fremstilling

Innledningsvis vil jeg redegjøre for noen sentrale begreper som er viktige for den videre analysen. Deretter vil jeg diskutere konseptet direkte deltakelse i fiendtligheter med fokus på hva det betyr å direkte delta og hvilke konsekvenser dette kan få for medlemmer i ikke-statlige opprørsgrupper. Denne diskusjonen vil jeg trekke med meg inn i en dybdeanalyse av når enkeltpersoner tilknyttet ikke-statlige opprørsgrupper blir lovlige mål i ikke-internasjonale væpnede konflikter. For å operasjonalisere analysen vil jeg benytte opprørsbekjempelse som gjennomgående tema i diskusjonen. Til slutt vil jeg konkludere med når enkeltpersoner tilknyttet ikke-statlige opprørsgrupper er å regne som lovlige mål i konflikter der internasjonal humanitærrett kommer til anvendelse, samt foreslå hva Forsvaret kan gjøre for å forberede norske soldater og offiserer på deltakelse i operasjoner der ikke-statlige opprørsgrupper er en del av trusselbildet.

---

<sup>22</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties - May 23, 1969

<sup>23</sup> Malanczuk og Akehurst (1997) s. 56

## 2 Sentrale begreper

### 2.1 Distinksjon

Beskyttelse av sivile i væpnede konflikter er en av grunnsteinene i IHL og ble første gang kodifisert i St Petersburg-erklæringen av 1868 hvor det fremheves at ”The only legitimate object which States should endeavour to accomplish during war is to weaken the military force of the enemy”.<sup>24</sup> Dette danner basis for distinksjonsprinsippet som sammen med humanitet, proporsjonalitet og militær nødvendighet omtales som de fire sentrale grunnprinsippene for føring av strid og som partene i en væpnet konflikt alltid må ta hensyn til. Disse fire prinsippene er i sin kjerne å betrakte som sedvanerett både i internasjonale og ikke-internasjonale væpnede konflikter.<sup>25</sup>

Av St Petersburg-erklæringen følger at det kun er fiendens militære styrker, materiell og infrastruktur som er legitime mål i krig og at krigføring derfor ikke skal rettes mot andre mål. Distinksjonsprinsippet bekreftes i artikkel 48 TP I hvor partene til en konflikt pålegges ”... at all times distinguish between the civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives...”. Selv om bruk av begrepet ”combattant (stridende)” i ikke-internasjonale væpnede konflikter er omstridt av en rekke stater og anerkjente rettsteoretikere, er distinksjonsprinsippet i seg selv anerkjent som internasjonal sedvanerett både i internasjonale og ikke-internasjonale væpnede konflikter og er således å betrakte som en regel.

Distinksjonsregelens hensikt er å beskytte sivile med mindre, og så lenge, de ikke deltar direkte i fiendtligheter<sup>26</sup> og sivile objekter så lenge de ikke ved sin art, plassering, formål eller bruk gir et effektivt bidrag til militære operasjoner og således blir militære mål<sup>27</sup> som lovlig kan angripes. Som en følge av forbudet mot angrep på sivile og sivile objekter er det en naturlig konsekvens at distinksjonsregelen også leder til forbud mot vilkårlige angrep.<sup>28</sup> Internasjonal humanitærrett forbyr imidlertid ikke de stridende parter å påføre skade eller tap av liv på sivile eller skade på sivile objekter så lenge dette ikke er følge av et angrep direkte rettet mot disse. Humanitærretten

<sup>24</sup> 1868 St. Petersburg Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight

<sup>25</sup> Johansen og Staib. *Jus og militærmakt* (2009) s. 183

<sup>26</sup> Se art 51 (3) TP I

<sup>27</sup> Se art 52 (2) TP I

aksepterer at følgeskade vil kunne oppstå i væpnet konflikt. Det pålegges imidlertid den som skal planlegge, godkjenne og gjennomføre angrep både å vurdere om den konkrete og direkte militære fordel overstiger forventede sivile følgeskader<sup>29</sup> og å ta forholdsregler for å skåne sivilbefolkningen, sivilpersoner og sivile objekter så langt dette er praktisk mulig.<sup>30</sup>

## 2.2 Stridende

Som vist er skillet mellom hvem som er stridende og hvem som er sivile av avgjørende betydning i internasjonal humanitærrett. Grunnbestemmelsen i internasjonale væpnede konflikter er at medlemmer av partenes væpnede styrker (unntatt sanitetspersonell og prester<sup>31</sup> som er dekket av artikkel 33 i tredje konvensjon) er stridende og derfor har rett til å ta direkte del i fiendtligheter.<sup>32</sup>

Hvem regnes så som medlemmer av partenes væpnede styrker i denne sammenhengen? Den sedvanerettslige definisjonen av stridende tar utgangspunkt i Haag-reguleringene artikkel 1,<sup>33</sup> videre kodifisert i artikkel 4(A)(1) og 4(A)(2) GK III, som viser at ikke bare personell som organisatorisk tilhører en stats offisielle væpnede styrker kan regnes som stridende. Organiserte væpnede grupper slik som militser og avdelinger av frivillige kan regnes som en parts væpnede styrker dersom de oppfyller følgende fire krav; er under kommando av en person som er ansvarlig for sine underordnede; bærer et kjennetegn som er gjenkjennelig på avstand; bærer våpen åpent og retter seg etter krigens lover og sedvaner.<sup>34</sup> Personer som tilfredsstill disse fire kriteriene gis primærstatus som stridende og derav sekundærstatus som krigsfange etter IHR.<sup>35</sup> Første tilleggsprotokoll artikkel 44 (3) erkjenner imidlertid at det kan finnes situasjoner der en

---

<sup>28</sup> Se art 50 (4) TP I

<sup>29</sup> Se art 51 (5)(b) TP I

<sup>30</sup> Se art 57 TP I

<sup>31</sup> Selv om art 43 (2) TP I bruker ordet "chaplains" er det rimelig å anta at sjelesørgere med en tilsvarende funksjon fra andre religioner enn kristendommen også er dekket av denne bestemmelsen. Se også art 8 (d) TP I: "Religious personnel" ... such as chaplains, who are exclusively engaged in the work of their ministry ..."

<sup>32</sup> Se art 43 (2) TP I

<sup>33</sup> Se art 1 Haag-reguleringene: "The laws, rights and duties of war apply not only to armies, but also to militia and volunteer corps fulfilling the following conditions: (1) To be commanded by a person responsible for his subordinates; (2) To have a fixed distinctive emblem recognizable at a distance; (3) To carry arms openly; and (4) To conduct their operations in accordance with the laws and customs of war. In countries where militia or volunteer corps constitute the army, or form part of it, they are included under the denomination "army"."

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> Etter Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War - August 12, 1949. Art 4 (A) (Heretter GK III) er krigsfanger "... persons belonging to one of the following categories, who have fallen into the power of the enemy:..." Jfr art 44 (1) TP I "Any combatant, as defined in Article 43, who falls into the power of an adverse



stridende, på grunn av konfliktens natur, ikke kan oppfylle de fire ovennevnte kravene. For at den stridende skal opprettholde sin status i slike situasjoner forutsettes det at han bærer sine våpen åpent under hver militær trefning og under den tid han er synlig for motparten mens han deltar i en militær deployering forut for et angrep han skal delta i. Unntaket skal imidlertid ikke forstås slik at det fritar medlemmer av regulære væpnede styrker fra bruk av uniform: ”This Article is not intended to change the generally accepted practice of States with respect to wearing of the uniform by combatants assigned to the regular, uniformed armed units of a Party to the conflict.”<sup>36</sup>

I forbindelse med ratifisering av TP I har en rekke stater reservert seg fra, eller kommentert, artikkel 44 (3) og sagt at den situasjonen artikkelen henviser til bare kan oppstå på okkupert territorium og at begrepet deployering inkluderer en hver forflytning mot et sted fra hvor et angrep skal iverksettes.<sup>37</sup> Så lenge unntaket ikke gjelder en stats væpnede styrker og kommentarene fra en rekke stater viser forbehold med implementeringen annet enn i situasjoner som kan oppstå på okkupert territorium, legges det videre til grunn at artikkel 44 (3) TP I kun kan komme til anvendelse overfor motstandsbevegelser som kjemper mot en okkupasjonsmakt.<sup>38</sup> Artikkel 43 (3) TP I åpner for at en part til konflikten kan innlemme paramilitære styrker og/eller væpnede politistyrker i sine offisielle væpnede styrker. Det stilles imidlertid krav om at øvrige parter til konflikten skal varsles dersom medlemmer av slike styrker skal gis status som stridende.

Det eneste allment aksepterte tilfellet hvor de kumulative kriteriene for status som stridende etter Haag-reguleringene og tredje konvensjon ikke må oppfylles i sin helhet er i tilfeller der befolkningen, når fienden nærmer seg, spontant griper til våpen for å kjempe mot invasjonstroppene uten å ha fått tid til å organisere seg i regulære væpnede styrker, såkalt *levée en masse*. Det stilles imidlertid krav om at våpen skal bæres åpent og krigens lover og sedvaner skal følges<sup>39</sup> for at sivile som er en del av *levée en masse* skal gis primærstatus som stridende og derav rett til sekundærstatus som krigsfange. *Levée en masse* forutsetter en folkelig motstand på

---

Party shall be a prisoner of war”. Jfr Art 5 GK III “The present Convention shall apply ... from the time they fall into the power of the enemy and until their final release and repatriation”

<sup>36</sup> Se art 44 (7) TP I

<sup>37</sup> Dinstein. *The conduct of hostilities under the law of internationalarmed conflict* (2010) s. 53

<sup>38</sup> Motstand mot art 44 (3) TP I er en av hovedårsakene til at USA ikke har signert protokollen. USA aksepterer ikke at denne artikkelen reflekterer internasjonal sedvane. Se *ibid.* s.54

<sup>39</sup> Se art 2 Haag-reguleringene & art 4 (6) GK III

*uokkupert* territorium. I dette ligger en kortvarig tilstand før befolkningen rekker å organisere motstanden eller situasjonen stabiliserer seg på andre måter.<sup>40</sup> Når motstanden er organisert, eller situasjonen stabilisert, er ikke befolkningens motstand lenger å regne som *levée en masse* og individene går tilbake til å regnes som sivile, eller som direkte deltakende i fiendtligheter dersom de fortsetter væpnet motstand uten å være del av de væpnede styrker.

Alle medlemmer av en stats væpnede styrker, med unntak av medisinsk og religiøst personell samt medlemmer av væpnede styrker som er beordret til tjeneste ved sivilforsvarsorganisasjoner,<sup>41</sup> er stridende og har således rett til å delta i fiendtligheter. Denne retten gjelder uavhengig av den enkeltes funksjon, og er basert på medlemskap i den væpnede styrken til en statspart til konflikten. Dette medfører at både infanterisoldaten og kokken har samme rett til, og ikke kan straffes etter IHR for, deltakelse i lovlige kamphandlinger. Dersom de tas til fange av motstander er de å regne som krigsfanger og skal gis den beskyttelse de tilkommer etter IHR.<sup>42</sup>

Retten til beskyttelse mot straffeforfølgning for lovlig krigshandling er ikke bare en ensidig beskyttelse av stridende. En naturlig konsekvens av beskyttelsen er også at stridende blir lovlige militære mål for motparten. Selv om IHR ikke eksplisitt uttrykker at stridende er lovlige mål i væpnede konflikter sier artikkel 48 TP I at "... Parties to the conflict shall at all times distinguish between the civilian population and combatants ...and accordingly shall direct their operations only against military objectives." Prinsippet om at status som stridende medfører at man lovlig kan angripes er allment akseptert som internasjonal sedvanerett.<sup>43</sup> Folkeretten må derfor forstås slik at stridende er lovlige mål for angrep basert på deres medlemskap i væpnede styrker.

Status som stridende basert på medlemskap i en væpnet styrke får den konsekvens at en stridende lovlig kan angripes, uavhengig av hva han/hun gjør, så lenge medlemskapet opprettholdes. Det er således lovlig å angripe stridende når de er under utdanning, trener, er på permisjon, sover og i andre situasjoner der de ikke utgjør en direkte og umiddelbar trussel:

---

<sup>40</sup> Dinstein (2010) s. 48

<sup>41</sup> Se art 67 (1) TP I

<sup>42</sup> Se art 44 (1) TP I; Jfr art 4 GK III

<sup>43</sup> Se Fleck og Bothe (2008) s. 177-178

[I]t is always permissible due to military necessity to attack the enemy's combatants. This is so because ... individual soldier[s] will always be adding to the military capability of the enemy until the point that they are *hors de combat*...<sup>44</sup>

Den eneste situasjonen der IHR beskytter en stridende mot angrep er i situasjoner der han/hun er kampudyktig (*hors de combat*). Det vil si i situasjoner en soldat har overgitt seg og befinner seg i motpartens hender, han klart tilkjenner ønske om å overgi seg, eller han er bevisstløs eller på annen måte gjort kampudyktig på grunn av skade eller sykdom og derfor ikke er i stand til å forsvare seg. Beskyttelsen forutsetter at soldaten avstår fra enhver fiendtlig handling og ikke gjør forsøk på å flykte.<sup>45</sup>

Retten til å ta direkte del i fiendtligheter er som vist knyttet til enkeltpersoners medlemskap i det som etter gjeldende rett defineres som en stats væpnede styrker.<sup>46</sup> Det er således kun ved et slikt medlemskap en person som i utgangspunktet er sivil endrer sin status til stridende med de rettigheter og plikter dette medfører.<sup>47</sup> Etter Genèvekonvensjonene og første tilleggsprotokoll har det ikke betydning om medlemskapet er inngått frivillig eller som en plikt overfor staten. For at en stridende skal kunne gjenvinne sin beskyttede status som sivil kreves det at medlemskapet i de væpnede styrkene opphører. Dette synet støttes også av Yoram Dinstein. Han tar som utgangspunkt at enhver stridende er en tidligere sivil (ingen er født som stridende) og at en stridende derfor kan gå tilbake til sin primærstatus som sivil enten ved dimisjon fra de væpnede styrkene eller ved desertering.<sup>48</sup> Så lenge en slik person ikke lenger er medlem av en væpnet styrke ei heller på eget initiativ direkte deltar i fiendtligheter vil han beskyttes som sivil etter IHR.

### 2.3 Sivile

Alle som ikke er stridende er i humanitærretten definert som sivile. Artikkel 50 (1) TP I definerer sivile negativt i forhold til stridende som: "... any person who does not belong to one of the categories of persons referred to in Article 4 (A) (1), (2), (3) and (6) of the Third Convention and in Article 43 of this Protocol." I dagligspråk ser man ofte begrepet ikke-stridende brukt for å

<sup>44</sup> Henderson. *The contemporary law of targeting: military objectives, proportionality and precautions in attack under Additional Protocol I* (2009) s. 86-87

<sup>45</sup> Se art 41 TP I

<sup>46</sup> Se art 43 TP I

<sup>47</sup> Se art 43 (2); art 44 TP I

<sup>48</sup> Dinstein (2010) s. 146

beskrive både sivile og medlemmer av de væpnede styrker som ikke har en funksjon som innebærer direkte kamphandlinger. Som vist over er det ingen tvil i IHR om at medlemmer av en væpnet styrke, med enkelte unntak, er stridende i rettslig forstand.<sup>49</sup> Bruk av begrepet ikke-stridende blir derfor misvisende.

Siden sivile defineres negativt i forhold til stridende, vil tolkningen av begrepet stridende få umiddelbare konsekvenser for definisjonen av sivile. Hele hensikten med den negative definisjonen av sivile, hvor *alle* som ikke er stridende er sivile, er å unngå at traktatteksten legger opp til tolkningsmuligheter hvor det finnes situasjoner der enkeltpersoners status ikke passer inn i en av kategoriene. Gjeldende rett åpner derfor ikke for en tredje status eller kategori personell som verken er stridende eller sivile, men som innebærer at slike personer er lovlige mål, slik enkelte rettsteoretikere<sup>50</sup> og stater hevder. Israels Høyesterett finner heller ikke grunnlag for en utvidet tolkning av humanitærretten når den på spørsmål fra Israels regjering vurderte en tredje kategori personell, *unlawful combatant*, som lovlige kan angripes men som ikke tilkommer en stridendes rettigheter og privilegier, for eksempel som krigsfange:

In our opinion, as far as existing law goes, the data before us are not sufficient to recognize this third category. That is the case according to the current state of international law, both international treaty law and customary international law ... It is difficult for us to see how a third category can be recognized in the framework of the *Hague* and *Geneva Conventions*. It does not appear to us that we were presented with data sufficient to allow us to say, at the present time, that such a third category has been recognized in customary international law.<sup>51</sup>

En forutsetning for distinksjonen mellom sivile og stridende er at sivile avstår fra direkte deltakelse i fiendtligheter. Dette er en forutsetning for at partene i en væpnet konflikt skal være i stand til å skille mellom hvem som er lovlige mål, og hvem som er sivile og derfor skal beskyttes etter IHR. Væpnede konflikter hvor sivile i større og større grad involveres i konflikten kompliserer dette bildet. Opprørskrigens kamp om befolkningens vilje, den uklare organiseringen av opprørsgrupper, sammenblandingen mellom kriminell aktivitet og opprør samt

---

<sup>49</sup> Se kapittel 2.2

<sup>50</sup> Se Dinstein (2010) s. 33-34

<sup>51</sup> The Public Committee against Torture in Israel v The Government of Israel, HJC 769/02§ 28

vestlige militære styrkers bruk av sivile kontraktører er eksempler på faktorer som kan innvirke på partenes mulighet til å beskytte sivile mot effektene av den væpnede konflikten.

Erfaringer fra væpnede konflikter, spesielt etter den kalde krigen, har ført til debatt omkring når sivile mister sin beskyttelse fra direkte angrep. Denne diskusjonen kommer spesielt til overflaten i forbindelse med NIAC hvor det er stor uenighet om hva som er det statusmessige utgangspunktet for medlemmer i ikke-statlige opprørsgrupper. Dette er en diskusjon jeg vil komme tilbake til senere i analysen.

Uansett utgangspunkt er det enighet om at plikt til distinksjon mellom lovlige militære mål og sivile som skal beskyttes, er å betrakte som internasjonal sedvanerett både i IAC og i NIAC.<sup>52</sup> Forbudet mot angrep på sivile<sup>53</sup> grunner på forventningen om at sivile ikke tar direkte del i fiendtligheter. Angrep rettet direkte mot sivile kan ikke regnes som nødvendig for å sette fienden ut av spill og vil bryte mot prinsippene om humanitet og militær nødvendighet. Denne regelen gjelder selv om et angrep på sivile vil kunne gi en mulig militær fordel.<sup>54</sup> Forbudet mot angrep på sivile er et så grunnleggende prinsipp i humanitærretten at TP I og TP II beskriver kun ett unntak fra regelen: ”*Civilians shall enjoy the protection afforded ... unless and for such time as they take a direct part in hostilities.*”<sup>55</sup> [min utheving] Utfordringen er at verken Genèvekonvensjonene av 1949 eller tilleggsprotokollene av 1977 definerer hva som menes med *direct participation in hostilities* (direkte deltakelse i fiendtligheter). Mangelen på definisjon og de konsekvenser dette kan få for enkeltindivider som angripes, men også for den som beordrer, eller utfører angrep<sup>56</sup> har ledet til langvarig og intens debatt mellom ulike fagmiljøer og enkeltpersoner.

<sup>52</sup> Doswald-Beck og Henckaerts (2005), Rule 1

<sup>53</sup> Se art 50 (1) TP I

<sup>54</sup> Melzer. *Targeted killing in international law* (2008) s. 302

<sup>55</sup> Se art 51 (3) TP I; art 13 (3) TP II

<sup>56</sup> Se art 8 (2)(b)(i) Statute of the International Criminal Court - July 17, 1998:”Intentionally directing attacks against the civilian population as such or against individual civilians not taking direct part in hostilities;[is a war crime]”

#### 2.4 Internasjonale og ikke-internasjonale væpnede konflikter

En grunnleggende forutsetning for at internasjonal humanitærrett skal komme til anvendelse er at det finnes et skille mellom fred, hvor menneskerettighetene og statens lover kommer til anvendelse i sin helhet, og væpnet konflikt hvor deler av individers beskyttelse kan fravikes og spesiallovgivningen i humanitærretten kommer til anvendelse.<sup>57</sup> Det er imidlertid ikke slik at ved en hver væpnet konflikt så trer hele humanitærretten i kraft. Klassifiseringen av en væpnet konflikt bestemmes i første rekke av om den er av en internasjonal eller ikke-internasjonal karakter. Fellesartikkel 2 til Genèvekonvensjonene av 1949 definerer en internasjonal væpnet konflikt som erklært krig eller en hver annen væpnet konflikt mellom to eller flere selvstendige stater. I slike konflikter vil alle de fire Genèvekonvensjonene komme til anvendelse i sin helhet. Ut over dette vil også en rekke andre konvensjoner, slik som første tilleggsprotokoll, komme til anvendelse for de parter som har tiltrådt dem.<sup>58</sup> For en organisert væpnet gruppe vil klassifiseringen av en konflikt som IAC få konsekvenser dersom gruppen har tilhørighet til en av statspartene til konflikten. Dersom dette er tilfellet vil gruppen kunne regnes som del av statspartens væpnede styrker. Medlemmene i gruppen vil derav, dersom de oppfyller kravene i artikkel 4 (2) GC III, få status som stridende og rettmessig kunne ta del i stridigheter.<sup>59</sup>

NIAC er ikke regulert av traktater på samme måte som IAC. Den eneste grunnleggende bestemmelsen som klassifiserer og regulerer konflikter av en ikke-internasjonal karakter finner vi i fellesartikkel 3 til Genèvekonvensjonene.<sup>60</sup> Konflikten må imidlertid være av en slik art at den i intensitet og varighet overgår det nivå statens politi er i stand til å håndtere for at den skal kunne klassifiseres som væpnet konflikt.<sup>61</sup> I tilfeller der staten er part til konflikten vil også andre tilleggsprotokoll til Genèvekonvensjonene (TP II) kunne komme til anvendelse dersom staten har tiltrådt denne. Dette forutsetter imidlertid at opprørerne opererer under organisert ledelse og har territoriell kontroll på en måte som gir dem mulighet for vedvarende militære operasjoner.<sup>62</sup> Konsekvensen av den manglende traktatreguleringen er at internasjonal sedvane, rettspraksis og anerkjente studier er de viktigste kildene for å identifisere gjeldende rett i

<sup>57</sup> Se art 4 International Covenant on Civil and Political Rights - December 16, 1966: "In time of public emergency which threatens the life of the nation ... the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations ..."

<sup>58</sup> Johansen og Staib (2009) s. 178-180

<sup>59</sup> Se art 43 (2) TP I og kapittel 2.2

<sup>60</sup> Se fellesartikkel 3 GK I-IV: "In the case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties, each party to the conflict shall be bound to apply..."

<sup>61</sup> Se art 1 (2) TP II

<sup>62</sup> Se art 1 TP II

væpnede konflikter av en ikke-internasjonalt karakter.<sup>63</sup> Kompleksiteten i nyere konflikter viser også at det kan oppstå situasjoner der det i en IAC vil foregå en separat NIAC. Dersom dette er tilfellet vil militære styrker måtte forholde seg til flere sett med rettsregler samtidig. Dette krever en helhetsoversikt og forståelse for hva som er gjeldende rett i den aktuelle situasjonen.

---

<sup>63</sup> Se art 38 Statute of the International Court of Justice - June 26, 1945

### 3 Direkte deltakelse i fiendtligheter

Etter IHR er, som vist over, sivile personer gitt en grunnleggende beskyttelse fra angrep under væpnet konflikt. Denne beskyttelsen er tuftet på forventningen om at sivile ikke tar del i fiendtligheter. Derav gir TP I og TP II det eneste unntak for når sivile mister sin beskyttelse: ”*Civilians shall enjoy the protection afforded by this section, unless and for such time as they take a direct part in hostilities.*”<sup>64</sup>[min utheving] På grunn av manglende forklaring av konseptet direkte deltakelse i fiendtligheter og definisjon av begreper benyttet i traktatteksten må teksten tolkes i god tro i henhold til dens ordinære mening etter traktatenes virkeområde, mål og hensikt.<sup>65</sup> Begrepet *direct part in hostilities* synes å ha utviklet seg fra fellesartikkel 3 GC I-IV, hvor det slås fast at ”*Persons taking no active [min utheving] part in the hostilities ... shall in all circumstances be treated humanely ...*” Selv om fellesartikkel 3 benytter begrepet *active* og artikkel 51 (3) TP I og artikkel 13 (3) TP II benytter begrepet *direct* legges det i den videre analysen til grunn at begge disse begrepene skal forstås slik at sivile som tar del i fiendtligheter mister sin beskyttelse etter IHR. Dette støttes også av Nils Melzer som sier at den opprinnelige franske traktatteksten, *participent directement*, ikke levner tvil om at de engelske begrepene *direct* og *active* må tolkes som synonymmer.<sup>66</sup>

For å kunne komme frem til en tolkning av konseptet direkte deltakelse i fiendtligheter må det tas stilling til hva fiendtligheter er, hva direkte deltakelse innebærer samt når en slik direkte deltakelse kan sies å finne sted.<sup>67</sup> For denne analysens del er spørsmålet om hva medlemskap i ikke-statlige opprørsorganisasjoner innebærer for enkeltpersoner det viktigste. Spørsmålet er om medlemskap i seg selv er tilstrekkelig for at en person skal bli et lovlig mål, eller om det kreves deltakelse i en handling som er skadelig for motstander for at personen lovlig skal kunne angripes. Dette vil bli diskutert i kapittel 4.

Et utgangspunkt for å diskutere direkte deltakelse i fiendtligheter, er hva de som er stridende, og bare de, lovlig kan gjøre. Det er dette som i faglitteraturen ofte omtales som *combatant's privilege*. Det er i kapittel 2.2 vist hvem som er stridende og således har rett til å delta direkte i

<sup>64</sup> Se art 51 (3) TP I; art 13 (3) TP II

<sup>65</sup> Se art 31 (1) Vienna Convention on the Law of Treaties - May 23, 1969

<sup>66</sup> Melzer (2008) s. 334

<sup>67</sup> Se Jørgensen. *Når er enkeltpersoner lovlige mål i væpnede konflikter?* (2008) s. 15



fiendtligheter. Ved at sivile defineres negativt i forhold til stridende, kan de derfor ikke ha eller få rett til å delta direkte i fiendtligheter uten å bli medlemmer i de væpnede styrker.<sup>68</sup> I praksis innebærer de stridendes privilegium at de kan delta i alle lovlige krigshandlinger uten å bli strafferettslig ansvarliggjort for dette så lenge utførelsen er i overensstemmelse med humanitærrettens bestemmelser. Dette inkluderer angrep, med dødelig makt, mot fiendtlige styrker eller militære mål i den hensikt å sette flest mulig av fiendens soldater ut av spill og for å nå egne militære målsettinger. Sivile som tar del i denne type handlinger vil være å betrakte som direkte deltakende i fiendtligheter. Men er det i realiteten så enkelt?

### 3.1 Oversikt over direkte deltakelse i fiendtligheter

De rettsreglene som beskriver direkte deltakelse i fiendtligheter er artikkel 51 (3) TP I for IAC, og artikkel 13 (3) TP II for NIAC, som begge gir sivile beskyttelse ”unless and for such time as they take a direct part in hostilities.” Denne setningen er en av de mest omdiskuterte unntaksbestemmelsene i humanitærretten hvor både stater, domstoler og anerkjente fagmiljøer bidrar med ulike tolkninger. Mangel på autoritative rettskilder som tolker hva som fører til direkte deltakelse i fiendtligheter har ført til langvarig debatt om temaet. Direkte deltakelse i fiendtligheter omhandler bare sivile. Unntaksbestemmelsen er således ikke relevant for medlemmer av en stats væpnede styrker som er stridende og derfor lovlig kan ta del i fiendtligheter.<sup>69</sup>

På grunn av manglende autoritative rettskilder har analyser av problemstillingen historisk vært basert på en sak til sak tilnærming uten et helhetlig og felles utgangspunkt for tolkning.<sup>70</sup> Selv om ekspertgruppen ikke kunne enes om et felles sluttprodukt, ga ICRC i 2009 ut sitt syn på resultatet etter ekspertgruppens arbeid i DPH-studien.<sup>71</sup> Studien anbefaler hvordan IHR relatert til direkte deltakelse i fiendtligheter skal tolkes. Konklusjonene i studien er imidlertid kontroversielle på flere punkter. Selv om ekspertgruppen nedsatt av TMC Asser Institute og ICRC ikke greide å enes om felles kriterier for vurdering av direkte deltakelse i fiendtligheter,<sup>72</sup> foreslår DPH-studien at de tre kumulative kriteriene terskelgrense, årsakssammenheng og fiendtlig sammenheng legges til grunn.<sup>73</sup>

<sup>68</sup> Det eneste unntak fra denne reglen er *leve en mas*. Se art 2 Haag-reguleringene; art 4 (A)(6) GK III

<sup>69</sup> Se kapittel 2.2

<sup>70</sup> Schmitt. *Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements*. I: Journal of International Law and Politics. Vol. 42, Number 3 (2010)

<sup>71</sup> Melzer. (2009); Se også omtale av ekspertprosessen og DPH-studien i kapittel 1

<sup>72</sup> Se Schmitt (2010).

<sup>73</sup> DPH-studien benytter begrepene Threshold of harm, direct causation og belligerent nexus

Det første kriteriet, *terskelgrense*, adresserer spørsmålet om en handling har funnet sted innen rammen av en væpnet konflikt og er av en slik art at den er å regne som en fiendtlig handling. Dette er en forutsetning for at *fiendtligheter* skal kunne sies å finne sted. Det andre kriteriet adresserer spørsmålet om *årsakssammenheng* mellom fiendtligheten og den skaden som er tiltenkt påført motstander. Med andre ord hvor direkte sammenhengen mellom fiendtligheten og skaden er. Det tredje kriteriet, *fiendtlig sammenheng*, viser ikke til gjerningsmannens subjektive intensjon, men til det bakenforliggende formålet med handlingen. Handlinger som er omfattet av begrepet fiendtligheter og hvor det er en klar årsakssammenheng til påført skade, vil således regnes som direkte deltakelse bare dersom det bakenforliggende formålet kan knyttes til den væpnede konflikten.

Det ligger utenfor denne oppgavens formål og intensjon å foreta en dybdeanalyse av direkte deltakelse i fiendtligheter som sådan.<sup>74</sup> Jeg har derfor valgt å benytte de tre kriteriene ICRC forslår i DPH-studien som utgangspunkt for den videre analysen. Dette gjøres i forståelse av at kriteriene i seg selv er omstridte og ikke akseptert som sedvanerettslig grunnlag for vurdering av direkte deltakelse i fiendtligheter. På grunn av denne uenigheten vil kriteriene ikke tillegges avgjørende vekt men benyttes som et analytisk verktøy. De tre kumulative kriteriene er av en slik art at de vil bringe generalitet inn i analysen og bidra til systematisering av den videre diskusjonen. Den videre analysen vil vise om kriteriene er egnet til å avgjøre om enkeltpersoner tilknyttet ikke-statlige opprørsgrupper er å regne som lovlige mål etter bestemmelsene i IHR. Program on Humanitarian Policy and Conflict Research Harvard University (HPCR) har også valgt å gjøre dette i kommentarene til HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare (heretter HPCR AMW-manualen).<sup>75</sup>

### 3.2 Terskelgrense

Distinksjon og humanitet er som beskrevet innledningsvis to av grunnsteinene IHR bygger på. Av dette kommer bestemmelsen om at sivile skal beskyttes så lenge de ikke tar direkte del i fiendtligheter.<sup>76</sup> Baksiden av mynten som gir sivile beskyttelse er at dersom de utfører handlinger som er til skade for en av partene til konflikten, aksepterer humanitærretten at det kan være militært nødvendig å frata dem den beskyttelse de er gitt.

---

<sup>74</sup> Se kapittel 1.1

<sup>75</sup> Program on Humanitarian Policy Conflict Research at Harvard University. *Commentary on the HPCR manual on international law applicable to air and missile warfare* (2010) s. 120 - 121

For at en sivil skal kunne sies å ta direkte del i fiendtligheter, må det eksistere en fiendtlig handling som ikke er forenlig med hans status som sivil.<sup>77</sup> Videre må handlingen, som et minimum, være foretatt innen rammen av en internasjonal væpnet konflikt etter fellesartikkel 2 GK I – IV eller en ikke-internasjonal væpnet konflikt etter fellesartikkel 3 GK I-IV.<sup>78</sup> Dette innebærer at ikke all maktbruk, selv i situasjoner der en væpnet konflikt finner sted, er å regne som fiendtligheter. Som eksempel kan nevnes ran for egen vinning og drap som ikke har den hensikt å påvirke en av partene i konflikten. Dette er situasjoner som vil måtte håndteres innen rammen av den aktuelle stats straffelov.

Spørsmålet som må stilles blir da hva som skal til for at en handling som er skadelig for motstander skal føre til at en sivil mister sin beskyttelse og lovlig kan angripes. De relevante traktatene bruker forskjellige begreper for å beskrive situasjoner der personer eller enheter med beskyttet status mister sin beskyttelse. Artikkel 13 (1) TP I sier for eksempel at sivile medisinske enheter skal beskyttes så lenge de ikke gjennomfører ”acts harmful to the enemy” mens artikkel 8 (a) og (b) i samme protokoll benytter begrepet ”act of hostility”. Artikkel 51 (3) TP I og artikkel 13 (3) TP II benytter imidlertid begrepet ”hostilities”. Hostilities som på norsk kan oversettes til fiendtligheter synes å være et begrep som er dekkende for traktatens intensjon om å gi beskyttelse til enkeltpersoner og grupper som ikke tar del i handlinger som er til skade for en av partene til konflikten.

Genèvekonvensjonene og tilleggsprotokollene gir oss ikke en entydig definisjon av hva fiendtligheter (*hostilities*) er. Haag-rettens formål om å oppstille regler for stridshandlingene og Genèverettens intensjon om å beskytte ofrene for væpnet konflikt, kan imidlertid gi oss et utgangspunkt for tolkning av begrepet. I artikkel 44 (3) TP I benyttes begrepet fiendtligheter om noe sivile skal beskyttes mot effekten av. I samme artikkel benyttes begrepene *armed conflict*, *attack*, *military operation* og *military engagement* for å beskrive situasjoner som pålegger beskyttelse av sivile. Det kan synes som om TP I anerkjenner at disse begrepene ikke er sidestilt, men at fiendtligheter er en del av væpnet konflikt og at *military engagement* er en del av

---

<sup>76</sup> Se art 51 (3) TP I

<sup>77</sup> For definisjon av sivile se kapittel 2.3

<sup>78</sup> Dersom kravene i art 1 TP II oppfylles og den angjeldende statspart er part til samme protokoll vil også denne kunne komme til anvendelse. For definisjon av IAC og NIAC se kapittel 2.4

fiendtligheter.<sup>79</sup> Olav Jørgensen har i sin masteroppgave ved Forsvarets Stabsskole i 2008 rangert begrepene hierarkisk med væpnet konflikt som det øverste nivået, deretter følger fiendtligheter, så militære operasjoner og til slutt angrep.<sup>80</sup> En væpnet konflikt innebærer nødvendigvis mer enn de stridende parters bruk av virkemidler og metoder i forbindelse med væpnede angrep. En rangering som også inkluderer et bredere spekter av militære operasjoner i definisjonen av fiendtligheter synes som rimelig. Fiendtligheter er ikke det samme som væpnet konflikt, men er den delen av den væpnede konflikten som omfatter partenes metoder og bruk av virkemidler for å påføre motstander skade. Fiendtligheter kan sies å være summen av fiendtlige handlinger som gjennomføres som en del av konflikten.

Generally speaking, the concept of hostilities is equivalent to the sum of all conduct regulated by the law of hostilities, namely choice and use by the parties to an armed conflict of means and methods of injuring the enemy.<sup>81</sup>

Ved at *fiendtligheter defineres som summen av alle fiendtlige handlinger* er da spørsmålet hva som er en fiendtlig handling?

Artikkel 41 (2) TP I benytter begrepet *hostile act* i den sammenheng at en som er stridsudyktig skal avstå fra en hver fiendtlig handling for å oppnå beskyttelse etter denne bestemmelsen. Det gjør også artikkel 42 (2) i samme protokoll som sier at en person som hopper ut i fallskjerm fra et luftfartøy i nød skal "... be given an opportunity to surrender ... unless it is apparent that he is engaging in a hostile act." I kommentarene til TP I sier ICRC at fiendtlig handling skal forstås som "acts which by their nature and purpose are intended to cause actual harm to the personnel and equipment of the armed forces."<sup>82</sup> Ut fra dette er det handlingens art, hensikt og intensjon som er avgjørende for om handlingen kan defineres som fiendtlig. Fiendtlige handlinger er ut fra dette ikke begrenset til angrep (*attack*) mot militære mål slik dette er definert i art 49 (1) TP I som "... acts of violence against the adversary, whether in offence or in defence",<sup>83</sup> men kan

<sup>79</sup> Se art 44 (3) TP I

<sup>80</sup> Jørgensen (2008) s. 20-21

<sup>81</sup> Melzer (2008) s. 269

<sup>82</sup> Sandoz et al. *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. (1987) avsn. 1942

<sup>83</sup> Det faktum at definisjonen dekker både offensive og defensive handlinger viser at angrep i denne sammenheng ikke har same betydning som det som normalt forstås med begrepet i militær sammenheng, offensive handlinger

også inkludere handlinger rettet mot sivile, sivilbefolkningen og sivile objekter så lenge intensjonen er å påføre motstander skade. Støtte for dette finnes også i artikkel 51 (2) TP I og artikkel 13 (2) TP II som i første ledd forbyr angrep mot sivile og sivilbefolkningen, og videre forbyr "Acts or threats of *violence* the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population ...". Frykt og usikkerhet i sivilbefolkningen er en konsekvens av væpnet konflikt. Det er ikke disse bestemmelsenes intensjon å forby lovlige krigshandlinger som fører til frykt blant sivile. Teksten legger imidlertid ned et klart forbud mot trusler om, eller bruk av vold mot sivile *i den hensikt* å skape frykt. Dette bekreftes også i ICRCs kommentarer til TP II:

Air raids have often been used as a means of terrorizing the population, but these are not the only methods. For this reason the text contains a much broader expression, namely "acts or threats of violence" so as to cover all possible circumstances.<sup>84</sup>

Trusler om, eller bruk av vold mot sivile kan derfor defineres som en fiendtlig handling dersom hensikten er å spre terror og frykt blant sivile og i sivilbefolkningen.

Dersom en fryktbasert taktikk lykkes vil konsekvensen kunne bli at sivilbefolkningen snur seg, eller aktivt tar del i kampen mot legitime myndigheter. Dette vil ikke bare kunne føre til direkte skade for myndighetene, men også øke opprørernes kapasitet og utholdenhet til å fortsette kampen. Det kan derfor argumenteres for at vold mot sivilbefolkningen er en fremgangsmåte som har som intensjon å påføre motstanders personell og materiell vesentlig skade både direkte og ved å bygge egen operativ evne. Israels Høyesterett støtter i Targeted Killing dommen denne posisjonen ved at de med referanse til Inter-American Commission on Human Rights sier: "It seems that acts which by nature and objective are intended to cause damage to civilians should be added to that definition."<sup>85</sup> Videre heter det i samme "As we have seen, that approach is not limited merely to the issue of "hostilities" toward the army or the state. It applies also to hostilities against the civilian population of the state".<sup>86</sup> Slutningen fra israelsk Høyesterett må ses i lys av den spesielle situasjonen staten Israel er i, hvor terrorangrep på sivilbefolkningen er et normalt operasjonsmønster for statens fiender. Men prinsippene i tolkningen støttes også av andre. Nils Melzer konkluderer med at "... the notion of hostilities does not appear to be limited

---

rettet mot fienden eller for å ta viktig lende. Angrep slik det skal forstås i IHR synes derfor å være knyttet til en hver voldshandling rettet mot motstanderen i den hensikt å sørge for at humanitærrettens regulering av maktbruk er gjeldende i alle typer militære operasjoner, både offensive og defensive.

<sup>84</sup> Sandoz et al. (1987) avsn. 4785

<sup>85</sup> The Public Committee against Torture in Israel v The Government of Israel, HJC 769/02 §33

to lawful acts of war and, therefore, does not necessarily have to be directed against legitimate military objectives.”<sup>87</sup>

For at en handling skal være å regne som fiendtlig må den således være til skade for motstander. Dette er ikke et kvantitativt, men et kvalitativt krav, noe som også anerkjennes i DPH-studien:

When an act may reasonably be expected to cause harm of a specifically military nature, the threshold requirement will generally be satisfied regardless of quantitative gravity ... military harm should be interpreted as encompassing ... any consequence adversely affecting the military operations or military capacity of a part to the conflict.<sup>88</sup>

*Harmful acts* er således ikke begrenset til handlinger som har som intensjon å påføre motstander død, personskade eller skade på militære objekter. Det kan synes som om DPH-studien også åpner for at handlinger som vil påføre motstander skade i fremtiden regnes som fiendtlige.

Michael N. Schmitt beskriver væpnet konflikt som et null-sum spill, hvor bidrag til den ene parten normalt også svekker den andre. Han argumenterer for at også handlinger som har til hensikt å øke en parts operative evne må kunne kvalifisere som direkte deltakelse i fiendtligheter ved at slike handlinger normalt vil være til ulempe for motparten.<sup>89</sup> Dette er tanker som er allment aksepterte i militærteorien og som også brukes for å beskrive maktballansen mellom stater. Om disse tankene analogt kan overføres til humanitærretten slik den er (*de lege lata*), er imidlertid uklart. En generell diskusjon av hvilke spesifikke handlinger som overskrider terskelgrensen og således kan kalles fiendtlige ligger utenfor denne oppgavens hensikt og omfang.<sup>90</sup> I forbindelse med diskusjonen av ikke-statlige opprørsgrupper vil temaet imidlertid være relevant og bli behandlet i kapittel 4 der det måtte passe.

Som grunnlag for den videre diskusjonen av hva direkte deltakelse er, har vi sett at begrepet fiendtligheter forutsetter at en handling er planlagt eller gjennomført innen rammen av en væpnet konflikt der IHR kommer til anvendelse. Fiendtligheter utgjøres av fiendtlige handlinger, men er ikke begrenset til angrep slik IHR definerer dette. Også handlinger som ikke innebærer direkte

---

<sup>86</sup> Ibid.

<sup>87</sup> Melzer (2008) s. 275

<sup>88</sup> Melzer. (2009) s. 47

<sup>89</sup> Schmitt (2010) s. 719

våpnet konfrontasjon vil kunne klassifiseres som fiendtlige dersom handlingens hensikt leder til intensjonen om å påføre motstander skade. Det er også vist at handlinger rettet mot sivile, sivilbefolkningen og sivile objekter vil kunne være å regne som fiendtlige. Terskelgrensen for fiendtligheter synes derfor å være nådd når det *innenfor våpnet konflikt* finner sted *voldelige eller ikke-voldelige handlinger som ved sin natur og hensikt er tilsiktet å påføre vesentlig skade på motstanders personell eller materiell, eller på beskyttede personer eller objekter.*

### 3.3 Årsakssammenheng

For at en sivil skal miste sin beskyttelse etter IHR kreves det i tillegg til fiendtligheter også at det er en årsakssammenheng mellom handlingen og den skadelige effekt den er tiltenkt å påføre motstander. Det kan således skilles mellom direkte og indirekte deltakelse (som også inkluderer bidrag til den alminnelige krigsinnsats). Nødvendigheten av dette skillet synes å være anerkjent både i rettspraksis og i anerkjent litteratur:

Undoubtedly there is room here for some margin of judgment: to restrict this concept to combat and to active military operations would be too narrow, while extending it to the entire war effort would be too broad, as in modern warfare the whole population participates in the war effort to some extent, albeit indirectly. The population cannot on this ground be considered to be combatants...<sup>91</sup>

Selv om kommentaren til tilleggsprotokollen her sier at det er et skille mellom direkte og indirekte deltakelse og åpner for en viss tolkning av skillet, har jeg ikke funnet statspraksis som etablerer sedvanerettslige kriterier for å avgjøre hva en handling kan klassifiseres som.

Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) søker i sin uttalelse om menneskerettighetene i Colombia å avklare forskjellene på direkte og indirekte deltakelse:

The Commission believes ... it is necessary to clarify the distinction between "direct" or "active" and "indirect" participation by civilians in hostilities ... It is generally understood in humanitarian law that the phrase "direct participation in hostilities" means acts which, by their nature or purpose, are intended to cause

<sup>90</sup> For en dybdeanalyse av hvilke handlinger som kvalifiserer som direkte deltakelse i fiendtligheter se Jørgensen (2008)

<sup>91</sup> Sandoz et al. (1987) avsn. 1697

actual harm to enemy personnel and material. Such participation also suggests a "direct causal relationship between the activity engaged in and harm done to the enemy at the time and place where the activity takes place."<sup>92</sup>

In contrast, civilians whose activities merely support the adverse party's war or military effort or otherwise only indirectly participate in hostilities cannot on these grounds alone be considered combatants. This is because indirect participation, such as selling goods to one or more of the armed parties, expressing sympathy for the cause of one of the parties or, even more clearly, failing to act to prevent an incursion by one of the armed parties, *does not involve acts of violence which pose an immediate threat of actual harm to the adverse party* ... Clearly, persons who exercise their right to vote or to seek or hold elective office also cannot be regarded as committing, directly or indirectly, acts hostile to a party to any armed conflict.<sup>93</sup> [min utheving]

Det avgjørende elementet i kommisjonens uttalelse er "*does not involve acts of violence which pose an immediate threat of actual harm to the adverse party.*" Her identifiserer IACHR et kriterium som må oppfylles for at en handling skal kunne sies å være indirekte deltakelse. En handling kan isolert sett betraktes som fiendtlig, men så lenge den ikke utgjør en umiddelbar trussel om faktisk skade vil den ikke kunne regnes som direkte deltakelse i fiendtligheter.<sup>94</sup> Denne tolkningen av skillet mellom direkte og indirekte deltakelse anerkjennes også av Israels Høyesterett som siterer IACHR i sin diskusjon av Targeted Killing saken.<sup>95</sup>

IACHR presiserer samtidig at skillet mellom direkte og indirekte deltakelse i fiendtligheter kommer til anvendelse både i konvensjonell krigføring og i geriljakrig slik som den i Colombia. Med dette forstås at kommisjonens tolkning kommer til anvendelse både i IAC og i NIAC.<sup>96</sup>

Regelen om distinksjon mellom sivile og stridende og mellom sivile objekter og militære mål, legges uansett uenighet om enkelthandlinger til grunn ved tolkning av direkte og indirekte deltakelse. Det synes også som om det er sedvanerettslig grunnlag for å hevde at det i IAC

<sup>92</sup> Inter-American Commission on Human Rights (IACHR). *Third Report on the Human Rights Situation in Colombia* (1999), Ch IV §53

<sup>93</sup> Ibid. Ch IV §56

<sup>94</sup> Se også Jørgensen (2008) s. 25

<sup>95</sup> The Public Committee against Torture in Israel v The Government of Israel, HJC 769/02 § 34



skilles mellom direkte deltakelse i fiendtligheter og deltakelse i samfunnets oppgaver for å understøtte krigsinnsatsen. En rekke staters militærmanualer understøtter dette.<sup>97</sup>

Som eksempel på slik aktivitet er i litteraturen ofte benyttet sivile som arbeider på en våpenfabrikk og som derav ikke mister sin beskyttelse ved at de tar direkte del i fiendtligheter, men som ved sin tilstedeværelse i fabrikkens kan komme til skade dersom denne, som et lovlig militært mål, angripes.<sup>98</sup>

Uenigheten oppstår i forhold til hva som er grunnlag for å frata sivile som tar direkte del i fiendtligheter den beskyttelse de er gitt etter IHR.<sup>99</sup> Det kan synes som om ytterpunktene i debatten er delt i to leire når det tolkes hva som er direkte og hva som er indirekte deltakelse. Nils Melzer kaller dette ”The Restrictive Approach” og ”The Liberal Approach”.<sup>100</sup> Den grunnleggende forskjellen mellom disse to tilnærmingene er kravet til årsakssammenheng mellom handling og den tiltenkte effekten på motstanderen. De som følger den restriktive linjen tar utgangspunkt i at sivile mister sin beskyttelse kun når de utgjør en overhengende militær trussel for motstander og at en slik trussel må skilles fra sivilbefolkningens generelle bidrag til den væpnede konflikten.<sup>101</sup> Støtte for dette synet finnes i ICRCs kommentarer til TP I hvor det etableres et krav til årsakssammenheng mellom handling og den skade som påføres motstander: ”Direct participation in hostilities implies a *direct* causal relationship between the activity engaged in and the harm done to the enemy at the time and the place where the activity takes place.”<sup>102</sup> Dette synes å begrense direkte deltakelse til situasjoner der en voldelig handling forekommer og at det er en direkte og ubrutt sammenheng mellom den sivile personens handling og den skade som forvoldes. Ut fra kommentaren kommer det ikke klart frem hvilke handlinger, bortsett fra stridshandlinger, som kommer inn under definisjonen. Det synes imidlertid allment akseptert at ikke bare selve stridshandlingen, men også forberedelser til og retur fra slike handlinger er å regne som direkte deltakelse.

---

<sup>96</sup> Inter-American Commission on Human Rights (IACHR). (1999), Ch IV §57

<sup>97</sup> Se Doswald-Beck og Henckaerts (2005), Rule 6 og Doswald-Beck og Henckaerts. *Customary International Humanitarian Law, Volume II: Practice* (2005) §§ 635-648

<sup>98</sup> Se art 52 (2) TP I. Ved angrep på lovlige militære mål hvor det er fare for sivile følgeskader pålegger IHR den angripende part å vurdere om den konkrete og direkte militære fordel forventet er større enn de følgeskader som angrepet må antas å medføre (Se art 51 (5) (b) TP I). Videre pålegges det den som gjennomfører angrepet å ta kontinuerlig omsorg for å skåne sivilbefolkningen, sivilpersoner og sivile objekter (Se art 57 TP I, forholdsregler under angrep). Dette er å anse som sedvanerett både i IAC og i NIAC.

<sup>99</sup> Se art 51 (3) TP I

<sup>100</sup> Melzer (2008) s. 335 - 341

<sup>101</sup> Ibid. s. 335

<sup>102</sup> Sandoz et al. (1987) avsn. 1679

I kommentarene til TP II synes det imidlertid som om ICRC selv svekker kravet til årsakssammenheng når ordet *direct* byttes ut med *sufficient*: "... "direct part in hostilities" ... implies that there is a *sufficient* causal relationship between the act of participation and its immediate consequences."<sup>103</sup> Dette kan åpne for at handlinger som ikke har en *direkte* årsakssammenheng til den forvoldte skaden også kan regnes som deltakelse i fiendtligheter. Det er rimelig å anta at dette vil kunne inkludere militære støttefunksjoner slik som planlegging av operasjoner, rekruttering og logistikk. I DPH-studien bringer ICRC imidlertid inn en snevrere tolkning i debatten og argumenterer for at handlingen ikke kan ligge mer enn ett kausalt skritt (*one causal step*) fra den planlagte effekten på motstander for at den skal regnes som direkte deltakelse.<sup>104</sup> En sivil må etter denne tolkningen selv utføre en handling som utgjør en direkte og overhengende militær trussel for motstander for at kravet om årsakssammenheng skal være oppfylt. Den uklare begrepsbruken fra ICRC viser utfordringene med å tolke loven slik den er. Det synes som om uklarhetene i tolkningene i praksis dreier seg om hvilke funksjoner i opprørsgrupper som faktisk fører til direkte deltakelse i fiendtligheter.

Kenneth Watkin argumenterer for at fiendtligheter er en gruppeaktivitet og at sammenlignbare funksjoner mellom statlige væpnede styrker og ikke-statlige opprørsgrupper kan benyttes for å avgjøre om medlemmer i opprørsgrupper lovlig kan angripes.

One approach for identifying direct participation in hostilities would be to apply the basic military staff structure (personnel, intelligence, operations, logistics, civil-military relations, and signals) to a non-state organization.<sup>105</sup>

Watkin synes her å ta hensyn til realitetene i ikke-internasjonale konflikter. Sivile som på eget initiativ tar opp våpen for å kjempe uten en overordnet plan og ledelse utgjør en liten del av det totale trusselbildet mot konvensjonelle styrker. Organiserte grupper, bestående av sivile som frivillig eller under tvang utfører planlagte fiendtlige handlinger, utgjør derimot den største trusselen i operasjoner slik som i Afghanistan. I Targeted Killing dommen legger også Israels Høyesterett en slik tilnærming til grunn når de diskuterer direkte deltakelse:

---

<sup>103</sup> Ibid. avsn. 4787

<sup>104</sup> Melzer. (2009) s. 53

[T]he "direct" character of the part taken should not be narrowed merely to the person committing the physical act of attack. Those who have sent him, as well, take "a direct part". The same goes for the person who decided upon the act, and the person who planned it. It is not to be said about them that they are taking an indirect part in the hostilities. Their contribution is direct (and active).<sup>106</sup>

På dette trinnet i analysen vil jeg ikke ta stilling til graden av årsakssammenheng som kreves for at direkte deltakelse skal finne sted, men komme tilbake til dette i analysens kapittel 4.

De som følger den liberale linjen inkluderer all aktivitet som kan sies å være lik det som er normalt for en statlig væpnet styrke slik som planlegging, organisering, rekruttering og logistikkfunksjoner i direkte deltakelse.<sup>107</sup> I kommentarene til manualen for *Air and Missile Warfare* argumenteres det for en speiling av reglene som gjelder for statlige væpnede styrker<sup>108</sup> over på ikke-statlige opprørsgrupper: "Thus, like members of the regular armed forces of the State concerned, members of a non-State organized armed group in a non-international armed conflict are lawful targets."<sup>109</sup> En slik speiling av reglene synes ikke å legge særlig vekt på kravet til årsakssammenheng, men argumenterer for at det ikke er noen grunn til å skille mellom en stats væpnede styrker og tilsvarende organisasjonselementer i en ikke-statlig opprørsgruppe. Ved å skille mellom en stats væpnede styrker og personer som ikke har de stridendes privilegier vil de sist nevnte, etter denne tilnærmingen, kunne få en fordel i forhold til de væpnede styrkene ved at de ikke lovlig kan angripes annet enn i situasjoner der de utgjøre en umiddelbar trussel om faktisk skade. Det vil si, kun i forbindelse med direkte stridshandlinger.

Uansett vektlegging av kravet til årsakssammenheng synes det klart at den grunnleggende motivasjonen bak standpunktene er å ivareta distinksjonen mellom de som ved sine handlinger oppgir sin beskyttelse som sivile, og de som avstår fra slike handlinger og derav ikke bidrar til situasjoner som sår tvil om deres beskyttede status. En tolkning av loven som går ut fra kravet om bare ett kausalt skritt mellom handlingen og den tiltenkte effekten synes umiddelbart å være relevant kun i tilfeller der enkeltpersoner sporadisk, uorganisert og på eget initiativ tar del i

---

<sup>105</sup> Watkin. *Humans in the cross-hairs: Targeting and assassination in contemporary armed conflict* (2005) s. 153

<sup>106</sup> The Public Committee against Torture in Israel v The Government of Israel, HJC 769/02 §37

<sup>107</sup> Melzer (2008) s. 338

<sup>108</sup> Se art 43 TP I

<sup>109</sup> Program on Humanitarian Policy Conflict Research at Harvard University (2010) s. 84

fiendtligheter mot en part til konflikten. I slike tilfeller kan det argumenteres for at den aktuelle personen gjenvinner sin beskyttede status i det han uomtvistelig har avsluttet fiendtlighetene og går tilbake til sitt sivile virke. Dersom den aktuelle personen ikke planlegger fremtidige handlinger som er i strid med hans beskyttede status, vil tiden etter den fiendtlige handlingen ikke automatisk regnes som del av fiendtlighetene. Det synes også som om DPH-studien åpner for at fiendtligheter er en gruppeaktivitet og at direkte deltakelse i fiendtligheter er en konsekvens av den enkeltes funksjon:

Consequently, under IHL, the decisive criterion for individual membership in an organized armed group is whether a person assumes a *continuous function* for the group involving his or her direct participation in hostilities (herafter: "continuous combat function").<sup>110</sup> [min utheving]

Ved å legge Continuous Combat Function (CCF) til grunn vil man kunne unngå at et medlem av en opprørsgruppe utnytter humanitærrettens beskyttelsesregime til å sloss om natten og være en beskyttet sivil om dagen. Det såkalte svingdørsproblemet.<sup>111</sup>

Det å utelukke militære støttefunksjoner, planlegging og lignende aktiviteter fra direkte deltakelse vil kunne forsterke ubalansen mellom partene i en væpnet konflikt. Dette vil trolig bli mest synlig i en ikke-internasjonalt væpnet konflikt hvor bare en av partene er en statlig væpnet styrke, og hvor dennes medlemmer er stridende og derav lovlige mål til en hver tid.<sup>112</sup> En snever tolkning av kravet til årsakssammenheng vil i NIAC kunne gi en ikke-statlig part til konflikten en operasjonell fordel ved at avgjørende deler av dennes organisasjon regnes som sivile og derav ikke lovlig kan angripes. En speilvendning av medlemskapskravet som gjelder statlige væpnede styrker<sup>113</sup> til også å gjelde ikke-statlige opprørsorganisasjoner synes å balansere kravene til militær nødvendighet og humanitet på en måte som ikke gir den ene part fordeler. Det samme vil også være tilfellet dersom en funksjonell tilnærming legges til grunn.

---

<sup>110</sup> Melzer. (2009) s. 33

<sup>111</sup> Ibid. s. 70-71

<sup>112</sup> For definisjon av stridende se kapittel 2.2

<sup>113</sup> Se art 43 TP I

### 3.4 Fiendtlig sammenheng

Dette tredje kumulative kriteriet fiendtlig sammenheng (*belligerent nexus*) må også tilfredsstilles for at en handling skal kunne sies å kvalifisere som direkte deltakelse i fiendtligheter. DPH-studien definerer fiendtlig sammenheng som ”... an act must be specifically designed to directly cause the required threshold of harm in support of a party to the conflict *and* to the detriment of another.<sup>114</sup>[min utheving] Det er altså ikke tilstrekkelig at en handling er av en slik art at den kommer over terskelgrensen for fiendtligheter og at det er en klar årsakssammenheng mellom handlingen og dennes tiltenkte effekt. Handlingens bakenforliggende formål må i tillegg være å påføre skade på en part, *og* til støtte for en annen part til konflikten.<sup>115</sup> Fokuset er ikke på den faktiske skade en handling har påført, eller en enkeltpersons subjektive intensjon, men på det bakenforliggende formål med handlingen.<sup>116</sup>

[B]elligerent nexus relates to the objective purpose of the act. That purpose is expressed in the design of the act or operation and does not depend on the mindset of every participating individual.<sup>117</sup>

Dette fører til at også personer som er gitt en særlig beskyttelse i humanitærretten (for eksempel barn) kan miste sin beskyttelse ved å ta direkte del i fiendtligheter, selv om deltakelsen skjer under tvang.<sup>118</sup>

Kravet om fiendtlig sammenheng kan føre til operasjonelle utfordringer for soldater og offiserer som tar del i en væpnet konflikt. Hvordan er det mulig å identifisere handlingens formål, og er det mulig å skille handlinger som tilfredsstillt kravet fra mer eller mindre identiske handlinger som ikke tilfredsstillt det? DPH-studien bruker tyveri av militært materiell for privat bruk som eksempel på handlinger som kan overskride terskelgrensen for fiendtligheter, men som ikke har som formål å støtte en part til konflikten ved å påføre en annen part skade.<sup>119</sup> Dette er en vurdering som trolig vil være relevant i forbindelse med en strafferettslig påtale av gjerningspersonen, men som vil være praktisk umulig å forholde seg til for en soldat som skal

---

<sup>114</sup> Melzer. (2009) s. 58

<sup>115</sup> Ibid. s. 58

<sup>116</sup> Fiendtlig sammenheng må ikke forveksles med ”*hostile intent*” som er en persons subjektive intensjon og ikke handlingens bakenforliggende formål.

<sup>117</sup> Melzer. (2009) s. 59

<sup>118</sup> Ibid. s. 60

vurdere om han lovlig kan benytte dødelig makt for å forhindre handlingen. Det kan ikke forventes at soldaten kjenner handlingens bakenforliggende formål. En annen utfordring som vi ser blant annet i Afghanistan er innslaget av organiserte kriminelle grupper og såkalte *powerbrokers* som utnytter den kaotiske situasjonen og mangelen på statlig kontroll i egen vinnings hensikt. Disse gruppene er ofte vanskelige å skille fra opprørsgrupper da de gjerne er kledd på samme måte og bevæpnet med samme type våpen. I vinnings hensikt gjennomfører slike grupper aksjoner som kan bli like voldelige og skape like mye frykt og usikkerhet i befolkningen som opprørere. Det som skiller dem er imidlertid at formålet med aksjonene er egen vinning og ikke ønsket om å støtte en part til konflikten ved å påføre den annen part skade. For å komplisere bildet ytterligere finnes det også kriminelle grupper som kan være del av en overordnet organisasjon og som ved sine handlinger finansierer det væpnede opprøret.

Demonstrasjoner og politiske protester som oppstår i situasjoner der en væpnet konflikt finner sted har en tendens til å bli voldelige. Den primære hensikten med slike demonstrasjoner er normalt ikke å støtte en part til konflikten ved å påføre skade på en annen. Deltakelse i voldshandlinger som springer ut av slike demonstrasjoner vil normalt ikke tilfredsstille kravet til fiendtlig sammenheng og ikke være å regne som direkte deltakelse i fiendtligheter. Det er imidlertid kjent at opprørsgrupper benytter sivil urolighet som taktikk for å påføre motstander skade, enten fysisk eller ved å begrense hans frihet til å operere. Ved å skjule seg blant sivile som utøver sine rettigheter og utnytte situasjonen til å kamuflere egne voldelige handlinger, eller ved å oppildne massene til vold mot en av partene til konflikten, kan opprørere bli å regne som direkte deltakende i fiendtligheter. De setter samtidig sivile i fare ved at de bruker dem som et virkemiddel for å skjule sine egne operasjoner.<sup>120</sup>

Som DPH-studien argumenterer for kreves det at formålet med en fiendtlig handling må være til støtte for en part til konflikten og til skade for en annen part.<sup>121</sup> I erkjennelsen av det komplekse situasjonsbildet militære styrker opererer under, spesielt i NIAC, kan det virke som en nær

---

<sup>119</sup> Ibid. s. 60

<sup>120</sup> Dette vil kunne være et brudd på art 51 (7) TP I som forbyr bruk av sivile eller sivilbefolkningen for å beskytte militære mål eller militære operasjoner. Brudd på denne artikkelen kan være å regne som krigsforbrytelser i IAC etter Statute of the International Criminal Court - July 17, 1998 art 8 (2)(b)(xxiii). Ved å fremstå som sivil og som en del av en demonstrasjon eller andre uroligheter drepe, skade eller ta til fange en motstander vil en opprører også begå en svikfull handling etter art 37 TP I. Forbudet mot svik er å regne som sedvanerett både i IAC og i NIAC Jfr: Doswald-Beck og Henckaerts (2005), Rule 65. Drap eller skade på en stridende motstander ved svikfull handling er også å regne som krigsforbrytelse etter art 8(2)(ix) ICC.

<sup>121</sup> Melzer. (2009) s. 58-64

umulig oppgave å etablere en nødvendig grad av sikkerhet for hva som er enkeltpersoners eller gruppers bakenforliggende formål.

I sitt tilsvar til DPH-studien kritiserer professor Schmitt det kumulative elementet [og] i definisjonen av *belligerent nexus*.<sup>122</sup> Han mener at dette kravet ikke tar inn over seg realitetene i moderne konflikter hvor det er fullt tenkelig at "... an organized armed group or an individual civilian might be opposed to both sides of the conflict..."<sup>123</sup> En situasjon der en person eller en gruppe utnytter kaoset i en væpnet konflikt for selv å søke å ta makten eller skaffe seg økonomiske fordeler er ikke en utenkelig situasjon. Det er min mening at definisjonen slik den er skrevet i DPH-studien dekker denne eventualiteten ved at den aktuelle personen eller gruppen selv blir part til konflikten eller ved at urolighetene blir av en slik art at de skiller seg fra opptøyer og kriminell virksomhet og det oppstår en separat væpnet konflikt mellom denne parten og øvrige parter i den opprinnelige konflikten.<sup>124</sup>

Schmitt argumenterer videre for at handlinger som ikke er til direkte skade for en part, men som øker kapasiteten til motstander også er å regne som direkte deltakelse i fiendtligheter. Derfor mener han at [og] bør byttes ut med [eller] i definisjonen av *belligerent nexus*. Fra et fagmilitært ståsted synes det klart at også handlinger som har til hensikt å styrke motstanders kapasitet påvirker styrkeforholdet mellom partene. Et eksempel på en slik handling er finansiering av opprørsgruppens aktiviteter.<sup>125</sup> Tilgang til økonomiske midler kan være av uvurderlig verdi for opprørsgruppens kapasitet, men kan trolig ikke defineres som fiendtligheter.<sup>126</sup> Selv om Schmitt argumenterer for at slike handlinger har som formål å skade den annen part og at gråsoner og grensetilfeller bør tolkes liberalt for å finne direkte deltakelse, er den aksepterte tolkning av

<sup>122</sup> Se supra note 114

<sup>123</sup> Schmitt (2010) s. 736

<sup>124</sup> ICTY definerer i TADIC (1995) saken at en væpnet konflikt eksistere "... whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State" Se PROSECUTOR v. DUSKO TADIC a/k/a "DULE": Case no. IT-94-1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction. (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)). §70.

Samme tribunal tolket i saken ICTY v HARADINAJ (2008) dette videre ved å si at: "The criterion of protracted armed violence has therefore been interpreted in practice, including by the Tadić Trial Chamber itself, as referring more to the intensity of the armed violence than to its duration" Se PROSECUTOR v. RAMUSH HARADINAJ, IDRIZ BALAJ, LAHI BRAHIMAJ: Case no. IT-04-84-T, Judgement. (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)). §49

<sup>125</sup> USA satte i 2009 ca 50 narkotika produsenter som trolig bidrar til finansiering av Talibans virksomhet på listen over personell som skal tas til fange eller drepes i Afghanistan. USA argumenterer for at dette kan gjøres innen gjeldende engasjementsregler og humanitærrettens bestemmelser. En rekke stater stiller imidlertid spørsmål ved en slik tolkning av humanitærretten. Se Risen. *U.S. to Hunt Down Afghan Drug Lords Tied to Taliban I: The New York Times* 2009. URL: <http://www.nytimes.com/2009/08/10/world/asia/10afghan.html>, Benyttet 16. mai 2011

<sup>126</sup> Melzer. (2009) s. 54

fiendtligheter at disse må forårsake vesentlig skade på motstanders personell og materiell eller på beskyttede personer og objekter.<sup>127</sup> Innføring av et alternativt i stedet for et kumulativt kriterium i kravet om fiendtlig sammenheng vil imidlertid kunne åpne for angrep mot enkeltpersoner eller grupper som utfører handlinger som ikke er å anse som direkte deltakelser i fiendtlighetene. Jeg har ikke funnet støtte for at en slik tolkning gjenspeiler humanitærretten slik den er. Dette støttes også av Nils Melzer som i sitt tilsvarende svar til Schmitts kritikk sier:

The problem with a disjunctive reading of the two elements is that it could be interpreted to permit military attacks against persons whose conduct has nothing to do with the conduct of hostilities, such as organized criminals or persons participating in civil unrest.<sup>128</sup>

### 3.5 Delkonklusjon

Vi har i denne delen av analysen sett at definisjonen av hva som er direkte deltakelse i fiendtligheter er et omstridt tema. DPH-studiens forslag om å innføre tre kriterier som kan benyttes for å vurdere om enkeltpersoner ved sine handlinger mister sin beskyttelse som sivil synes å kunne bringe diskusjonen et skritt videre.<sup>129</sup> Kriteriene *terskelgrense*, *årsakssammenheng* og *fiendtlig sammenheng* synes å bringe generalitet inn i diskusjonen og muliggjøre utvikling av overordnede prinsipper som kan bidra til lik lovanvendelse. Når det gjelder kravet om terskelgrense for fiendtligheter har jeg foreslått en definisjon som sier at fiendtligheter forutsetter at det *innenfor væpnet konflikt* finner sted *voldelige eller ikke-voldelige handlinger som ved sin natur og hensikt er tilsiktet å påføre vesentlig skade på motstanders personell eller materiell, eller på beskyttede personer eller objekter*.<sup>130</sup> Det synes som om dette forslaget til definisjon er relativt ukontroversielt. Det samme kan også sies om kravet til fiendtlig sammenheng. Analysen har vist at en handling i tillegg til å være fiendtlig også må ha som bakenforliggende formål å påføre skade på en part, og være til støtte for en annen part til konflikten.<sup>131</sup> Uenigheten knyttet

<sup>127</sup> For diskusjon av fiendtligheter se kapittel 3.2

<sup>128</sup> Melzer. *Keeping the Balance Between Military Necessity and Humanity: A response to four critiques of the ICRC's interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities*. I: *Journal of International Law and Politics*. Vol. 42, number 3 (2010). s. 873

<sup>129</sup> Se kapittel 3.1

<sup>130</sup> Se kapittel 3.2

<sup>131</sup> Se kapittel 3.4



til de tre kriteriene synes å være størst relatert til kravet om årsakssammenheng.<sup>132</sup> Analysen har vist at uenigheten kan beskrives via to tilnærminger:

- En *funksjonell tilnærming* som legger til grunn at fiendtligheter er en *gruppeaktivitet* og at sammenlignbare *funksjoner* mellom statlige væpnede styrker og ikke-statlige opprørsgrupper kan benyttes for å avgjøre om medlemmer i opprørsgrupper lovlig kan angripes eller,
- en *medlemskapstilnærming* som *speiler reglene* for når statlige væpnede styrker kan angripes over på ikke statlige opprørsgrupper.

---

<sup>132</sup> Se kapittel 3.3

## 4 Opprørsgrupper

Kjernen i denne studien er å finne hva som er gjeldende rett i spørsmålet om enkeltpersoner tilknyttet ikke-statlige opprørsgrupper automatisk blir å regne som lovlige militære mål i væpnede konflikter.<sup>133</sup> De innledende kapitlene har belyst sentrale begreper og bestemmelser som er avgjørende for den videre analysen. I dette kapitlet vil jeg innledningsvis drøfte det rettslige utgangspunktet og deretter, som bakteppe for analysen, beskrive det operasjonelle problem soldater og offiserer møter i moderne væpnede konflikter.

For ikke å komme inn i en diskusjon der enkelthendelser blir hovedtema, men kunne fokusere på loven slik den er (*de lege lata*) relatert til ikke-statlige opprørsgrupper, vil analysen ta utgangspunkt i den prinsipielle organiseringen av opprørsgrupper som beskrives i den amerikanske feltmanualen FM 3-24 Counterinsurgency.<sup>134</sup> Jeg er klar over at den prinsipielle organiseringen ikke nødvendigvis er uttømmende, og trolig også grunnlag for diskusjon, og tar derfor ikke her stilling i en eventuell debatt omkring de fem organisasjonselementene.<sup>135</sup> For denne oppgaven danner de kun et metodisk utgangspunkt for å beskrive hvordan IHR kan komme til anvendelse i forhold til ikke-statlige opprørsgrupper. For hvert organisasjonselement vil jeg først søke å finne om medlemskapstiltæringen er et relevant utgangspunkt. Deretter vil jeg drøfte den funksjonelle tiltæringen ved å ta utgangspunkt i de tre kumulative kriteriene DPH-studien stiller opp for vurdering av direkte deltakelse i fiendtligheter (terskelgrense, årsakssammenheng og fiendtlig sammenheng).

Det vil ikke være mulig innen denne oppgavens omfang å vurdere alle tenkelig funksjoner en ikke-statlig opprørsgruppe kan bestå av. Jeg vil derfor søke å gjøre et representativt utvalg. For hvert av de fem organisasjonselementene vil jeg søke å konkludere med hvilken tiltæring (funksjon eller medlemskap) som er mest relevant i forhold til anvendelse av humanitærretten slik den er, eller om enkeltpersoner som inngår i organisasjonselementet er å regne som sivile som sporadisk og på eget initiativ tar direkte del i fiendtligheter.

---

<sup>133</sup> Se kapittel 1

<sup>134</sup> Movement leaders, Combatants, Political cadre, Auxiliaries, Mass base. Se Department of the Army (2006)§1-59

<sup>135</sup> Se infra note 163

#### 4.1 Rettslig utgangspunkt

En ikke-statlig organisasjon uten de facto eller de jure tilknytning til en statlig part i en væpnet konflikt, er ikke å regne som en væpnet styrke etter artikkel 43 (1) TP I. Dens medlemmer er derfor ikke å regne som stridende etter samme protokoll artikkel 43 (2). Den eneste status personer som ikke er stridende kan ha etter humanitærretten slik den er (de lege lata), er derfor i utgangspunktet sivil.<sup>136</sup> Spørsmålet er da hva som skal til for at en sivil, som er tilknyttet en organisert ikke-statlig opprørsgruppe, mister sin beskyttelse etter IHR og derav lovlig kan angripes.<sup>137</sup> Som vist i kapittel 3 kan direkte deltakelse i fiendtligheter for ikke-statlige opprørsgrupper beskrives ut fra to forskjellige tilnærminger; En funksjonell tilnærming eller en medlemskapstilnærming.

##### 4.1.1 Funksjonell tilnærming

Den funksjonelle tilnærmingen legger til grunn at fiendtligheter er en gruppeaktivitet og at sammenlignbare funksjoner mellom statlige væpnede styrker og ikke-statlige opprørsgrupper kan benyttes for å avgjøre om medlemmer i opprørsgrupper lovlig kan angripes. Tolkning av kravet til årsakssammenheng mellom handling og tiltenkt effekt på motstander vil avgjøre hvilke funksjoner som kvalifiserer som direkte deltakelse i fiendtligheter. Som vist i kapittel 3.3 er det en stor grad av uklarhet i tolkning av hvor direkte årsakssammenhengen må være. I ICRC sine kommentarer til TP II åpnes det etter min mening for at også militære funksjoner som ikke er direkte involvert i selve stridshandlingene har en relasjon til fiendtlighetene som tilfredsstillende kravet til årsakssammenheng.<sup>138</sup> Sammenlignbare funksjoner mellom statlige væpnede styrker og ikke-statlige opprørsgrupper kan således benyttes for å avgjøre om medlemmer i opprørsgrupper lovlig kan angripes.<sup>139</sup> Et verktøy for å identifisere sammenlignbare funksjoner kan være de basisfunksjoner en hver militær avdeling må dekke for å kunne fungere.

Militære avdelinger og enheter er avhengige av seks grunnleggende basisfunksjoner:  
*Kommando og kontroll* for ledelse og koordinering, *innsatsmidler* for å påvirke motstanderen, *mobilitet* for å kunne forflytte seg, *beskyttelse* til egensikring, *etterretning*

<sup>136</sup> Se kapittel 2.3

<sup>137</sup> Se art 51 (3) TP I; art 13 (3) TP II

<sup>138</sup> Se supra note 103

<sup>139</sup> Watkin. *Opportunity lost: Organized Armed Groups and the ICRC "Direct Participation in Hostilities" Interpretive Guidance*. I: Journal of International Law and Politics. Vol. 42, Number 3 (2010). s. 690

for å danne seg et bilde av situasjonen og *logistikk* for frembringelse av alle typer ressurser.<sup>140</sup>[min utheving]

Israels Høyesterett tar også en funksjonell tilnærming i Targeted Killing saken:

[A] civilian who has joined a terrorist organization which has become his "home", and in the framework of his *role in that organization* he commits a chain of hostilities, with short periods of rest between them, loses his immunity from attack "for such time" as he is committing the chain of acts. Indeed, regarding such a civilian, the rest between hostilities is nothing other than preparation for the next hostility.<sup>141</sup> [min utheving]

#### 4.1.2 Medlemskapstilnærming

Medlemskapstilnærmingen tar som utgangspunkt at ikke-statlige opprørsgrupper skal behandles på samme måte som statlige væpnede styrker når det kommer til å avgjøre om medlemmer i disse lovlig kan angripes.<sup>142</sup> Et annet syn enn dette vil være i strid med et av humanitærrettens viktigste prinsipper, at IHL skal komme til lik anvendelse for alle parter i en væpnet konflikt.<sup>143</sup> Så lenge alle medlemmer av en stats væpnede styrker, inkludert personell som planlegger, leder utøver logistikkfunksjoner og annet støttepersonell er å regne som stridende og derav lovlig kan angripes til en hver tid<sup>144</sup> bør også tilsvarende vurdering gjøres for medlemmer av organiserte væpnede grupper så lenge de er under en ansvarlig kommando<sup>145</sup> og tilfredsstillende krav humanitærretten stiller for at en ikke-statlig opprørsgruppe skal være å regne som part til konflikten.<sup>146</sup>

Medlemmer av organiserte væpnede grupper er ikke å regne som stridende, men de har ved sitt medlemskap frasagt seg retten til beskyttelse som sivil og kan således alltid lovlig angripes

<sup>140</sup> Forsvarsstaben (2007) Pkt. 0416

<sup>141</sup> The Public Committee against Torture in Israel v The Government of Israel, HJC 769/02 §39

<sup>142</sup> Se supra note 109

<sup>143</sup> Watkin (2010) s. 695

<sup>144</sup> Se art 43 (2) TP I

<sup>145</sup> Sandoz et al. (1987) avsn. 4463: "The existence of a responsible command implies some degree of organization of the insurgent armed group or dissident armed forces, but this does not necessarily mean that there is a hierarchical system of military organization similar to that of regular armed forces. It means an organization capable, on the one hand, of planning and carrying out sustained and concerted military operations, and on the other, of imposing discipline in the name of a de facto authority."

<sup>146</sup> Se art 1 (1) TP II

uavhengig av den funksjon de utfører. Det er organisasjonen som gruppe, og ikke individet, som tar del i fiendtlighetene.<sup>147</sup> Ved å benytte medlemskap i en gruppe under ansvarlig kommando som kriterium, tilfredsstilles distinksjonsprinsippet ved at personer som sporadisk og på selvstendig grunnlag tar direkte del i fiendtlighetene fortsatt regnes som sivile.<sup>148</sup>

Den videre analysen vil drøfte relevansen av disse to tilnærmingene (medlemskap og funksjon) relatert til spørsmålet om en sivil person, tilknyttet en ikke-statlig opprørsgruppe, mister sin beskyttelse etter IHR.

#### 4.2 Det operasjonelle problem

Moderne væpnede konflikter utspilles gjerne i situasjoner der en statsmakt har kollapset (*failed state*) eller hvor legitime myndigheter er så svake at de ber om internasjonal hjelp for å gjenopprette stabile tilstander og maktmonopol på eget territorium. Den svekkede sikkerhetssituasjonen er ofte et resultat av at væpnede grupper organiserer seg og utgjør en reell trussel mot myndighetene og statens eksistens. Sivilbefolkningen er gjerne den part som blir hardest belastet og skadelidende i konflikter av denne typen. Selv om befolkningen blir hardt belastet har både opprørere og statlige militære styrker innsett at befolkningen har den tyngde som skal til for å endre maktballansen i konflikter. Det være seg til fordel for opprørerne eller til fordel for statsmakten. Kampen om sivilbefolkningens støtte er derfor avgjørende i en hver situasjon der opprørsgrupper kjemper det som kan beskrives som en eksistensiell kamp mot myndighetene. Den som kan skape trygghet, sikkerhet og håp i befolkningen har de beste forutsetninger for å komme seirende ut av kampen. Dette er også General David H. Petraeus<sup>149</sup> sitt hovedbudskap når han gir sine retningslinjer for hvorledes opprørsbekjempelsen skal gjennomføres i Afghanistan. Det første punktet i retningslinjene oppsummerer dette: ” The decisive terrain is the human terrain. The people are the center of gravity. Only by providing them security and earning their trust and confidence can the Afghan government and ISAF prevail.”<sup>150</sup> En utfordring i væpnede konflikter slik som i Afghanistan er at militære styrker både må støtte lokalt politi i deres rettshåndhevelse og bekjempe et opprør med militære maktmidler. Å skille dem som tar direkte del i fiendtlighetene fra sivilbefolkningen for øvrig, er en utfordring som krever både kompetanse og erfaring hos våre militære sjefer og soldater. Problemet er ikke

<sup>147</sup> Watkin (2010) s. 690-691

<sup>148</sup> Se kapittel 3

<sup>149</sup> Commander, International Security Assistance Force/United States Forces-Afghanistan

bare å identifisere hvem som lovlig kan angripes, men også å trekke grensen mellom rettshåndhevelse og militær maktanvendelse. Som Sigrid Redse Johansen sier det:

[K]ommer krigens regler til anvendelse den ene dagen og fredens regler til anvendelse den andre dagen? Og hvem identifiserer denne rettstilstanden? Er det politikerne som har beslutningsmyndighet eller er det den militære sjef?

Jeg tviler ikke på at den målutvelgelse som gjøres i NATOs regi er forsvarlig.

Men jeg ser det som et prinsipielt problem at den nedre grensen for hvilke personer som kvalifiserer til å bli benyttet militærmakt overfor, er rettslig uavklart.<sup>151</sup>

Som beskrevet i kapittel 1.1 fokuserer ikke denne oppgaven på nasjonal strafferett. Jeg erkjenner imidlertid at en rekke hendelser som oppstår, spesielt i NIAC, kan være i grenselandet mellom situasjoner der humanitærretten kommer til anvendelse og situasjoner som må løses etter alminnelige regler for rettshåndhevelse. En utdypende analyse av dette grenselandet vil ligge utenfor denne oppgavens problemstilling og omfang. I det følgende vil forholdet mellom humanitærretten og alminnelig rettshåndhevelse behandles kun dersom det har avgjørende betydning for drøftingens utfall.

Selv om offiserer og soldater i stor grad får hjelp av regler for maktanvendelse (Rules of Engagement – ROE)<sup>152</sup> til å avgjøre hva som kan og ikke kan gjøres i de situasjoner som oppstår, er det avgjørende at det er etablert en forståelse for hva humanitærretten tillater og ikke tillater. Det er tross alt internasjonal humanitærrett som danner grunnlag for engasjementsreglene og som er den skranke *alle* må forholde seg til i væpnet konflikt. I internasjonale væpnede konflikter er store deler av humanitærretten i dag akseptert som internasjonal sedvanerett selv om det også her finnes uavklarte forhold og gråsoner. I ikke-internasjonale væpnede konflikter er situasjonen imidlertid en annen. Et antall stater er for eksempel ikke part til andre

---

<sup>150</sup> Petraeus. *COMISAF's Counterinsurgency Guidance* (2010)

<sup>151</sup> Johansen. *Anvendelse av krigens folkerett i neste krig - juridiske perspektiver I: Militærmaktens særtrekk i moderne konflikter* (2007) s. 38

<sup>152</sup> Se Johansen og Staib (2009) s. 251-257: ROE er ikke en lovtekst, men er instruksjer til militære styrker og personell som definerer omstendigheter, betingelser, grad og handlingsbeskrivelser for hvordan makt kan anvendes og hvilke virkemidler som kan nyttes. ROE kan gis av politiske myndigheter og/eller av den militære kommandostrukturen og må alltid være rettmessige. Det vil si innenfor de rammene relevant lovgivning gir. Som et minimum skal alle ROE være innenfor rammene gitt i humanitærretten, men også nasjonal lovgivning kan gi ytterligere begrensninger på bruk av makt eller maktmidler. ROE vil også ofte være påvirket av politiske og operasjonelle føringer og er således et verktøy for politisk styring av konflikter.

tilleggsprotokoll til Genèvekonvensjonene (TP II) og det sedvanerettslige grunnlag er uklart.<sup>153</sup> For militært personell som tjenestegjør i internasjonale operasjoner medfører dette at en rekke situasjoner som er uavklarte i humanitærretten må håndteres daglig.

I ikke-internasjonale væpnede konflikter er det vanlig at minst en av partene i konflikten omtales som en organisert væpnet gruppe. Men hva er så en slik gruppe, og hvilken folkerettslig status har medlemmer i slike grupper relatert til deltakelse i fiendtligheter? På disse punktene er humanitærretten uklar.

For motstandsstyrker, frivillige grupper og organiserte væpnede grupper som utgjør, eller er en del av, en stats væpnede styrker er situasjonen etter humanitærretten uproblematisk i internasjonale væpnede konflikter. Artikkel 1 Haag-reguleringene sier eksplisitt at krigens lover, rettigheter og plikter ikke bare gjelder for ”armies, but also ... militia and volunteer corps ...” så lenge de oppfyller kravene som stilles i samme artikkel. Artikkelen presiserer også at i land der ”militia or volunteer corps constitute the army, or form part of it, they are included under the denomination army”. De samme bestemmelsene gjentas også i artikkel 4 (A)(1) og (2) i GK III som kriterier for at en person skal få status som krigsfange dersom han faller i hendene på motstander. Også TP I legger dette prinsippet til grunn for definisjon av væpnede styrker i artikkel 43 (1) med den følge at medlemmer av slike grupper også gis status som stridende etter samme protokoll artikkel 43 (2).<sup>154</sup> For organiserte væpnede grupper som er under kommando av en statspart til konflikten er derfor statusproblematikken avklart i IAC. Slike grupper er å regne som del av de væpnede styrker og medlemmene er å regne som stridende etter IHR og kan derfor lovlig ta del i stridshandlinger. De vil også lovlig kunne angripes så lenge de har status som stridende og ikke er *hors de combat*.<sup>155</sup> Dette er også å regne som internasjonal sedvanerett i IAC.<sup>156</sup> Analysen vil i det følgende derfor ikke fokusere på organiserte væpnede grupper som er å regne som del av en stats væpnede styrker i IAC.

Hva så med organiserte væpnede grupper som ikke kan regnes som en del av en stats væpnede styrker og hvor medlemmene ikke tilkjennes status som stridende? Det er slike grupper norske soldater og offiserer møter og som utgjør den største trusselen i ikke-internasjonale væpnede konflikter slik som i Afghanistan.

---

<sup>153</sup> Se også kapittel 2.4

<sup>154</sup> Se også kapittel 2.2

<sup>155</sup> Se art 41 TP I

Både i IAC og i NIAC er sivilbefolkningen og sivile objekter gitt en generell beskyttelse ved at partene til konflikten pålegges å skille mellom sivilbefolkningen og stridende og mellom sivile objekter og militære mål.<sup>157</sup> I IAC utledes denne beskyttelsen videre i artikkel 50 (1) TP I hvor sivile defineres negativt i forhold til stridende, og hvor det presiseres at ved tvil om en persons status skal denne behandles som om han er sivil.<sup>158</sup> For ikke-internasjonale væpnede konflikter gir fellesartikkel 3 til Genèvekonvensjonene en grunnleggende beskyttelse til personer som ikke tar direkte del i fiendtligheter.<sup>159</sup> Sivile beskyttes i NIAC etter artikkel 13 TP II som sier at "The civilian population and individual civilians shall enjoy general protection against the dangers arising from military operations ... The civilian population as such, as well as individual civilians, shall not be the object of attack." Utfordringen med traktattekstene som regulerer NIAC er at humanitærretten for denne type konflikter ikke direkte forholder seg til stridende som begrep. Dette medfører at sivile ikke kan defineres i forhold til stridende og den praktiske implementeringen av distinksjonsregelen vanskeligjøres. Siden primærstatusen stridende ikke benyttes i forbindelse med NIAC, er da medlemmene av organiserte væpnede grupper å regne som sivile som har krav på beskyttelse så lenge de ikke tar direkte del i fiendtligheter eller finnes det en annen kategori som disse sorterer under?

#### 4.3 Opprørsgruppers organisering

Før vi kommer til dette spørsmålet er det nødvendig å adressere spørsmålet om hva en organisert væpnet gruppe er. Verken Genèvekonvensjonene eller tilleggsprotokollene definerer hva slike grupper er, eller hvilken status dens medlemmer skal gis. Med unntak av i artikkel 43 TP I som omhandler hva som kan utgjøre en stats væpnede styrker er begrepet *organized armed group* kun benyttet i artikkel 1 TP II:

This Protocol, ... shall apply to all armed conflicts ... not covered by Article 1 [API] and which take place in the territory of a High Contracting Party between its armed forces and dissident armed forces or other organized armed groups which, under responsible command, exercise such control over parts of its territory as to enable the to carry out sustained and concerted military operations an to implement this Protocol.

---

<sup>156</sup> Se Doswald-Beck og Henckaerts (2005), Rule 4

<sup>157</sup> Se art 48 TP I

<sup>158</sup> Se også kapittel 2.3

<sup>159</sup> Se fellesartikkel 3 (1) til GK; "Persons taking no active part in the hostilities, ..., shall in all circumstances be treated humanely..."



TP II identifiserer i denne artikkelen to typer organisasjoner, *dissident armed forces* og *organized armed groups* som kan utgjøre motstanderens militære styrker i en NIAC så lenge de tilfredsstillende kravene som stilles opp. Kravene som stilles i artikkel 1 TP II utelukker tilfeldig sammensatte grupper fra definisjonen.

I den internasjonale debatten er det også en pågående diskusjon om væpnede styrker som har brutt ut av en stats kontroll og snudd seg mot de lovlige myndighetene (*dissident armed groups*). Det synes som om det er enighet om at medlemmer i slike grupper ikke automatisk blir å regne som sivile fra det øyeblikk de bryter med staten, men at så lenge de forblir organiserte og utnytter sin kapasitet som gruppe i den aktuelle konflikten er gruppens medlemmer å regne som lovlige mål til en hver tid.<sup>160</sup> Uenigheten i debatten dreier seg om det er noen prinsipiell forskjell på organiserte væpnede grupper og *dissident armed forces*, og på hvilket punkt, eller på hvilket grunnlag grupper som har brutt ut av de væpnede styrkene blir å regne som en ordinær organisert væpnet gruppe.<sup>161</sup> Det synes som om denne diskusjonen har liten innvirkning på den prinsipielle diskusjonen om anvendelse av humanitærretten i forhold til organiserte væpnede grupper og jeg velger derfor i det følgende å omhandle organiserte væpnede grupper og *dissident armed forces* likeverdige.

Hva som utgjør en organisert væpnet gruppe og om tilknytning til, eller medlemskap i, en slik gruppe automatisk fører til at en person lovlig kan angripes, er et omstridt tema som springer ut av diskusjonen om direkte deltakelse i fiendtligheter. Dette er ikke bare et problem som grunner i tolkning av juridiske tekster, men også et praktisk problem for soldater og offiserer som tar del i væpnede konflikter og som stilles overfor situasjoner der beslutninger må fattes hurtig, og gjerne på bakgrunn av mangelfullt informasjonsgrunnlag. Realiteten i ikke-internasjonale konflikter er gjerne at konflikten utvikler seg til en anti-opprørskrig (COIN)<sup>162</sup> hvor tilgang til etterretninger og hurtige beslutningsprosesser er avgjørende. Målutvelgelsesprosessen blir i slike konflikter avgjørende og i større grad enn i IAC fokusert på enkeltpersoner og ikke-statlige opprørsgrupper enn på militære avdelinger, materiell og installasjoner.

---

<sup>160</sup> Se Melzer. (2009) s. 31-32

<sup>161</sup> Se Watkin (2010) s. 654-655

<sup>162</sup> COIN er den engelske forkortelsen for Counterinsurgency. "Counterinsurgency is military, paramilitary, political, economic, psychological, and civic actions taken by a government to defeat insurgency." Department of the Army (2006)§ 1-2

Siden relevante traktater eller rettsavgjørelser gir liten innsikt i hva en organisert væpnet gruppe er, må vi gå til annen faglitteratur for å søke svar. Det amerikanske forsvaret er den organisasjonen som har kommet lengst i erfaringsbygging og dokumentasjon av moderne COIN operasjoner. US Army Field Manual 3-24, Counterinsurgency, baserer seg på anerkjente teorier om opprørsbevegelser og beskriver hva et opprør og en opprørsbevegelse består og drives av. Manualen anerkjenner kompleksiteten i situasjonen og tar høyde for at det ikke finnes en fasit for hvorledes en opprørsbevegelse er organisert. Det søkes derfor å identifisere fellesnevnerne som kan benyttes for å identifisere, analysere og bekjempe slike organisasjoner.

Though insurgencies take many forms, most share some common attributes. An insurgent organization normally consists of five elements: Movement leaders; Combatants (main, regional, and local forces [including militias]); Political cadre (also called militants or the party); Auxiliaries (active followers who provide important support services); Mass base (the bulk of the membership).<sup>163</sup>

Hvordan en ikke-statlig opprørsgruppe betraktes vil kunne få konsekvenser for hvilke deler av denne som lovlig kan angripes i en væpnet konflikt. Dette anerkjennes også av ekspertgruppen som deltok i forarbeidet til det som endte opp som DPH-studien. Under det tredje ekspertmøtet, hvor organiserte væpnede grupper var ett av hovedtemaene uttalte en ekspert ”Not only is there no clear and generally accepted definition of “organized armed group”, but the practical identification of membership in such groups is also a serious problem.”<sup>164</sup>

#### 4.3.1 Organisasjonens ledelse

En ikke-statlig opprørsorganisasjon vil ha en ledelse. Om ledelsen er en enkeltperson eller en gruppe vil variere fra situasjon til situasjon. For denne analysens del har dette imidlertid liten betydning. Organisasjonens ledelse (movement leaders) forstås her som det organisasjonselementet som leder opprøret på strategisk og ofte også operasjonelt nivå. De bidrar med målsettinger og planer og søker å holde forskjellige ledd av den totale organisasjonen samlet mot felles målsettinger. Grunnet for at organisasjonens ledelse kan utøve sin makt og sitt lederskap vil variere. Det kan for eksempel være basert på personlig makt og status, religiøs

---

<sup>163</sup> Ibid. §1-59

<sup>164</sup> International Committee of the Red Cross (ICRC). *Third Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities: Summary Report* (2005) s. 53

posisjon, klan eller familietilhørighet.<sup>165</sup> I konflikter som har foregått over tid er det ikke uvanlig at noe som startet som en organisert væpnet gruppe utvikler seg til også å inkludere en rekke andre funksjoner. Dette er ofte et resultat av manglende statlig kontroll, med påfølgende svikt i sosiale strukturer slik som helse, omsorg, utdanning og lov og orden. Et eksempel på en slik organisasjon er Hezbollah som først ble dannet som en respons på den Israelske invasjonen av Libanon i 1982. Over tid har Hezbollah utviklet seg fra kun å være en militant motstandsbevegelse til en organisasjon som i dag også er representert i det libanesiske parlamentet. Hezbollah organiserer også arbeid innen samfunnsbyggende sektorer og driver sin egen medievirksomhet.<sup>166</sup> Selv om Hezbollah i dag også er et politisk parti er den militante delen av organisasjonen, Al-Muqawama al-Islamiyya ('The Islamic Resistance'), fortsatt aktiv. Som organisasjon er Hezbollah strengt hierarkisk og det synes som toppledelsen leder hele organisasjonen, også den militante vingen. I et intervju med en amerikansk reporter forsterker Hezbollahs nestleder Naim Qassem dette inntrykket ved å understreke at organisasjonen bare har én ledelse.

All political, social and jihad work is tied to the decisions of this leadership ... The same leadership that directs the parliamentary and government work also leads jihad actions in the struggle against Israel.<sup>167</sup>

Det synes som om det er uenighet internasjonalt om hvorvidt Hezbollah som organisasjon eller bare Al-Muqawama al-Islamiyya er å regne som lovlige mål. Enkelte stater, slik som USA,<sup>168</sup> regner hele Hezbollah som en terroristorganisasjon, mens andre stater slik som Storbritannia kun regner organisasjonens militære ving som en terroristorganisasjon.<sup>169</sup> Hva sier så humanitærretten om ikke-statlige organisasjoners ledelse, og lovligheten av å angripe disse i væpnet konflikt? Siden humanitærretten for NIAC i liten grad er kodifisert må analysen av dette spørsmålet i stor grad basere seg på rettskilder knyttet til IAC.<sup>170</sup> Mot slutten av kapittelet vil anvendbarheten i NIAC bli adressert.

<sup>165</sup> Department of the Army (2006) §1-61

<sup>166</sup> Harb og Leenders. *Know thy enemy: Hizbullah, 'terrorism' and the politics of perception*. I: Third World Quarterly. Vol. 26 (2005)

<sup>167</sup> Daragahi. *Lebanon's Hezbollah savors increasing legitimacy*. I: Los Angeles Times 13. April 2009.

<sup>168</sup> US Department of State. *Foreign Terrorist Organizations* (2010) URL: <http://www.state.gov/s/ct/rls/other/des/123085.htm> Benyttet 15 mars 2011

<sup>169</sup> UK Homeoffice. *The terrorist threat - Proscribed terrorist groups* (2010) URL: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20100418065544/http://security.homeoffice.gov.uk/terrorist-threat/proscribed-terrorist-orgs/proscribed-terrorist-groups/> Benyttet 15. Mars 2011

<sup>170</sup> Se kapittel 1.3

Også når det gjelder statsledere og personer med sentrale politiske posisjoner gjelder humanitærrettens bestemmelser om hvem som er stridende og beskyttelse av sivile som ikke tar direkte del i fiendtligheter.<sup>171</sup> Spørsmålet blir derfor om statsledere og/eller sentrale politikere kan regnes som medlem av statens væpnede styrker og således er å regne som stridende og derav lovlig kan angripes til en hver tid, eller om de er å regne som sivile og tilkommer beskyttelse etter humanitærretten så lenge, og for den tid de ikke utfører funksjoner som er å regne som direkte deltakelse i fiendtligheter.

Dersom en statsleder i praksis er øverstkommanderende og ikke bare har denne rollen seremonielt, og fører kommando over de væpnede styrker, vil han kunne regnes som medlem av disse og derav være å regne som stridende. Som eksempel kan nevnes den amerikanske president som konstitusjonelt og de facto er *commander in chief* for alle amerikanske væpnede styrker. Statsledere som har en konstitusjonell rolle som øverstkommanderende, men som de facto bare har en seremoniell rolle vil normalt ikke være å regne som lovlige mål. Den norske kongen er etter Grunnlovens § 25<sup>172</sup> øverstkommanderende for norske militære styrker, men har i praksis kun en seremoniell rolle. Det er derfor rimelig å anta at Kongen ikke lovlig kan angripes så lenge hans rolle forblir uendret. Dette støttes også av Michael N. Schmitt som sier at:

A more telling indication is the proposed target's role in the command of the armed forces ... by Article II of the US Constitution, the President is the "Commander-in-Chief." Similarly, the Queen of England is the British Commander-in-Chief ... and each of the royals serves as a regimental "Colonel-in-Chief." ... It would be incongruous to suggest that all such individuals are legitimate targets. Obviously, if a post is purely ceremonial, or otherwise solely de jure in nature, i.e., if it involves no military decision-making, then the incumbent is a civilian who enjoys protected status.<sup>173</sup>

Statsledere og politikere som ikke er en del av den militære kommandostrukturen kan således ikke regnes som medlemmer av statens væpnede styrker og kan derfor ikke regnes som stridende. De er politikere som utøver sine konstitusjonelle oppgaver. Selv om de ikke er

<sup>171</sup> Se art 43 (2) og art 51 (3) TP I, jfr. også art 13 (3) TP II

<sup>172</sup> LOV 1814-05-17 nr 00: Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814

<sup>173</sup> Schmitt. *Targeting and Humanitarian Law: Current Issues* I: International Law Studies (2006) s. 163

medlemmer av de væpnede styrker er de utvilsomt en del av den totale organisasjonen (staten) som er part til den væpnede konflikten og besitter viktige funksjoner for dennes totale virksomhet. Lovligheten av angrep på disse kan derfor vurderes ut fra hvilke funksjon de har relatert til den væpnede konflikten.

Historisk har ledelse av militære styrker vært funksjonsdelt mellom statsforvaltningen og den militære kommandostrukturen. Det politiske/strategiske nivå har fattet de overordnede forsvars og sikkerhetspolitiske beslutninger som har blitt omsatt til militære kampanjer og operasjoner i den militære kommandostrukturen.<sup>174</sup> Funksjonsdelingen muliggjorde et relativt klart skille mellom de som var direkte involvert i planlegging og ledelse av militære operasjoner og de som kun var involvert i overordnede politiske beslutninger og strategisk styring. Den teknologiske utviklingen har imidlertid gjort at informasjon i dag flyter på en helt annen måte en tidligere. Informasjon kan i dag gjøres tilgjengelig for alle kommandonivå samtidig og i nær sann tid. Resultatet av dette er at det politiske/strategiske nivået i dag gjerne blir mer involvert i den direkte planleggingen og ledelsen av pågående militære operasjoner og at beslutninger på strategisk nivå kan få direkte konsekvens på taktisk nivå. Dette kan få konsekvenser for de involvertes beskyttelse etter humanitærretten. Så lenge lederne vi her snakker om er sivile, må de vurderes individuelt i forhold til om de innehar en funksjon som fører til direkte deltakelse i fiendtligheter og derav mistet sin beskyttelse etter artikkel 51 (3) TP I.<sup>175</sup> Som beskrevet i kapittel 3 kan direkte deltakelse i fiendtligheter avgjøres etter de tre kumulative kriteriene terskelgrense, årsakssammenheng og fiendtlig sammenheng.

Det første kriteriet *terskelgrense*, forutsetter at det eksisterer fiendtligheter (hostilities) som er fortatt inne rammen av en væpnet konflikt der IHR kommer til anvendelse.<sup>176</sup> Det er således kun statens maktbruk innen rammen av en væpnet konflikt som kvalifiserer som fiendtligheter. Annen bruk av makt, for eksempel for å opprettholde ro og orden reguleres av nasjonale lover og skal være i overensstemmelse med de grunnleggende menneskerettighetene. I slike tilfeller kommer ikke IHR som spesiallovgivning (*lex specialis*) for væpnet konflikt til anvendelse. I praksis innebærer dette at all bruk av statens maktapparat kan, men ikke må, være å regne som del av fiendtligheter. I kapittel 3.2 har jeg funnet at fiendtligheter eksisterer dersom det *innenfor*

<sup>174</sup> For mer informasjon om nivådelingen i ledelse av militære operasjoner se Forsvarsstaben (2007) s. 30-32

<sup>175</sup> Se også art 13 (3) TP II

<sup>176</sup> Se kapittel 2.4 og 3.2

*væpnet konflikt finner sted voldelige eller ikke-voldelige handlinger som ved sin natur og hensikt er tilsiktet å påføre vesentlig skade på motstanders personell eller materiell, eller på beskyttede personer eller objekter.*

Det er ut fra definisjonen således ikke et krav om at en leder selv har gjennomført en voldelig handling eller båret våpen for at han skal kunne sies å ha deltatt i fiendtligheter. Det er hans intensjon om å påføre skade samt handlingens natur og hensikt som er de avgjørende elementene. Som den preussiske militærteoretikeren Karl von Clausewitz sier ”... war is not merely an act of policy but a true political instrument, a continuation of political intercourse, carried on with other means.”<sup>177</sup> I dette ligger at det er politikken som har forrang, og at all militær strategi legges og operasjoner gjennomføres for å nå politiske målsettinger. Krigens natur er i seg selv voldelig og dens eneste legitime mål er å svekke motstanderens militære styrker ved å uskadeliggjøre flest mulig av hans menn.<sup>178</sup> Politiske og strategiske handlinger som direkte påvirker gjennomføringen av militære operasjoner i en væpnet konflikt kan derfor sies å ha som intensjon å påføre vesentlig skade på motstanders personell eller materiell. Uten disse politiske handlingene ville ikke de militære styrker kunne gjennomføre operasjoner mot en felles målsetting. Det synes derfor som klart at hensikten er å støtte egne styrker i gjennomføring av operasjoner på alle kommandonivå. Moderne informasjonsteknologi muliggjør også dette på en annen måte enn for bare få år siden. Den tradisjonelle hierarkiske kommandostrukturen blir derfor utfordret.

I motsetning til politiske prosesser og beslutninger som gjennomføres relatert til driften av det sivile samfunnet, for eksempel innen helse og omsorg, er beslutninger knyttet til utnyttelse av statens ultimate maktmiddel, de væpnede styrker, av en spesiell natur. Dette er handlinger som ikke naturlig hører hjemme i ledelse av en nasjon i fred, men som normalt kun utføres når nasjonen er i en tilstand hvor væpnet konflikt truer, eller eksisterer. Det synes derfor som om politiske og strategiske handlinger som direkte påvirker en stats væpnede styrker i konflikter der IHR kommer til anvendelse overskrider terskelen for fiendtligheter etter artikkel 51 (3) TP I og artikkel 13 (3) TP II.<sup>179</sup> Statsledere, politikere og andre sivile som tar del i slike handlinger vil

<sup>177</sup> Clausewitz et al. *On war: edited and translated by Michael Howard and Peter Paret* (1993) s. 87

<sup>178</sup> 1868 St. Petersburg Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight

<sup>179</sup> Eksempler på slik direkte påvirkning kan være beslutninger om et mål skal angripes eller ikke, godkjenning av mållister og annen direkte involvering i ledelse av militære avdelinger som tradisjonelt har vært gjort av den militære kommandostruktur.

derfor tilfredsstillende det første kumulative kravet for direkte deltakelse i fiendtligheter. Dette gjelder ikke hele den politiske ledelse, men kun de enkeltpersoner som har funksjoner som direkte påvirker den militære innsats. Politikere og sivile i andre departement, slik som landbruk og helse, utfører sin normale funksjon uten direkte påvirkning på den militære innsats og skal fortsatt beskyttes etter IHR. Jeg finner støtte for dette synet hos Michael N. Schmitt som sier:

If a leader makes combat decisions at the tactical level such as target selection, then he or she would certainly be directly participating. Arguably, the same is true for those who act in a like manner at the operational level. *Essentially, leaders who decide how and where to use military force are directly participating in hostilities.* [min utheving]<sup>180</sup>

Det andre kumulative kriteriet for direkte deltakelse i fiendtligheter stiller krav om at det er en årsakssammenheng mellom handlingen og den skadelige effekt den er tiltenkt å påføre motstander. Både rettspraksis og anerkjent litteratur viser nødvendigheten av å skille mellom direkte og indirekte deltakelse og bidrag til den generelle krigsinnsatsen.<sup>181</sup> Det er imidlertid ikke etablert sedvanerettslige kriterier for å avgjøre hva en spesifikk handling kan klassifiseres som. I analysens kapittel 3.3 har jeg funnet at et standpunkt som krever kun ett kausalt skritt mellom handling og dennes tiltenkte effekt vil være begrensende og blant annet utelukke planlegging og ledelse av fiendtligheter fra direkte deltakelse. Et slikt standpunkt vil automatisk "frede" en hver politiker eller leder av en ikke-statlig organisasjon, slik som Hezbollah, mot angrep uavhengig av ledelsesfunksjon. Et medlem av de væpnede styrker som utfører samme funksjon vil imidlertid lovlig kunne angripes til en hver tid. En så snever tolkning av kravet til årsakssammenheng gjenspeiler trolig ikke internasjonal sedvanerett.<sup>182</sup>

Ved å legge ICRCs kommentarer til artikkel 13 (3) TP II til grunn, åpnes det for en videre tolkning av kravet til årsakssammenheng. Kommentarene legger til grunn at det må være en tilstrekkelig (*sufficient*) sammenheng mellom handling og effekten på motstander.<sup>183</sup> Relatert til ikke-statlige opprørsgrupper vil en slik tolkning av kravet til årsakssammenheng kunne inkludere funksjoner som normalt utføres av militære styrker i begrepet direkte deltakelse i fiendtligheter. For å identifisere hvilke funksjoner dette er, kan det med fordel tas utgangspunkt i de seks

---

<sup>180</sup> Schmitt (2006) s. 163

<sup>181</sup> Se kapittel 3.3

<sup>182</sup> Se supra note 106

<sup>183</sup> Se supra note 103 og diskusjonen i kapittel 3.3

basisfunksjonene<sup>184</sup> en hver militær avdeling er avhengig av for å løse sine oppdrag. I tillegg til å beskrive hva en militært organisert avdeling gjør, kan også basisfunksjonene være et nyttig hjelpemiddel for å analysere en militær struktur hvor man ikke kjenner organisasjonen i detalj. I praksis vil en slik tolkning medføre at også planlegging og ledelse har en så klar årsakssammenheng til fiendtlighetene at disse funksjonene regnes som direkte deltakelse. Støtte for denne tolkningen finner jeg både hos Israels Høyesterett<sup>185</sup> og hos professor Yoram Dinstein:

While the former [politikere generelt] are exempt from attack, the latter can be targeted, even individually ... This is true of all members of a "war cabinet" – and similar higher councils sketching or approving military policy or strategy...<sup>186</sup>

Et funksjonelt utgangspunkt vil også fremme distinksjonen mellom sivile og de som ved sin ledelsesfunksjon har oppgitt sin beskyttelse. Dette kan forenkle den praktiske implementeringen av distinksjonsregelen og bidrar til en enhetlig forståelse av humanitærrettens bestemmelser.

Fiendtlig sammenheng som det tredje kumulative kriteriet viser at det ikke er tilstrekkelig at en handling tilfredsstiller kravet til terskelgrense og årsakssammenheng for at direkte deltakelse i fiendtligheter skal finne sted. Handlingens formål må i tillegg være å påføre skade på en part, til støtte for en annen.<sup>187</sup> Den akademiske diskusjonen omkring dette kriteriet omhandler i hovedsak situasjoner av taktisk karakter, hvor enkeltsoldaters situasjon på stridsfeltet benyttes som eksempler. Disse eksemplene beskriver imidlertid ikke hvordan, og om, kriteriet har relevans på politisk/strategisk nivå. Soldater på taktisk nivå som opererer i situasjoner preget av kaos og usikkerhet og som må fatte beslutninger i løpet av meget kort tid, vil vanskelig kunne analysere en potensiell motstanders bakenforliggende motivasjon og formålet med dennes handlinger. Stabskraften og etterretningskapasiteten til en part i en væpnet konflikt vil imidlertid over tid kunne identifisere formålet med handlinger utført av politikere og andre sivile toppledere. For operasjoner rettet mot sivile ledere kan det derfor stilles høyere krav til etterretningsgrunlaget

---

<sup>184</sup> Forsvarsstaben (2007) §0416: " Militære avdelinger og enheter er avhengige av seks grunnleggende basisfunksjoner: *Kommando og kontroll* for ledelse og koordinering, *innsatsmidler* for å påvirke motstanderen, *mobilitet* for å kunne forflytte seg, *beskyttelse* til egensikring, *etterretning* for å danne seg et bilde av situasjonen og *logistikk* for frembringelse av alle typer ressurser."

<sup>185</sup> Se supra note 106

<sup>186</sup> Dinstein (2010) s. 107

<sup>187</sup> Se kapittel 3.4



for å identifisere det bakenforliggende formålet og derav avgjøre om de tar direkte del i fiendtligheter.<sup>188</sup>

For en statsleder, politiker eller leder av en ikke-statlig gruppe som utøver kommando og/eller kontroll<sup>189</sup> over væpnede styrker er det rimelig å anta at handlinger utført i relasjon til de væpnede styrker gjøres i den hensikt å nå politiske målsettinger. Konteksten disse lederne opererer i er avgjørende for om de kan sies å ha som bakenforliggende formål å påføre skade på en part til konflikten. En statsleder som de facto er øverstkommanderende, samt statsråder som er ansvarlige for de væpnede styrker, opererer i en kontekst som i stor grad er styrt av den væpnede konflikten. Selv om statsledere og ledere av ikke-statlige opprørsgrupper ikke selv detaljplanlegger anvendelse av militære styrker, betjener våpen, eller plasserer og detonerer IEDer, er den væpnede innsatsen avhengig av overordnet styring. Moderne informasjonsteknologi kan minske avstanden mellom beslutningstager og den som utøver den fysiske handlingen. Fysisk nærhet til selve handlingen vil derfor være av mindre betydning. Det er graden av kontroll som avgjør om en persons handlinger tilfredsstiller kravet til fiendtlig sammenheng. ICTY bekrefter dette i saken mot Biljana Plavšić hvor tiltalte ble funnet skyldig i:

[B]etween 1 July 1991 and 30 December 1992 the accused, acting individually and in concert with others in a joint criminal enterprise, planned, instigated, ordered and aided and abetted persecutions of the Bosnian Muslim, Bosnian Croat and other non-Serb populations of 37 municipalities in Bosnia and Herzegovina.<sup>190</sup>

Siden disse lederne har som hovedfunksjon å lede krigsinnsatsen kan det også argumenteres for at de har en kontinuerlig funksjon relatert til de væpnede styrkene. Dette skiller for eksempel en statsråd i forsvarsdepartementet (eller en leder av en militær ving i en ikke-statlig gruppe) fra en statsråd i landbruksdepartementet (eller tilsvarende funksjon i en ikke-statlig gruppe). En leder som ikke har sin hovedfunksjon knyttet til de væpnede styrkene vil i enkelte tilfeller kunne være delaktig i handlinger som er til støtte for disse, men som ikke har som bakenforliggende formål å påføre motstander skade. En slik handling kan for eksempel være generell planlegging og

---

<sup>188</sup> Se også art 57 TP I

<sup>189</sup> Forsvarets fellesoperative doktrine definerer kommando og kontroll som: "... det militære begrepet for planlegging og ledelse av operasjoner. Det består av organisasjonen, prosessene, prosedyrene og systemene som gjør militære sjefer i stand til å lede og kontrollere styrkene" Forsvarsstaben (2007) s. 170

<sup>190</sup> PROSECUTOR v. BILJANA PLAVŠIĆ: Case No. IT-00-39&40/1-S, Sentencing Judgement. (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)). §8

prioritering av forsyninger. Slike handlinger vil normalt ikke ha en fiendtlig sammenheng og derfor ikke være å regne som direkte deltakelse i fiendtligheter.

Som vist vil direkte deltakelse i fiendtligheter også kunne omfatte statsledere og politikere eller andre sivile som har en ledelsesfunksjon direkte relatert til de væpnede styrker og som er involvert i kommando og kontroll av disse ut over det som kan kalles rene politiske funksjoner. For vestlige stater med en demokratisk tradisjon hvor inndelingen i statsapparatet er kjent og oversiktlig vil det være mulig å identifisere hvilke ledere som har en slik rolle og som derfor er å regne som direkte deltakende i fiendtligheter. For ikke-statlige aktører vil denne vurderingen trolig være vanskeligere, men godt etterretningsarbeid vil over tid kunne kartlegge en organisasjons ledelsesfunksjoner. I mangel på en god oversikt over ledelsesapparatets funksjoner og roller vil det imidlertid kunne stride mot distinksjonsregelen å kategorisere alle enkeltpersoner med ledelsesfunksjoner som direkte deltakende. Dette vil kunne være et brudd på artikkel 50 (1) TP I som sier at "... In case of doubt whether a person is a civilian, that person shall be considered to be a civilian". Dette forsterkes også av bestemmelsene om forholdsregler under angrep i artikkel 57 i samme protokoll. Konsekvensen av dette vil være at kun de ledere som i sin funksjon utøver kommando eller kontroll over militære styrker<sup>191</sup> vil være å regne som direkte deltakende i fiendtligheter etter artikkel 51 (3) TP I og således lovlig kan angripes. For ledere som har sin hovedfunksjon knyttet til de væpnede styrker, og som i hovedsak opererer innen konteksten av væpnet konflikt, vil tiden mellom handlinger som kvalifiserer som fiendtligheter være å regne som hviletid mellom slike handlinger. Dette synes også å være i tråd med prinsippet om en kontinuerlig funksjon som Israels Høyesterett legger til grunn i Targeted Killing dommen.<sup>192</sup> Slike ledere vil derfor lovlig kunne angripes til en hver tid, også når de ikke utøver sin primærfunksjon. Selv om det ikke er sedvanerettslig grunnlag for en analog anvendelse av reglene for IAC i en NIAC har jeg funnet argumenter for at en slik lovanvendelse vil kunne bidra til å ivareta distinksjonsprinsippet. Mangel på allment aksepterte kriterier for å avgjøre direkte deltakelse i fiendtligheter og hovedfokus på det taktiske nivå i diskusjonen vanskeliggjør imidlertid tolkningen av loven, de lege lata, i forhold til statsledere, politikere og ledere av ikke-statlige opprørsgrupper.

---

<sup>191</sup> Se supra note 184 og kapittel 4.1.1: Kommando og kontroll er en av de seks basisfunksjonene militære avdelinger er avhengige av for å kunne operere.

<sup>192</sup> Se supra note 141

### 4.3.2 Kampstyrker

Kampstyrkene i en ikke-statlig opprørsgruppe tar del i stridigheter for å oppnå organisasjonens målsettinger.<sup>193</sup> Denne delen av organisasjonen er i litteraturen benevnt ved flere navn blant annet militær ving, kampstyrker og organisert væpnet gruppe. Jeg vil videre benytte kampstyrker som begrep. Hvordan kampstyrker er organisert vil i stor grad variere, men et fellestrekk er at de har som formål og oppgave å drive væpnet motstand mot en eller flere andre parter til konflikten. I dette ligger at de normalt har en struktur og bevæpning som kan sammenlignes med tradisjonelle statlige militære styrker. Det som ofte skiller enkeltmedlemmer i kampstyrker fra statlige militære styrker er mangel på uniformering. Statlige styrker er som hovedregel uniformert og derav lett gjenkjennelige på avstand, mens dette er mer unntaket enn reglen for ikke-statlige kampstyrker. Hvilken status medlemmer av ikke-statlige kampstyrker skal gis etter humanitærretten er et omdiskutert tema. Enkelte fagmiljøer argumenterer for at ut over stridende<sup>194</sup> og sivile<sup>195</sup> så finnes det en tredje kategori personell, ulovlig stridende (unlawful combatants) som ved sitt medlemskap i ikke-statlige opprørsgrupper alene er å regnes som lovlige militære mål og derfor kan angripes til en hver tid.<sup>196</sup> Ulovlig stridende tilkommer imidlertid ikke en stridendes rettigheter til status som krigsfange.<sup>197</sup> Andre argumenterer for at medlemskap i seg selv ikke er grunnlag for å frata en sivil hans beskyttelse etter IHR og at hans funksjon i opprørsgruppen må legges til grunn for vurderingen.<sup>198</sup> Spørsmålet blir uansett om det er enkeltpersoners funksjon eller medlemskap i kampstyrkene som skal legges til grunn for vurdering av om de lovlig kan angripes, eller om de skal beskyttes som sivile etter IHR.<sup>199</sup>

En statlig militær styrke vil i tillegg til personell som dekker basisfunksjonen innsatsmidler, og som har som hovedoppgave å utføre stridshandlinger, også ha organisatorisk underlagt personell som dekker de øvrige basisfunksjonene; kommando og kontroll, mobilitet, beskyttelse, etterretning og logistikk.<sup>200</sup> Dette kan være alt fra ingeniører og sambandspersonell til verkstedspersonell og kokker hvor ikke alle nødvendigvis er bevæpnet. Etter artikkel 43 (2) TP I er alle medlemmer av en stats væpnede styrker å regne som stridende. Kenneth Watkin viser til Mao Tse-Tung, *On Guerilla Warfare*, når han argumenterer for at kampstyrker ofte er organisert

<sup>193</sup> Department of the Army (2006) §1-62

<sup>194</sup> Se kapittel 2.2

<sup>195</sup> Se kapittel 2.3

<sup>196</sup> Se også diskusjonen i kapittel 2.3

<sup>197</sup> Se Dinstein (2010) s. 33 - 39 og kapittel 4.1

<sup>198</sup> Se kapittel 4.1

<sup>199</sup> Se kapittel 4.3

<sup>200</sup> Se kapittel 4.1.1

etter samme lest som statlige militære styrker og at støttefunksjonene er integrert i den militære kommandolinjen.<sup>201</sup> Selv om Maos teorier er gamle, beskriver de en universell organisering som trolig også er beskrivende for ikke-statlige opprørsgrupper som er involvert i moderne væpnede konflikter.

For medlemmer i kampstyrker som har som oppgave å delta i stridshandlinger ved direkte konfrontasjon med motstander eller ved indirekte engasjement slik som ved utplassering av miner og improviserte sprengladninger, synes det som om det er bred enighet om at de er å regne som direkte deltakende i fiendtligheter. Dette er handlinger som typisk vil tilfredsstillende de tre kumulative elementene terskelgrense, årsakssammenheng og fiendtlig sammenheng, som etter DPH-studien utgjør direkte deltakelse i fiendtligheter.<sup>202</sup> I DPH-studien omtales disse soldatene som å ha en Continuous Combat Function (CCF) så lenge de innehar en slik posisjon i kampstyrkene. De kan derfor lovlig angripes for den tid en slik funksjon opprettholdes, selv før de for første gang tar del i fiendtligheter.<sup>203</sup> Konklusjonen, at slike soldater er å regne som lovlige mål, synes å være ukontroversiell. Også kritikere av DPH-studien, slik som Watkin, synes å være enige denne konklusjonen. Watkin argumenterer for en funksjonell tilnærming hvor medlemmer i en kampstyrke ikke lenger regnes som beskyttede sivile, men på grunn av den funksjon de fyller lovlig kan angripes til en hver tid.<sup>204</sup> Også professor Yoram Dinstein kommer til samme konklusjon selv om han er uenig i premissene den bygger på. Han argumenterer for at reglene som gjelder statlige væpnede styrker også kommer til anvendelse for ikke-statlige opprørsgrupper (medlemskapstiltærning):

[I]n practical terms, it is hard to argue with the proposition that "members of organized armed groups remain legitimate targets on a 24/7 basis" ... an individual member in the armed group may be targeted even when not personally linked to any specific hostile act – simply due to his membership in the group – as long as the membership lasts.<sup>205</sup>

---

<sup>201</sup> Watkin (2010) s. 675-678

<sup>202</sup> Se kapittel 3

<sup>203</sup> Melzer. (2009) s. 32-35

<sup>204</sup> Watkin (2010)

<sup>205</sup> Dinstein (2010) s. 149

Som vist synes det som om det er bred enighet om at soldater i ikke-statlige kampstyrker som har som hovedoppgave å delta i stridigheter er å regne som lovlige mål til en hver tid. Dette er en posisjon jeg finner godt belagt i humanitærretten slik den er og jeg vil derfor ikke drøfte denne videre. Uenigheten om tolkningen av loven oppstår i forhold til medlemmer av kampstyrker som ikke har som hovedfunksjon å ta del i stridigheter. For de som legger en medlemskapstiltærning til grunn vil alle medlemmer av kampstyrken, uavhengig av funksjon, lovlig kunne angripes til en hver tid. Selv om en slik tiltærning vil ivareta en statlig militær motstanders behov for fleksibilitet i militære operasjoner, har jeg ikke funnet belegg verken i rettspraksis eller i stateres uttalte meninger og praksis for at en medlemskapstiltærning, som beskrevet i kapittel 4.1.2, representerer humanitærretten slik den er (*de lege lata*) relatert til kampstyrker. Medlemskapstiltærningen må derfor sies å være en tolkning av humanitærretten slik den burde være (*de lege ferenda*). I det følgende vil jeg derfor kun drøfte en funksjonell tiltærning basert på relevansen og anvendbarheten av de tre kumulative kriteriene terskelgrense, årsakssammenheng og fiendtlig sammenheng i forhold til direkte deltakelse i fiendtligheter for medlemmer i kampstyrker.<sup>206</sup>

Med utgangspunkt i den prinsipielle organiseringen av en kampstyrke som Mao Tse-Tung beskriver<sup>207</sup> kan kjernen i den funksjonelle tiltærningen reduseres til spørsmålet: Hvordan forholder vi oss til kokken?

#### 4.3.2.1 Terskelgrense

Som tidligere vist krever direkte deltakelse i fiendtligheter for det første at det eksisterer en *væpnet konflikt* og for det andre, deltakelse i en handling, *voldelige eller ikke-voldelige som ved sin natur og hensikt er tilsiktet å påføre vesentlig skade på motstanders personell eller materiell, eller på beskyttede personer eller objekter*.<sup>208</sup> En handling av en slik karakter vil overskride terskelgrensen for fiendtligheter. For en kokk synes det rimelig å anta at de handlinger han utfører er tilsiktet å støtte en part til konflikten, men det kan vanskelig argumenteres for at det å lage mat forårsaker vesentlig skade. Så lenge kokken eller annet støttepersonell med tilsvarende funksjoner kun gjennomfører handlinger knyttet til sin primærfunksjon, og disse handlingene ikke er til vesentlig skade for motstander, vil de ikke kunne sies å ha nådd terskelgrensen for

---

<sup>206</sup> Se kapittel 3

<sup>207</sup> Se supra note 201

<sup>208</sup> Se kapittel 3.2

direkte deltakelse i fiendtligheter.<sup>209</sup> Situasjonen vil kunne bli en annen dersom kokken ut over sin primærfunksjon også har andre oppgaver. Sekundærfunksjoner som for eksempel inkluderer å betjene våpensystemer, ta del i vakthold eller bemanne observasjonsposter vil kunne være å regne som fiendtligheter. Dersom slik tjeneste er en del av kokkens gjøremål vil det kunne føre til at han lovlig vil kunne angripes.

For støttepersonell med funksjoner nærmere knyttet til kamphandlingene vil vurderingen av terskelgrense kunne gi et annet resultat. En person som har som oppgave å produsere improviserte sprengladninger (IED) vil trolig kunne sies å ha overskredet terskelgrensen da slike ladninger ikke har noen annen nytte enn brukt som våpen. Handlingens natur og hensikt er således å forårsake vesentlig skade på motstanders personell eller materiell, eller på beskyttede personer eller objekter.

#### 4.3.2.2 Årsakssammenheng

For handlinger som overskrider terskelgrensen for fiendtligheter må det i tillegg finnes en *årsakssammenheng* mellom handlingen og den skadelige effekten den er tiltenkt å påføre motstander for at direkte deltakelse i fiendtligheter skal finne sted.<sup>210</sup> For kokken som kun utøver sin primærfunksjon er denne vurderingen ikke relevant da han i utgangspunktet ikke er involvert i fiendtlige handlinger og således ikke tilfredsstillende det første av de tre kumulative kriteriene. For IED-produsenten, vaktssoldaten og observasjonsposten blir situasjonen imidlertid en annen. DPH-studien argumenterer for at det ikke kan være mer en ett kausalt skritt mellom handlingen og den virkningen den er tiltenkt på motstander.<sup>211</sup> For en vaktssoldat vil dette normalt være tilfelle da han i sin funksjon vil benytte våpen eller lede andres ildgivning uten at han selv ser det målet han skal beskytte. Han utgjør derfor en umiddelbar trussel om vesentlig skade for motstander. For observasjonsposten vil situasjonen være av tilsvarende art selv om han ikke selv beskytter eller på annen måte bruker dødelig makt mot fienden. Informasjon som rapporteres fra en observasjonspost vil for eksempel kunne benyttes til å lede indirekte ild eller å utløse forhåndsplanlagte overfall. HPCR AMW-manualen definerer deltakelse i målutvelgelse (*target acquisition*) som direkte deltakelse i fiendtligheter:

---

<sup>209</sup> Se kapittel 3.2

<sup>210</sup> Se kapittel 3.3

<sup>211</sup> Melzer. (2009) s. 53

“Target acquisition” covers the identification and localization of targets for engagement. It encompasses providing detailed intelligence data about enemy forces and locating them with sufficient accuracy to permit continued monitoring or target designation and engagement.<sup>212</sup>

Observasjonen og rapporten fra observasjonsposten kan ut fra dette regnes som den direkte årsak til den skadelige effekten kampstyrkene ønsker å påføre motstander.

For IED-produsenten kan årsakssammenhengen virke noe mer uklar. Det er ikke nødvendigvis slik at den personen som produserer en IED er den som plasserer den ut eller den som detonerer den. Det kan være flere ledd i kjeden mellom produsenten og den som til slutt utløser sprengladningen. I tillegg til kravet om ett kausalt skritt<sup>213</sup> sier DPH-studien ”... it is not sufficient that the act and its consequences be connected through an uninterrupted causal chain of events.”<sup>214</sup> Som eksempel på dette brukes anskaffelse av deler til og produksjon av en IED. Dette er en naturlig del av en kjede mot anvendelse av IEDen, men kun utplassering og sprengning av IEDen forårsaker direkte skade. Dette er imidlertid et meget omdiskutert standpunkt.

[F]ew States would hesitate, on the basis that the action is not “direct enough,” to attack those in the process of assembling IEDs ... it would be absurd to expect them to delay attack since, ... an immediate attack may be the only option for foiling a later operation employing the device.<sup>215</sup>

En snever tolkning av kravet til årsakssammenheng vil gjøre det umulig å påvirke produksjonskjeden for IEDer ved hjelp av militære maktmidler. Dette vil kunne resultere i at det som i moderne væpnede konflikter har utviklet seg til å bli ett av opprørernes viktigste våpen og den største trusselen mot deres motstandere og sivilbefolkningen, vil kunne produseres og fremføres med lav risiko.

---

<sup>212</sup> Program on Humanitarian Policy Conflict Research at Harvard University (2010) s. 122

<sup>213</sup> Melzer. (2009) s. 53

<sup>214</sup> Ibid. s. 54

<sup>215</sup> Schmitt (2010) s. 731

Også under ekspertmøtene forut for DPH-studien ble dette temaet grundig belyst. Selv om enkelte eksperter førte argumenter for at IED produksjon til en viss grad kunne sammenlignes med en stats våpenproduksjon og derfor kunne betraktes som en del av den generelle krigsinnsatsen, synes det som om majoriteten av eksperter var uenige i dette.

[T]he manufacture of weapons or missiles could be considered direct participation in hostilities provided that there was a direct relation between such manufacture and a concrete military operation. In his opinion, while the industrial production of weapons and armament did not fulfill this condition, it could not be excluded that, in different circumstances, the production of missiles or other weapons [IED] could constitute a measure immediately preparatory to a concrete military operation.<sup>216</sup>

Den avgjørende forskjellen mellom en stats generelle krigsinnsats og en ikke-statlig aktørs våpenproduksjon er således at den ikke-statlige aktørens produksjon ikke har relevans i forhold til å bygge en generell militær kapasitet. All innsats er rettet mot den pågående væpnede konflikten, altså en konkret militær operasjon.

Det synes ikke som om det er særlig uenighet internasjonalt om behovet for å skille mellom samfunnets bidrag til krigsinnsatsen og direkte deltakelse i fiendtligheter.<sup>217</sup> For å ivareta distinksjonsregelen er dette avgjørende.<sup>218</sup> Både historisk og i moderne væpnede konflikter har det vist seg at hele befolkningen og samfunnsstrukturens retning kan endres og fokuseres mot å understøtte krigsinnsatsen. Befolkningen vil til en viss grad bli trukket inn i krigsinnsatsen, men kan uansett ikke regnes verken som stridende eller, på generelt grunnlag, som sivile som tar direkte del i fiendtligheter.<sup>219</sup> Det avgjørende skillet blir derfor mellom hva som kan regnes som direkte og indirekte deltakelse i fiendtligheter. Det synes som om kravet om ett kausalt skritt slik DPH-studien foreskriver er en snever tolkning som bare vil være dekkende for personell som har en funksjon som innebærer faktisk deltakelse i kamphandlinger. For støttepersonell og tilretteleggere som har en avgjørende rolle, men som ikke nødvendigvis er faktisk involvert i kamphandlinger, vil kravet gi beskyttelse som sivil. I kommentarene til TP II sier ICRC at

<sup>216</sup> International Committee of the Red Cross (ICRC). *Fourth Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities - Summary Report* (2006) s. 49

<sup>217</sup> Se supra note 91

<sup>218</sup> Se art 48 TP I



direkte deltakelse i fiendtligheter innebærer at det må være ”sufficient causal relationship”.<sup>220</sup> Sufficient oversettes i sin vanlige form til det norske ordet tilstrekkelig. Dette er et begrep som ikke stiller et absolutt krav, men som er åpent for tokning i situasjonen. Tilstrekkelig årsakssammenheng er etter min mening ikke det samme som *ett* kausalt steg. Det synes derfor som om DPH-studien tolker kravet til årsakssammenheng strengere enn det ICRC gjør i kommentarene til protokollen.<sup>221</sup> En tolkning av kravet til årsakssammenheng som inkluderer alle de seks basisfunksjonene en militær avdeling behøver for å operere<sup>222</sup> vil ivareta realitetene i militære operasjoner og trolig også gjenspeile staters praksis.<sup>223</sup>

#### 4.3.2.3 Fiendtlig sammenheng

Dersom en funksjon i en kampstyrke tilfredsstillende de to første kumulative kriteriene (terskelgrense og årsakssammenheng) må den i tillegg tilfredsstillende kravet om *fiendtlig sammenheng* (belligerent nexus) for at direkte deltakelse i fiendtligheter skal finne sted.<sup>224</sup> Ved en individuell tilnærming til medlemmer i en kampstyrke vil vurderingen måtte knyttes til den enkeltes funksjon i styrken. Den enkeltes handlinger og disses bakenforliggende formål vil avgjøre om kravet for direkte deltakelse er oppfylt. For en kokk vil det vanskelig kunne hevdes at hans handlinger har som formål å være til skade for den annen part til konflikten. For en IED-produzent vil situasjonen være en annen. Det synes for meg som klart at produksjon av improviserte våpen inne rammen av en pågående væpnet konflikt ikke kan ha annet formål enn å påføre skade på en part til konflikten, eller på beskyttede personer eller objekter. Så lenge IED-produksjonen finner sted som en del av, eller til støtte for, en part til konflikten er kravet om fiendtlig sammenheng å regne som tilfredsstillende.<sup>225</sup>

Det kan synes som om fiendtlig sammenheng er enkelt å påvise så lenge det kan knyttes til type handling og handlingens natur. I praksis vil dette imidlertid være en meget vanskelig, om ikke nær umulig oppgave å løse. Ett av ikke-statlige kampstyrkers viktigste fortrinn er evnen til å holde organisering, medlemmer, intensjoner og planer hemmelige for motstander. Dette gjør det meget vanskelig å identifisere det enkelte medlems funksjon og derav utlede dennes handlinger

---

<sup>219</sup> Se supra note 91

<sup>220</sup> Se supra note 103

<sup>221</sup> Se kapittel 3.3

<sup>222</sup> Se kapittel 4.1.1

<sup>223</sup> Se kapittel 4.3.1

<sup>224</sup> Se kapittel 3.4

<sup>225</sup> Se kapittel 3.4

og handlingenes formål. Fiendtlig sammenheng er som vist ikke basert på fysisk observerbare handlinger, men fokuserer på handlingens bakenforliggende formål og må således ikke forveksles med enkeltpersoners subjektive intensjon eller "hostile intent". Fiendtlig sammenheng kan derfor sies å være uavhengig av enkeltpersoners meninger og personlige preferanser.<sup>226</sup>

En viktig effekt av kravet til fiendtlig sammenheng er at det muliggjør et skille mellom hendelser som er relatert til konflikten og voldelige hendelser som i seg selv fører til stor skade, men som ikke er relatert konflikten. Dette kan for eksempel være handlinger som medfører maktbruk mellom politiet og kriminelle. Slike handlinger kan i seg selv nå terskelgrensen for fiendtlige handlinger, men har ikke som bakenforliggende formål å påføre skade på en part til konflikten.<sup>227</sup> Militære styrker vil kunne forsvare seg dersom de blir involvert i slike hendelser, men en faktisk inngripen vil måtte gjennomføres innen rammen av rettshåndhevelse og ikke etter humanitærrettens bestemmelser.

#### 4.3.2.4 Funksjon

Vi har sett at det er liten uenighet om at medlemmer av kampstyrker som har som funksjon å ta del i kamphandlinger er å regne som direkte deltakende i fiendtligheter for den tid medlemskapet i den væpnede gruppen opprettholdes. Medlemskapet i gruppen er å regne som effektivt helt til det uomtvistelig opphører og den aktuelle personen går tilbake til sin sivile hverdag og avstår fra en hver handling som kan regnes som direkte deltakelse i fiendtligheter.<sup>228</sup> Dersom en snever tolkning av kravet til årsakssammenheng legges til grunn kan det hevdes at humanitærretten krever et skille mellom personer som har en funksjon som tar del i fiendtlige handlinger og personer som selv om de er medlemmer i en gruppe har en ren støttefunksjon, slik som kokken. De først nevnte vil ved sin funksjon overskride terskelgrensen for fiendtligheter, mens støttepersonell i sin primærfunksjon ikke kan sies å gjøre dette. Det praktiske problem med dette skillet er at støttepersonell ofte har en sekundærfunksjon som også innebærer forsvar av baseområder og lignende funksjoner som kan innebære stridskontakt med motstander.

I Haag-reguleringene av 1907 artikkel 3 skilles det mellom stridende og ikke-stridende medlemmer av de væpnede styrkene. Dette skillet har forsvunnet i artikkel 43 (2) TP I hvor det heter at "Members of the armed forces of a Party to a conflict (other than medical personnel and

<sup>226</sup> Se kapittel 3.4

<sup>227</sup> Melzer. (2009) s. 60-61

<sup>228</sup> Se kapittel 2.2 og supra note 48

chaplains) ... are combatants.”<sup>229</sup> Dette viser en utvikling av humanitærretten hvor det for statsparter til protokollen ikke skilles mellom stridende og ikke-stridende medlemmer i de væpnede styrkene. Endringen reflekterer realitetene i væpnede konflikter slik de utviklet seg på 1900 tallet og gjenspeiler også dagens situasjon.<sup>230</sup> Det synes rimelig å anta at også ikke-statlige aktører er avhengige av organisatorisk underlagte støttefunksjoner for å kunne gjennomføre sine operasjoner og at disses handlinger utgjør en viktig del av organisasjonens totale kapasitet og stridsevne.

Som humanitærretten med all tydelighet viser eksisterer væpnet konflikt mellom parter og ikke enkeltpersoner. Parter kan være både statlige<sup>231</sup> og ikke statlige.<sup>232</sup> Enkeltpersoner som ikke er medlem av en gruppe som er part til konflikten skal for den tid de ikke involvere seg i fiendtligheter derfor respekteres og beskyttes.<sup>233</sup> Væpnet konflikt er ut fra dette derfor primært å regne som en kollektiv aktivitet. For medlemmer i en gruppe som er part til konflikten er det derfor gruppens handlinger og dennes bakenforliggende formål som må legges til grunn for vurderingen av om medlemmene lovlig kan angripes. Som Kenneth Watkin sier ”... non-state actors may pose the same type of group threat as members of armed forces who have the status of combatants.”<sup>234</sup>

Kampstyrkens eksistens er direkte relatert til den pågående væpnede konflikten, og kan ikke relateres til et samfunns generelle krigsinnsats. Kampstyrkens handlinger må derfor forstås i denne konteksten. Styrkens handlinger hadde ikke blitt gjennomført om det ikke var for å forberede eller gjennomføre fiendtligheter tiltenkt å påføre motstanders materiell eller personell vesentlig skade. Det synes derfor som rimelig at en funksjonell tilnærming også legges til grunn for vurdering av kravet til årsakssammenheng. I praksis kan en slik vurdering baseres på de seks

---

<sup>229</sup> Se også Doswald-Beck og Henckaerts (2005) avsn. 1677 ” The Conference considered that all ambiguity should be removed and that it should be explicitly stated that all members of the armed forces (with the above-mentioned exceptions) can participate directly in hostilities, i. e., attack and be attacked. The general distinction made in Article 3 of the Hague Regulations, when it provides that armed forces consist of combatants and non-combatants, is therefore no longer used. In fact, in any army there are numerous important categories of soldiers whose foremost or normal task has little to do with firing weapons. These include auxiliary services, administrative services, the military legal service and others. Whether they actually engage in firing weapons is not important. They are entitled to do so, which does not apply to either medical or religious personnel, despite their status as members of the armed forces, or to civilians, as they are not members of the armed forces.”

<sup>230</sup> Watkin (2005) s. 145-146

<sup>231</sup> Se fellesartikkel 2 til GK

<sup>232</sup> Se fellesartikkel 3 til GK

<sup>233</sup> Se art 48 og art 51 (3) TP I

<sup>234</sup> Watkin (2005) s. 147-148

basisfunksjonene *kommando og kontroll, innsatsmidler, mobilitet, beskyttelse, etterretning og logistikk*.<sup>235</sup> Dette er funksjoner en hver organisasjon med et militært formål er avhengig av for å fungere.<sup>236</sup> En slik tilnærming vil styrke implementeringen av distinksjonsprinsippet ved at den sørger for et klart skille mellom medlemmer av kampstyrker og sivilbefolkningen forøvrig. Den vil også muliggjøre et skille mellom kampstyrkenes organisatoriske medlemmer, som gjennomfører handlinger som er tiltenkt å påføre motstander skade, og støttespillere og sympatisører i befolkningen som yter indirekte støtte til kampgruppen for eksempel ved å drive kommersiell handel eller som deltar i sivil ulydighet.<sup>237</sup> Dette kan i seg selv være kriminelle handlinger som kan påtales etter statens straffelov, men det vil ikke nødvendigvis føre til direkte deltakelse i fiendtligheter. Dette finner også støtte hos flere internasjonalt anerkjente skribenter og hos Israels Høyesterett.<sup>238</sup>

Når det gjelder fiendtlig sammenheng har drøftingen vist at for medlemmer i kampstyrker kan dette knyttes til kampstyrkene som organisasjon og styrkens kollektive handlinger. Ved å ta del i en av de seks basisfunksjonene<sup>239</sup> i en kampstyrke blir enkeltpersoner en integrert del av styrken og handler på vegne av denne. Det er således kampstyrkens formål, å påføre den annen part skade, som må legges til grunn ved vurdering av om kravet til fiendtlig sammenheng er oppfylt. Enkeltpersoners bakenforliggende formål blir kun relevant å vurdere i de tilfeller der en sivil sporadisk, på eget initiativ og uten tilknytning til en part til konflikten gjennomfører handlinger som er å regne som fiendtligheter og derav mister sin beskyttelse etter IHR.<sup>240</sup>

### 4.3.3 Politisk kadre

Den politiske kadren utgjør opprørets politiske og ofte også den religiøse eller spirituelle ledelse. Avhengig av hvor lenge opprøret har pågått vil kadren kunne ta form av politiske partier for å søke å legitimere opprøret. I områder der statens maktapparat og samfunnsbærende funksjoner slik som lov og orden, helse og skole er fraværende, vil kadren gjerne søke å fylle dette vakuumet ved å etablere egne parallelle strukturer. Målsettingen er å vise befolkningen at de sørger for et

<sup>235</sup> Se kapittel 4.1.1

<sup>236</sup> Se supra note 140

<sup>237</sup> Se kapittel 3.3

<sup>238</sup> Se supra note 92, 93 og 95

<sup>239</sup> Se supra note 140

<sup>240</sup> Se art 51 (3) TP I

bedre alternativ enn det myndighetene gjør og derved vinne befolkningens støtte.<sup>241</sup> Det synes ikke å være uenighet om tolkningen av IHR i forhold til myndighetspersoner og statstjenestemenn som bidrar til den generelle krigsinnsatsen ved å holde samfunnet i gang. Slike handlinger vil normalt ikke være å regne som fiendtlige da de ikke har som intensjon å forårsake vesentlig skade på motstanders personell eller materiell, det er ikke en årsakssammenheng mellom handlingen og en skadelig effekt på motstander og handlingens formål er ikke å påføre motstander skade.<sup>242</sup>

Politisk og annen samfunnsbyggende aktiviteter kan være til nytte for en part til konflikten, men er ikke å regne som en trussel for motstander og må derfor klassifiseres som enten indirekte deltakelse eller generelt bidrag til krigsinnsatsen. IACHR har kommet frem til at dette prinsippet kan anvendes analogt både i IAC og i NIAC.<sup>243</sup> Situasjonen kan imidlertid bli en annen dersom kadren bruker sin posisjon til påvirke sivilbefolkningen ved hjelp av trusler om, eller bruk av vold. I Afghanistan har vi for eksempel sett at opprørere har brukt vold mot jenter som har gått på skole, og har brent ned eller sprengt skolebygg hvor jenter har fått undervisning.<sup>244</sup> Dette er handlinger som trolig er gjort i den hensikt å håndheve egne lover, for å skremme befolkningen fra å støtte de lovlig valgte myndighetene og for å tvinge frem støtte til opprøret.<sup>245</sup> Som vist i kapittel 3.2 er ikke fiendtligheter begrenset kun til å gjelde handlinger som er rettet mot motstanders personell eller materiell. Jeg har i definisjonen av handlinger som overskrider terskelgrensen for direkte deltakelse i fiendtligheter derfor også inkludert voldelige eller ikke-voldelige handlinger rettet mot beskyttede personer eller objekter.<sup>246</sup> Støtte for dette finnes blant annet i ICRCs kommentarer til TP II<sup>247</sup> og hos Israels Høyesterett.<sup>248</sup> Voldshandlinger rettet mot sivilbefolkningen eller sivile objekter planlagt, ledet eller utført av kadren vil således kunne føre til direkte deltakelse i fiendtligheter dersom det også er en årsakssammenheng mellom handlingen og den skadelige effekt den er tiltenkt å påføre, og det bakenforliggende formålet med handlingen er å støtte den ikke-statlige organisasjonens sak.<sup>249</sup> Det internasjonale kriminaltribunalet for Rwanda (ICTR) har i saken mot Georges Ruggiu, en tidligere radiovert

<sup>241</sup> Department of the Army (2006) §1-63 og 1-64

<sup>242</sup> Se diskusjon om direkte deltakelse i fiendtligheter kapittel 3

<sup>243</sup> Se supra note 96

<sup>244</sup> Se NTB. *Gassangrep mot jenteskole i Kabul I*: adressa.no 28 feb 2010.

<sup>245</sup> Etter art 51 (2) TP I er ikke bare angrep, men også trussel om vold som har til hensikt å spre terror blant sivilbefolkningen forbudt.

<sup>246</sup> Se kapittel 3.2

<sup>247</sup> Se supra note 84

<sup>248</sup> Se supra note 85 og 86

<sup>249</sup> Se også kapittel 3.3 og 3.4

dømt for å bruke sin posisjon og innflytelse på befolkningen til å oppfordre til folkemord, vist at ikke-voldelige handlinger kan være brudd på IHR.<sup>250</sup> Det er rimelig å anta at slike handlinger derfor også vil kunne klassifiseres som direkte deltakelse i fiendtligheter om de gjennomføres til støtte for en part til en væpnet konflikt.

I motsetning til kampstyrker vil den politiske kadren som organisasjonselement ikke ha som primæroppgave å delta i væpnet kamp. En funksjonell tilnærming basert på en militær styrkes basisfunksjoner<sup>251</sup> vil derfor være mindre anvendbar overfor denne delen av opprørsgruppen så lenge de ikke er en integrert del av, og opererer og forflytter seg sammen med kampstyrkene. Om dette ikke er tilfellet vil personer tilknyttet den politiske kadren vanskelig kunne regnes som en del av organisasjonens væpnede styrker. Verken en tilnærming basert på medlemskap eller funksjon synes således anvendbar for vurdering av om medlemmer av den politiske kadre er å regne som lovlige militære mål. Den politiske kadren vil derfor opprettholde sin beskyttelse som sivile<sup>252</sup> med mindre, og så lenge, de ikke deltar direkte i fiendtligheter.<sup>253</sup> En vurdering av den enkeltes handlinger, basert på de tre kumulative kriteriene (terskelgrense, årsakssammenheng og fiendtlig sammenheng), må derfor legges til grunn for vurdering av om personer i den politiske kadren lovlige kan angripes etter IHR.

#### 4.3.4 Støttespillere

Med støttespillere menes personer som ikke er medlemmer av opprørsgruppen, men som bidrar med støttefunksjoner til organisasjonen som helhet, også til kampstyrkene. I mangel på en fullt utbygd samfunnsstruktur som kan bidra til krigsinnsatsen er opprørsgrupper avhengige av å skaffe seg denne støtten fra støttespillere i samfunnet. De bidrar gjerne med sikre hus eller områder opprørerne kan bruke, lagring av våpen og forsyninger, passiv informasjonsinnhenting, tidlig varsling om motstanders operasjoner og tilgang til penger fra lovlige eller ulovlige kilder.<sup>254</sup> Slike aktiviteter kan være både lovlige og ulovlige etter statens straffelovgivning. Lovligheten av en handling er imidlertid i seg selv ikke et kriterium for å vurdere om en handling fratrar en sivil den beskyttelse humanitærretten gir:

<sup>250</sup> PROSECUTOR v. Georges RUGGIU Case No. ICTR-97-32-I, Judgement and Sentence. (International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)).

<sup>251</sup> Se supra note 140

<sup>252</sup> Se kapittel 2.3

<sup>253</sup> Se art 51 (3) TP I og art 13 (3) TP II

<sup>254</sup> Department of the Army (2006) § 1-65

[T]he illegality or legality of an act of civilian violence under domestic or international law is irrelevant for its qualification as direct participation in hostilities.<sup>255</sup>

Dersom en støttespiller ikke er en integrert del av, opererer eller forflytter seg sammen med opprørsgruppen vil han vanskelig kunne regnes som medlem i opprørsgruppen. Han vil derfor ikke automatisk kunne regnes verken som medlem i gruppen, eller for å inneha en funksjon som gjør at han lovlig kan angripes til en hver tid.<sup>256</sup>

Som vist i kapittel 3.3 synes det som om det er internasjonal enighet om et skille mellom direkte deltakelse i fiendtligheter og indirekte deltakelse, eller bidrag til den generelle krigsinnsats. Dette prinsippet kommer til anvendelse både i IAC og i NIAC.<sup>257</sup> I utgangspunktet blir støttespillere således å regne som beskyttede sivile så lenge, og for den tid, de ikke på eget initiativ, sporadisk og uorganisert gjennomfører handlinger som fører til direkte deltakelse i fiendtligheter.<sup>258</sup> Om en støttespiller derimot fyller en funksjon i en kampstyrke som sannsynliggjør at han er blitt en integrert del av denne, er det rimelig at han vurderes etter samme kriterier som øvrige medlemmer.<sup>259</sup> En overgang fra støttespiller til medlem i kampstyrker vil trolig være vanskelig å identifisere. For å belyse problemstillingen velger jeg å benytte støttespillere som bidrar med informasjon om motstander til den annen part i konflikten som eksempel.

Innsamling av informasjon om motstander er en aktivitet som blir brukt som eksempel på både direkte og indirekte deltakelse i fiendtligheter. ICTYs ankeinstans har kommet til at "...active or direct participation in hostilities include: transmitting military information for the immediate use of a belligerent..." Videre sier domstolen i same punkt at "... indirect participation in hostilities include: ... gathering and transmitting military information..."<sup>260</sup> Dette viser at det ikke nødvendigvis er aktiviteten innsamling av informasjon i seg selv som er å regne som fiendtligheter, men nærhet til operasjonen og hva informasjonen brukes til:

<sup>255</sup> International Committee of the Red Cross (ICRC). (2005) s. 9

<sup>256</sup> Se kapittel 4.1

<sup>257</sup> Se supra note 96

<sup>258</sup> Se kapittel 3

<sup>259</sup> Se kapittel 4.3.2

<sup>260</sup> PROSECUTOR v. PAVLE STRUGAR Case No. IT-01-42-A Appeals Chamber Judgement. (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)).§ 177

The governing question is whether ... activities take place in immediate support of military operations in the contact zone ... or in remote areas ... There is a difference between the case of a civilian who serve as a look-out close to military units in the field and another – who retrieves intelligence data from satellites or listening posts – working in terminals located far away.<sup>261</sup>

Dersom denne argumentasjonen overføres til situasjoner der sivile bidrar til en ikke-statlig opprørsgruppes innsats ved å observere og videreformidle informasjon om motstander innebærer det at det enkelte tilfelle må vurderes for seg.

Det synes som om en rekke rettskilder tar det standpunkt at innhenting av informasjon om en part til en væpnet konflikt, til støtte for en annen part kan regnes som en fiendtlig handling.<sup>262</sup> Som jeg har vist i kapittel 3.2 er fiendtlige handlinger ikke begrenset til angrep, men omfatter også ikke-voldelige handlinger.

Et eksempel på en slik aktivitet er en sivil person som er ansatt som lokal arbeidskraft hos den statlige part til konflikten og som benytter sin posisjon til å skaffe informasjon om pågående eller fremtidige operasjoner. Dette vil være informasjon av verdi for den opprørsgruppens strategiske, operasjonelle og taktiske valg. Selv om slik informasjonsinnhenting er ikke-voldelige handlinger, er det rimelig å anta at de gjennomføres i den hensikt å forårsake skade på motstander og at den derfor kan overskride terskelgrensen for fiendtligheter.<sup>263</sup> Ved at den sivile personen i dette tilfellet utnytter sitt ansettelsesforhold til å skaffe skjermet informasjon er det også sannsynlig at det bakenforliggende formål med handlingen er å bidra til at den ikke-statlige opprørsgruppens målsettinger kan nås ved å svekke motstanderen.<sup>264</sup> Selv om den aktuelle sivilpersonen er plassert i stillingen av opprørsgruppen mot sin egen vilje vil hans handlinger oppfylle kravet til fiendtlig sammenheng.<sup>265</sup>

---

<sup>261</sup> Dinstein (2010) s. 151

<sup>262</sup> Se PROSECUTOR v. PAVLE STRUGAR Case No. IT-01-42-A Appeals Chamber Judgement§ 176 - 177 hvor domstolen henviser til en rekke militærmanualer, uttaleleser og dommer der slik aktivitet benyttes som eksempel på direkte deltakelse i fiendtligheter.

<sup>263</sup> Se kapittel 3.2

<sup>264</sup> Se kapittel 3.4

<sup>265</sup> Se supra note 118



Som vist i kapittel 3.3 kreves det i tillegg til at kravet om terskelgrense og fiendtlig sammenheng også en tilstrekkelig årsakssammenheng mellom en handling og dens skadelige effekt på motstander for at direkte deltakelse i fiendtligheter skal kunne sies å finne sted.

Formidling av informasjon som kan gi en direkte taktisk verdi, for eksempel ved å benyttes til ledelse av ild, synes å ha en klar årsakssammenheng til den skadelige effekten den er tenkt å påføre motstander. En slik handling kan sammenlignes med militær ildledning som kan gi direkte taktiske konsekvenser.<sup>266</sup> Det synes videre som om innhenting av strategisk etterretning generelt vurderes som ikke å være tilstrekkelig relatert til fiendtlighetene, mens innhenting av informasjon som kan anvendes for operasjonell planlegging er en gråsoner.<sup>267</sup> Hvilken informasjon personen i dette eksemplet har formidlet til den annen part til konflikten vil således være med på å avgjøre om kravet til årsakssammenheng er oppfylt. Et annet forhold som i dette tilfellet kan få avgjørende betydning er om personen er plassert i posisjon med den hensikt å skaffe informasjon. Om så har skjedd kan han trolig ikke regnes som en tilfeldig sivil som på eget initiativ, sporadisk og uorganisert tar direkte del i fiendtligheter. Han kan derimot regnes for å fylle en funksjon som tilsvarer en av de militære basisfunksjonene og på grunnlag av dette lovlig angripes til en hver tid.<sup>268</sup> Ved tvil skal personen uansett beskyttes som sivil.<sup>269</sup>

#### 4.3.5 Sympatisører i befolkningen

Sympatisører utgjør opprørets base i befolkningen. Dette er individer som lever sitt normale sivile liv, men som har et forhold til opprørsgruppen som gjerne er skjult for omverdenen. Det er fra sympatisører opprøret henter den brede folkelige støtten, og det er gjerne herfra rekruttering til kampstyrker foregår.<sup>270</sup> Støtte i befolkningen kan ta en rekke forskjellige former. Alt fra passiv til aktiv motarbeidelse av regimets linje, for eksempel ved deltakelse i demonstrasjoner og sivil ulydighet, til deltakelse i grunnleggende militær utdanning og trening i regi av den ikke-statlige opprørsgruppen.

Selv om en handling er å regne som ulovlig etter statens straffelov er den ikke av den grunn å regne som fiendtlig.<sup>271</sup> Dersom en sympatisør ikke er en integrert del av, opererer eller forflytter

<sup>266</sup> Se Jørgensen (2008) s. 34

<sup>267</sup> Se Schmitt, *Humanitarian law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees*. I: *The Chicago Journal of International Law*. Vol. 5 (2005). s. 543-544

<sup>268</sup> Etterretning er en av de seks basisfunksjonene. Se kapittel 4.1.1 og supra note 140

<sup>269</sup> Se art 50 (1) TP I

<sup>270</sup> Department of the Army (2006) § 1-66

<sup>271</sup> Se supra note 255

seg sammen med en opprørsgruppe vil han vanskelig kunne regnes som medlem i denne. Han vil derfor ikke automatisk kunne regnes verken som medlem i gruppen, eller for å inneha en funksjon som gjør at han lovlig kan angripes til en hver tid. Han er således å betrakte som sivil for den tid han ikke tar direkte del i fiendtligheter.<sup>272</sup>

I situasjoner der væpnet konflikt pågår, kan det imidlertid by på utfordringer å skille voldshandlinger som ikke er relatert til konflikten og voldshandlinger som er tilsiktet å støtte en part til konflikten.<sup>273</sup> Selv om sivil ulydighet normalt skal håndteres av politiet, viser erfaring fra væpnede konflikter at militære styrker ofte blir satt inn enten for selvstendig å håndtere situasjonen, eller til støtte for politiet.

I forsøket på å håndtere voldelig sivil ulydighet kan militære styrker bli stilt overfor en rekke dilemmaer. Selv om tilgjengelig informasjon klart viser at voldelighetene er igangsatt i den hensikt å støtte en part til konflikten og at enkelte deltakere gjennomfører voldshandlinger som klart overskrider terskelgrensen for fiendtligheter er det ikke sikkert at militære styrker vil kunne løse problemet. Bruk av militærmakt i slike situasjoner vil kunne resultere i følgetap på fredlige deltakere som er "excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated."<sup>274</sup> Bruk av militære styrker til å løse oppgaver som i utgangspunktet skal løses av politiet krever en klar forståelse av humanitærrettens prinsipper om beskyttelse av sivile. En manglende forståelse av disse prinsippene hos offiserer og soldater vil kunne føre til brudd på distinksjonsregelen eller maktbruk som ikke er proporsjonal i forhold til den forventede, konkrete og direkte *militære* fordel.<sup>275</sup>

Sympatisører i befolkningen som deltar i sivil ulydighet kan ikke i utgangspunktet regnes som medlemmer i en opprørsgruppe. Verken medlemskap eller funksjon kan således legges til grunn for vurdering av om de lovlig kan angripes etter IHR. De kan ikke behandles som én gruppe og på grunn av gruppens handlinger definere som direkte deltakende i fiendtligheter. En individuell tilnærming må derfor legges til grunn for vurdering av om enkeltpersoner ved sine handlinger har mistet sin beskyttelse som sivil etter artikkel 51 (3) TP I eller artikkel 13 (3) TP II.<sup>276</sup>

<sup>272</sup> Se art 51 (3) TP I; art 13 (3) TP II: kapittel 3

<sup>273</sup> Se også kapittel 3.4

<sup>274</sup> Se art 51 (5)(b) TP I

<sup>275</sup> Se supra note 274

<sup>276</sup> Se også supra note 297

For at sympatisører skal kunne fratras beskyttelsen som sivile må de opptre på en slik måte at de ikke lenger fremstår som sivile som skal beskyttes etter humanitærretten. Et eksempel på dette kan være personer som mottar militær trening som gjør at de på et senere tidspunkt vil kunne delta i kamphandlinger eller bli medlemmer i kampstyrkene.

Humanitærretten sier ikke noe eksplisitt om denne type støtte til ikke-statlige opprørsgrupper. Det er rimelig å anta at sivile som mottar trening, og etter treningen går tilbake til sitt sivile virke, kan sammenlignes med det mobiliseringsgrunnlaget en rekke staters væpnede stryker har i befolkningen. Det er ingen tvil om at militær trening er avgjørende for en parts suksess i militære operasjoner. Det kan vanskelig argumenteres for at militær trening har et annet formål enn å bygge opp kapasitet til å forårsake skade på motstanders personell eller materiell. Militær trening av sivile synes derfor å tilfredsstille kravet til terskelgrense.<sup>277</sup> Tilsvarende synes også kravet til fiendtlig sammenheng å være oppfylt for ikke-statlige grupper da en slik gruppes militærtrening ikke har relevans utenfor den pågående væpnede konflikten.<sup>278</sup> Det avgjørende element for å vurdere om sivile som mottar militær trening lovlig kan angripes etter humanitærrettens bestemmelser er således kravet om årsakssammenheng.<sup>279</sup> I situasjoner der treningen pågår vil soldater i statlige militære styrker være å regne som medlemmer av de væpnede styrker. De gis status som stridende og kan angripes til en hver tid.<sup>280</sup> Dette personellet vil gjeninntre i sin beskyttede status som sivil fra den tid militærtjenesten opphører.<sup>281</sup> Det er rimelig å anta at tilsvarende vurdering kan legges til grunn også for ikke-statlige opprørsgrupper som trener sivilpersoner i militære ferdigheter. DPH-studien tar imidlertid det utgangspunktet at:

Only where persons are specifically recruited and trained for the execution of a predetermined hostile act can such activities [training] be regarded as an integral part of that act and, therefore, as direct participation in hostilities.<sup>282</sup>

Et slikt standpunkt er kontroversielt, og gjenspeiler trolig ikke staters praksis.<sup>283</sup> Å stille krav om at rekruttering og trening må være knyttet til en forhåndsbestemt *fiendtlig handling* for at aktiviteten skal regnes som direkte deltakelse i *fiendtligheter* vil resultere i at en ikke-statlig

---

<sup>277</sup> Se kapittel 3.2

<sup>278</sup> Se kapittel 3.4

<sup>279</sup> Se kapittel 3.3

<sup>280</sup> Se art 43 TP I

<sup>281</sup> Dinstein (2010) s. 147-148

<sup>282</sup> Melzer. (2009) s. 53

<sup>283</sup> Schmitt (2010) s. 730

opprørsgruppe kan bygge opp sin kapasitet skjermet og uten frykt for motstanders handlinger. Ikke-statlige opprørsgrupper representerer ikke en statsmakt som har et legitimt behov for en militærmakt. Det kan derfor vanskelig argumenteres for at det å bygge egen militær kapasitet har et formål som ikke er knyttet til den pågående væpnede konflikten. Militær trening kan derfor regnes som en integrert del av militære operasjoner som har til hensikt å påføre motstanders personell eller materiell skade: ” [T]he term "military operations" ... means *all the movements and activities* carried out by armed forces related to hostilities.”<sup>284</sup>[min utheving] Dette åpner for at kravet til årsakssammenheng er tilfredsstillt for den tid treningen finner sted.

Enkeltpersoner som har tatt del i militær trening vil ved at treningen avsluttes og de går tilbake til sitt sivile virke, gjenvinne sin beskyttelse som sivil etter IHR. Dette selv om de blir en del av mobiliseringsgrunnlaget for en ikke-statlig opprørsorganisasjon og på et senere tidspunkt kan bli regnet som medlemmer i kampstyrker eller på annen måte ta direkte del i fiendtligheter. Om en sympatisør mottar organisert militær trening kan han, for den tid treningen pågår, ikke regnes som en tilfeldig sivil som på eget initiativ, sporadisk og uorganisert tar direkte del i fiendtligheter. Han kan derimot regnes som medlem i opprørsgruppen, og angripes på grunn av at han fyller en funksjon som tilsvarer en av de militære basisfunksjonene.<sup>285</sup> Sivile sympatisører som ikke er medlem av, eller fyller en funksjon i en opprørsgruppe skal imidlertid respekteres og beskyttes på lik linje med andre sivile personer<sup>286</sup> så lenge, og for den tid, de ikke tar direkte del i fiendtligheter. Ved tvil skal personen uansett beskyttes som sivil.<sup>287</sup>

---

<sup>284</sup> Doswald-Beck og Henckaerts (2005) avsn. 1936

<sup>285</sup> Se kapittel 4.1.1 og supra note 140

<sup>286</sup> Se art 48 TP I

<sup>287</sup> Se art 50 (1) TP I

## 5 Konklusjoner og anbefalinger

Selv om praksis til dels er dokumentert i enkelte staters militærmanualer, er det ikke etablert tilstrekkelig grunnlag for å hevde at det eksisterer sedvanerettslige kriterier for objektivt å vurdere direkte deltakelse i fiendtligheter. Mangelen på objektive og anerkjente kriterier fører til at det oppstår gråsoner der relevante kilder kan gi ulike svar basert på samme faktum. Resultatet kan derfor bli situasjoner der avgjørelsen om å ta en annen persons liv med loven i hånd baseres ene og alene på den enkelte soldats vurdering. The US Navy's Commanders Handbook beskriver problemet når den sier:

Combatants in the field must make an honest determination as to whether a particular person is or is not taking a direct part in hostilities based on the person's behaviour, location and attire, and other information available at the time.<sup>288</sup>

Det å overlate denne beslutningen til den enkelte soldat, som gjerne er i situasjoner hvor kaos og et uklart situasjonsbilde er rådende, uten å gi klare retningslinjer beslutningen kan baseres på er etter min mening uholdbart. For å ivareta distinksjonen mellom de som lovlig kan angripes og de som humanitærretten gir beskyttelse, er forståelse av hva som er direkte deltakelse i fiendtligheter avgjørende. Kunnskap om problematikken kan til dels bygges opp ved å studere enkelthendelser, men en felles forståelse oppnås kun dersom den baseres på allment aksepterte kriterier. DPH-studien foreslår at de tre kumulative kriteriene terskelgrense, årsakssammenheng og fiendtlig sammenheng legges til grunn for vurdering av direkte deltakelse i fiendtligheter. Jeg har i analysen funnet at disse kriteriene synes som relevante og kan bidra til den generelle forståelsen av humanitærrettens viktigste prinsipp, beskyttelse av sivilbefolkningen og sivile objekter. Kriterier vil ikke gi svar på enhver situasjon, men kan danne et metodisk utgangspunkt for de beslutninger offiserer og soldater må ta i situasjoner der de risikerer å påføre andre vesentlig skade eller tap av liv.

Vi har sett at ikke-statlige parter til en væpnet konflikt kan ta forskjellige former avhengig av konfliktens karakter og utvikling. For å kunne vurdere hvordan humanitærretten skal anvendes i

forhold til slike grupper er det viktig å kunne forholde seg til et sett med felles kjennetegn som beskriver ikke-statlige opprørsgrupper generisk og uavhengig av kontekst. I denne studien har jeg valgt å benytte den amerikanske FM 3-24 – Counterinsurgency<sup>289</sup> som utgangspunkt. FM 3-24 er ikke en fasit på hvordan opprørsgrupper er organisert, men gir en beskrivelse som de fleste offiserer i dag kjenner seg igjen i. Inndelingen i ledelse, kampstyrker, politisk kadre, aktive støttespillere og sympatisører i befolkningen<sup>290</sup> har gitt meg mulighet til å operasjonalisere humanitærretten på en måte som forhåpentlig vis gjør den tilgjengelig også for personer uten dybdekompetanse i internasjonal humanitærrett.

Vi har også sett at det er en pågående debatt i fagmiljøet om hva som kvalifiserer medlemmer av organiserte væpnede grupper som lovlige mål for angrep. På den ene siden finner vi de som argumenterer for at medlemskap i seg selv ikke er tilstrekkelig, men at individet også må inneha en funksjon som fører til direkte deltakelse i fiendtligheter. Individet har ved dette frasagt seg sin beskyttelse som sivil for den tid funksjonen i gruppen opprettholdes. Dette har jeg valgt å kalle en *funksjonell tilnærming*. På den andre siden finner vi de som argumenterer for at ikke-statlige opprørsgrupper må betraktes på lik linje med en stats væpnede styrker når det gjelder medlemmenes beskyttelse. Det vil si at alle medlemmer i en organisert væpnet gruppe, basert på sitt medlemskap alene, mister sin beskyttelse som sivil for den tid medlemskapet opprettholdes. Dette har jeg valgt å kalle *medlemskapstilnærming*.

Analysen har vist at en funksjonell tilnærming, basert på kriteriene oppstilt i DPH-studien, både metodisk og substansielt lar seg anvende i forhold til vurdering av om ledelsen og den politiske kadren i ikke-statlige opprørsgrupper er å regnes som direkte deltakende i fiendtligheter. Selv om det sedvanerettslige grunnlaget for regelanvendelsen i NIAC er mangelfullt synes det som om en analog anvendelse av reglene for IAC også i NIAC her vil bidra positivt til ivaretagelse av distinksjonsregelen. En funksjonell tilnærming vil bidra til at kun de lederne som er direkte involvert i kommando og kontroll av kampstyrker blir å regne som direkte deltakende i fiendtligheter og derav lovlig kan angripes.

Sivile ledere, mulig med unntak av ledere som har en faktisk rolle som øverstkommanderende, vil ikke kunne regnes som medlemmer av de væpnede styrker. Ved en medlemskapstilnærming

---

<sup>288</sup> Department of the Navy. *NWP 1-14M: The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations* (2007) avsn. 8.2.2

<sup>289</sup> Department of the Army (2006)

vil ledere som ikke er medlemmer i de væpnede styrker derfor måtte regnes som beskyttet etter humanitærretten uavhengig av graden av kommando og kontroll de fører over væpnede styrker. Organisasjonsform og ikke faktisk funksjon vil således være et avgjørende kriterium for om slike ledere lovlig kan angripes. De vil kun miste sin beskyttelse etter humanitærretten dersom de på eget initiativ utfører handlinger som kvalifiserer som direkte deltakelse i fiendtligheter<sup>291</sup> og ikke som en konsekvens av sin funksjon som leder.

Diskusjonen om medlemmer i kampstyrkers posisjon i humanitærretten har vist at rettskildene er uklare i forhold til om det åpnes for både en funksjonell tilnærming og en medlemskapstilnærming. En funksjonell tilnærming innebærer at funksjonen til det enkelte medlem av kampstyrken legges til grunn for vurdering av om personen tar direkte del i fiendtligheter. Dersom det ikke defineres hvilke funksjoner som faktisk fører til direkte deltakelse i fiendtligheter kan konsekvensen bli at en slik tilnærming i praksis vil bli nær umulig å forholde seg til. Resultatet av dette kan bli at deler av kampstyrken gis de facto immunitet mot lovlige angrep. Dette vil gi kampstyrken en reell fordel i forhold til en statlig væpnet styrke som lovlig vil kunne angripes til en hver tid. En for snever tolkning av kravet til årsakssammenheng vil kunne gi dette resultatet.<sup>292</sup> Ved å kreve kun ett kausalt skritt fra handling til forventet effekt vil store deler av kampstyrken i praksis gis immunitet mot lovlige angrep. I tillegg til å gi kampstyrken en klar fordel vil en slik tilnærming også kunne vanskeliggjøre implementeringen av distinksjonsprinsippet da det blir vanskeligere å skille mellom sivile og medlemmer i kampstyrken. Jeg har i analysen funnet at en tolkning av kravet til årsakssammenheng som åpner for at også ledelse, etterretning og andre militære støttefunksjoner regnes som direkte deltakelse i fiendtligheter både reflekterer humanitærretten slik den er, og muliggjør en praktisk implementering av distinksjonsregelen. Analysen har videre vist at de seks basisfunksjonene<sup>293</sup> i hver militær avdeling er avhengig av kan benyttes som grunnlag for å definere hvilke funksjoner i en opprørsgruppe som medfører direkte deltakelse i fiendtligheter.

Etter en medlemskapstilnærming vil kampstyrkene regnes som den ikke-statlige partens væpnede styrker. Alle medlemmer av kampstyrkene, uavhengig av sin funksjon, og basert på sitt medlemskap alene vil således lovlig kunne angripes til en hver tid. En slik tilnærming vil være

---

<sup>290</sup> Se kapittel 4.3

<sup>291</sup> Se kapittel 3

<sup>292</sup> Se kapittel 3.3

<sup>293</sup> Se supra note 140

praktisk mulig å implementere samtidig som det ivaretar prinsippet om lik anvendelse av loven (*equal application*).<sup>294</sup> Medlemskapstilnærmingen tar i seg utviklingen av væpnede konflikter etter at Haag-reguleringene ble skrevet i 1907 og ivaretar intensjonen i artikkel 43 TP I hvor det ikke skilles mellom stridende og ikke-stridende medlemmer av de væpnede styrkene. Denne bestemmelsen i TP I ikke er å regne som internasjonal sedvanerett og jeg har heller ikke funnet holdepunkter verken i rettskilder eller i staters praksis som styrker at en speiling av medlemskapskriteriet<sup>295</sup> fra IAC og til NIAC reflekterer humanitærretten slik den er.

Selv om jeg i analysen bare har benyttet et fåtall eksempler, belyses problemstillinger som er overførbare til støttespillere og sympatisører generelt. En vurdering av direkte deltakelse i fiendtligheter etter en funksjonell tilnærming, forutsetter at enkeltpersoner fyller en funksjon som er en integrert del av en væpnet styrke (basisfunksjoner).<sup>296</sup> Dette kan ikke sies å være tilfellet for støttespillere eller sympatisører. De kan derav ikke, på generelt grunnlag, betraktes som lovlige mål verken etter en medlemskapstilnærming eller basert på den enkeltes funksjon. Det må således foretas en individuell vurdering av den enkeltes handlinger for å avgjøre om han skal beskyttes som sivil, eller om han ved sine handlinger har mistet denne beskyttelsen. Dersom årsakssammenhengen mellom en handling og effekten denne er tiltenkt å påføre motstander ikke kan etableres, har drøftingen vist at en sivil persons handlinger isolert sett kan overskride terskelgrensen for fiendtligheter og ha som bakenforliggende formål å påføre en annen part skade, uten at han derved kan sies å ta direkte del i fiendtligheter. En individuell tilnærming må derfor legges til grunn for personer som ikke har en funksjon i en opprørsgruppe:

It is unnecessary to define exactly the line dividing those taking an active part in hostilities and those who are not so involved. It is sufficient to examine the relevant facts of each victim and to ascertain whether, in each individual's circumstances, that person was actively involved in hostilities at the relevant time.<sup>297</sup>

Kun en grundig og individuell analyse er således tilstrekkelig for å frata en sivil person som ikke er medlem i en ikke-statlig opprørsgruppe retten til liv for den tid han eller hun tar direkte del i

---

<sup>294</sup> Dinstein (2010) s. 3-4

<sup>295</sup> Se art 43 TP I

<sup>296</sup> Se kapittel 4.1.1

<sup>297</sup> PROSECUTOR v. DU[KO TADI] a/k/a/ "DULE". Case No. IT-94-1-T, Opinion and Judgement. (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)).§ 616



fiendtligheter. Misstanke om, eller generell deltakelse i en handling til støtte for en part til konflikten er ikke tilstrekkelig.

### 5.1 Blir medlemmer av opprørsgrupper automatisk lovlige mål i væpnede konflikter?

I arbeidet med oppgavens problemstilling har jeg ikke funnet rettskilder eller sedvanerettslige kriterier som klart og entydig svarer på om enkeltpersoner tilknyttet ikke-statlige opprørsgrupper ved sitt medlemskap alene er å regne som lovlige mål i væpnede konflikter. Det synes ikke som om det er grunnlag for å hevde at humanitærrettens regler som definerer statlige væpnede styrker<sup>298</sup> kan anvendes analogt for ikke-statlige opprørsgrupper.

Analysen har vist at manglende anerkjente og objektive kriterier for vurdering av direkte deltakelse i fiendtligheter kan føre til ulik praksis mellom stater og rettsinstanser. Selv om DPH-studiens foreslåtte kriterier ikke anerkjennes som sedvanerett, har jeg vist at de både substansielt og metodisk positivt kan bidra til ivaretagelse av distinksjonsprinsippet. En snever tolkning av kravet til årsakssammenheng kan imidlertid gi kampstyrker en beskyttelse som strider mot staters oppfatning av hva som er gjeldende rett. Det synes derfor som rimelig at en tolkning av årsakssammenheng til også å inkludere militære støttefunksjoner legges til grunn for vurdering av når enkeltpersoner som er tilknyttet kampstyrker blir å regne som lovlige mål. For å implementere en slik tilnærming har jeg funnet at de seks basisfunksjonene *kommando og kontroll, innsatsmidler, mobilitet, beskyttelse, etterretning og logistikk* med fordel kan benyttes.<sup>299</sup> Det synes som om humanitærretten slik den er, åpner for at alle enkeltpersoner som fyller en av disse funksjonene i en kampstyrke lovlig vil kunne angripes til en hver tid.

For medlemmer i opprørsgruppen som ikke organisatorisk tilhører kampstyrken, må det imidlertid foretas en individuell vurdering av om de ved sin funksjon eller via sine handlinger tar direkte del i fiendtligheter og derav mister sin beskyttelse som sivil. Et pragmatisk utgangspunkt der ulike tilnærminger legges til grunn for forskjellige deler av den ikke-statlige opprørsgruppens organisasjonselementer vil trolig ivareta staters behov for nødvendige militære operasjoner mot kampstyrker samtidig som den ivaretar prinsippet om distinksjon mellom sivile og personer som tar del i stridighetene.

---

<sup>298</sup> Se art 4 GK III; art 43 TP I

<sup>299</sup> Se supra note 140

Ved en pragmatisk tilnærming vil kampstyrkene og ledere som de facto utøver kommando og kontroll over disse regnes som den ikke-statlige parts væpnede styrker og kan, basert på funksjon, lovlig angripes til en hver tid. Samtidig vil øvrige medlemmer av opprørsgruppen beskyttes som sivile så lenge, og for den tid, de ikke tar direkte del i fiendtligheter. Relatert til eksemplet med Hezbollah<sup>300</sup> vil organisasjonens ledelse, som de facto utøver kommando og kontroll over kampstyrkene, og kampstyrkene Al-Muqawama al-Islamiyya være å regne som lovlige mål, mens den øvrige del av organisasjonen vil være beskyttet som sivile. Disse driver politisk virksomhet, sykehus, skoler og annen samfunnsnyttig virksomhet som etter humanitærretten ikke kan regnes som fiendtligheter og derav heller ikke føre til direkte deltakelse i fiendtligheter.

## 5.2 Anbefalinger

Det norske Forsvaret har inkludert humanitærrettens prinsipper i utdanning og trening av soldater og offiserer på alle nivå. Dette tilfredsstillende de krav som stilles i artikkel 47 GK I hvor alle parter til konvensjonen pålegges både i fredstid og i krig å spre kunnskap om konvensjonens innhold. Det kan imidlertid ikke forventes at norsk militært personell ved denne opplæringen når et slik kunnskapsnivå at de selvstendig blir i stand til å tolke de deler av humanitærretten hvor juridiske eksperter, interesseorganisasjoner og stater ikke klarer å enes om hva som er gjeldende rett. Denne oppgaven har belyst ett av disse områdene. Diskusjonen om medlemmer av ikke-statlige opprørsgrupper automatisk blir å regne som lovlige mål er ikke bare av akademisk interesse. Den berører problemstillinger norsk militært personell daglig står overfor når de deltar i militære operasjoner på vegne av Norge, i Afghanistan, Libya eller andre fremtidige innsatsområder. Har da norske soldater og offiserer de verktøy og den kunnskap som skal til for å foreta de riktige valgene?

For å implementere humanitærrettens bestemmelser om når sivile kan fratras sin beskyttelse, har denne studien vist at er det nødvendig med operasjonaliserte og praktisk anvendbare tolkninger av rettsreglene. Dette synes spesielt viktig relatert til ikke-statlige opprørsgrupper som, på lik linje med statlige væpnede styrker, kan være sammensatt av personell med vidt forskjellige funksjoner, men hvor identifisering av enkeltpersoners gjøremål er svært vanskelig. Tolkninger av

---

<sup>300</sup> Se kapittel 4.3.1

humanitærretten bør derfor ikke baseres på juridiske betraktninger alene, men ta utgangspunkt i anerkjente teorier for hvordan en ikke-statlig opprørsgruppe er bygd opp og opererer. Denne studien har benyttet en generisk beskrivelse av ikke-statlige opprørsgrupper hentet fra FM 3-24, Counterinsurgency,<sup>301</sup> og de seks basisfunksjonene beskrevet i Forsvarets fellesoperative doktrine<sup>302</sup> som utgangspunkt for tolkning av humanitærretten. Dette betyr ikke at dette er de eneste utgangspunktene som er anvendbare, men viser nødvendigheten av en praktisk tilnærming til humanitærretten.

Ivaretagelse av humanitærretten i militære operasjoner er et sjefsansvar. Det er ikke noe militære sjefer kan overlate til en juridisk rådgiver å styre. Humanitærretten er ikke et sett med regler som er laget for å forby bruk av militære maktmidler. Hensikten er å regulere bruken av militær makt på en slik måte at både de stridende og sivile rettigheter ivaretas på en best mulig måte. En forståelse av hva dette innebærer krever etter min mening mer enn bare juridisk *eller* militær kompetanse. For å forstå humanitærrettens muligheter og begrensninger er det derfor avgjørende at våre militære sjefer gis kompetanse på et nivå som setter dem i stand til å foreta selvstendige valg basert på operative forhold og internasjonal humanitærrett.<sup>303</sup>

---

<sup>301</sup> Se supra note 134

<sup>302</sup> Se supra note 140

<sup>303</sup> Forsvarets Høgskole/Forsvarets Stabsskole tilbyr i dag studier innen internasjonal humanitærrett til sine masterstudenter. Et praktisk tiltak for å øke kompetansen innen IHR blant norske offiserer kan være å tilby dette studiet som et emnestudie som også er åpent for søkere som ikke er fulltids studenter ved Stabsskolen. Dette vil kunne bidra til en økning i antallet offiserer med dybdekompetanse innen humanitærretten og sikre en best mulig implementering av denne i pågående og fremtidige militære operasjoner.



## Bibliografi

### Lover og traktater

LOV 1814-05-17 nr 00: Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814.

1868 St. Petersburg Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight.

Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land - October 18, 1907 Annex - Regulations respecting the laws and customs of war on land.

Statute of the International Court of Justice - June 26, 1945.

Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War - August 12, 1949.

Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War - August 12, 1949.

International Covenant on Civil and Political Rights - December 16, 1966.

Vienna Convention on the Law of Treaties - May 23, 1969.

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) - June 8, 1977.

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-international Armed Conflicts (Protocol II) - June 8, 1977.

Statute of the International Criminal Court - July 17, 1998.

### Rettsavgjørelser

International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY): PROSECUTOR v. DUSKO TADIC a/k/a "DULE": Case no. IT-94-1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction. 2 October 1995.

International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY): PROSECUTOR v. DU[KO TADI] a/k/a/ "DULE". Case No. IT-94-1-T, Opinion and Judgement. 7 May 1997.

International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY): PROSECUTOR v. BILJANA PLAVŠIĆ: Case No. IT-00-39&40/1-S, Sentencing Judgement. 27 February 2003.

International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY): PROSECUTOR v. PAVLE STRUGAR Case No. IT-01-42-A Appeals Chamber Judgement. 17 July 2008.

International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY): PROSECUTOR v. RAMUSH HARADINAJ, IDRIZ BALAJ, LAHI BRAHIMAJ: Case no. IT-04-84-T, Judgement. 3 April 2008.

International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR): PROSECUTOR v. Georges RUGGIU Case No. ICTR-97-32-I, Judgement and Sentence. 1 June 2000.

The Supreme Court Sitting as the High Court of Justice: The Public Committee against Torture in Israel v The Government of Israel, HJC 769/02. 13 December 2006.

## Litteratur

Clausewitz, Carl von, Howard, Michael og Paret, Peter. *On war: edited and translated by Michael Howard and Peter Paret*. London: David Campbell publ., 1993.

Department of the Army. *Field Manual No. 3-24: Counterinsurgency*. Washington, DC: Department of the Army, 2006.

Department of the Navy. *NWP 1-14M: The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*: 2007.

Dinstein, Yoram. *The conduct of hostilities under the law of internationalarmed conflict*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

Doswald-Beck, Louise og Henckaerts, Jean-Marie. *Customary international humanitarian law, Volume I: Rules*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

Doswald-Beck, Louise og Henckaerts, Jean-Marie. *Customary International Humanitarian Law, Volume II: Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

Fleck, Dieter og Bothe, Michael. *The Handbook of international humanitarian law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

Forsvarsstaben. *Forsvarets fellesoperative doktrine: 2007*. Oslo: Forsvarsstaben, 2007.

Harb, Mona og Leenders, Reinoud. *Know thy enemy: Hizbullah, 'terrorism' and the politics of perception*. I: *Third World Quarterly*. Vol. 26 (2005). s. 173-197.  
<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=aph&AN=16188217&site=ehost-live>.

Henderson, Ian. *The contemporary law of targeting: military objectives, proportionality and precautions in attack under Additional Protocol I*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009.

Inter-American Commission on Human Rights (IACHR). *Third Report on the Human Rights Situation in Colombia* 1999.

International Committee of the Red Cross (ICRC). *Third Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities: Summary Report*, 2005.

- International Committee of the Red Cross (ICRC). *Fourth Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities - Summary Report*. Geneva, 2006.
- Johansen, Sigrid Redse. *Anvendelse av krigens folkerett i neste krig - juridiske perspektiver*. I: Militærmaktens særtrekk i moderne konflikter. Sigrid Redse Johansen (red.). Oslo: Den norske Atlanterhavskomiteé, 2007.  
[http://www.atlanterhavskomiteen.no/files/atlanterhavskomiteen.no/Publikasjoner/Sikkerhetspolitisk\\_bibliotek/Arkiv/2007/1208%20SPB%206.pdf](http://www.atlanterhavskomiteen.no/files/atlanterhavskomiteen.no/Publikasjoner/Sikkerhetspolitisk_bibliotek/Arkiv/2007/1208%20SPB%206.pdf).
- Johansen, Sigrid Redse og Staib, Jacob Thomas. *Jus og militærmakt*. Oslo: Gyldendal akademisk, 2009.
- Jørgensen, Olav Skard. *Når er enkeltpersoner lovlige mål i væpnede konflikter?* Oslo: Forsvarets stabsskole, 2008.
- Malanczuk, Peter og Akehurst, Michael Barton. *Akehurst's modern introduction to international law*. London: Routledge, 1997.
- Melzer, Nils. *Targeted killing in international law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Melzer, Nils. *Interpretive guidance on the notion of Direct participation in hostilities under international humanitarian law*. Geneva, 2009.
- Melzer, Nils. *Keeping the Balance Between Military Necessity and Humanity: A response to four critiques of the ICRC's interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities*. I: Journal of International Law and Politics. Vol. 42, number 3 (2010).  
[http://www.law.nyu.edu/ecm\\_dlv4/groups/public/@nyu\\_law\\_website\\_\\_journals\\_\\_journal\\_of\\_international\\_law\\_and\\_politics/documents/documents/ecm\\_pro\\_065934.pdf](http://www.law.nyu.edu/ecm_dlv4/groups/public/@nyu_law_website__journals__journal_of_international_law_and_politics/documents/documents/ecm_pro_065934.pdf). [Sitert 23. feb 2011].
- Petraeus, David H. *COMISAF's Counterinsuregency Guidance*. Kabul, 2010.
- Program on Humanitarian Policy Conflict Research at Harvard University. *Commentary on the HPCR manual on international law applicable to air and missile warfare*. Cambridge, MA: 2010.
- Sandoz, Yves, Swinarski, Christophe og Zimmermann, Bruno. *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Geneva: Nijhoff, 1987.
- Schmitt, Michael N. *Humanitarian law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees*. I: The Chicago Journal of International Law. Vol. 5 (2005).
- Schmitt, Michael N. *Targeting and Humanitarian Law: Current Issues*. I: International Law Studies. Richard B. Jaques (red.). Newport, Rhode Island: Naval War College, 2006.  
<http://www.usnwc.edu/Research---Gaming/International-Law/RightsideLinks/Studies-Series/documents/Naval-War-College-vol-80.aspx>.

Schmitt, Michael N. *Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements*. I: Journal of International Law and Politics. Vol. 42, Number 3 (2010). [http://www.law.nyu.edu/journals/jilp/issues/jilpvolume42/ECM\\_PRO\\_065931](http://www.law.nyu.edu/journals/jilp/issues/jilpvolume42/ECM_PRO_065931). [Siteret 8 Feb 2011].

Watkin, Kenneth. *Humans in the cross-hairs: Targeting and assassination in contemporary armed conflict*. Ardsley, N.Y.: Transnational, 2005.

Watkin, Kenneth. *Opportunity lost: Organized Armed Groups and the ICRC "Direct Participation in Hostilities" Interpretive Guidance*. I: Journal of International Law and Politics. Vol. 42, Number 3 (2010). [http://www.law.nyu.edu/ecm\\_dlv2/groups/public/@nyu\\_law\\_website\\_\\_journals\\_\\_journal\\_of\\_international\\_law\\_and\\_politics/documents/ocuments/ecm\\_pro\\_065932.pdf](http://www.law.nyu.edu/ecm_dlv2/groups/public/@nyu_law_website__journals__journal_of_international_law_and_politics/documents/ocuments/ecm_pro_065932.pdf). [Siteret 23 Feb 2011].

### Aviser og internettkilder

Daragahi, Borzou. *Lebanon's Hezbollah savors increasing legitimacy*. I: Los Angeles Times 13. April 2009. <http://articles.latimes.com/2009/apr/13/world/fg-lebanon-hezbollah13>.

NTB. *Gassangrep mot jenteskole i Kabul* I: adressa.no 28 feb 2010. <http://www.adressa.no/nyheter/utenriks/article1523516.ece>.

Risen, James. *U.S. to Hunt Down Afghan Drug Lords Tied to Taliban* I: The New York Times 2009. <http://www.nytimes.com/2009/08/10/world/asia/10afghan.html>.

The Frontier Post. *Eight suspected Taliban killed*. I: thefrontierpost.com 11. May 2011. <http://www.thefrontierpost.com/?p=12830>.

UK Homeoffice. (18. April 2010). *The terrorist threat - Proscribed terrorist groups*. Benyttet 15. Mars 2011: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20100418065544/http://security.homeoffice.gov.uk/terrorist-threat/proscribed-terrorist-orgs/proscribed-terrorist-groups/>

US Department of State. (24. Nov 2010). *Foreign Terrorist Organizations* Benyttet 15. Mars 2011: <http://www.state.gov/s/ct/rls/other/des/123085.htm>